

CONSTITUIÇÃO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO

Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional



Volume 6 | Número 10 | Janeiro/Junho 2014

ABDCONST

ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO CONSTITUCIONAL

Publicação Oficial da Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDCONST
Rua XV de Novembro, 964 – 2º andar
CEP: 80.060-000 – Curitiba – PR
Telefone: 41-3024.1167 / Fax: 41-3027.1167
E-mail: abdconst@abdconst.com.br

*Solicita-se permuta.
We ask for exchange.
Pidese canje.
On demande l'échange.
Wir bitten um austausch.
Oni petas intersangam.
Si richiede lo scambio.*

Ficha Catalográfica

Constituição, Economia e Desenvolvimento
Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional.
Programa de Pós-graduação em Direito
Vol. 6, n. 10 (jan./jun. 2014) - Curitiba: 2014
Publicação semestral
ISSN 2177-8256
1. Direito 2. Academia brasileira de Direito Constitucional.

Endereço para correspondência:

CONSTITUIÇÃO, ECONOMIA E
DESENVOLVIMENTO: REVISTA ELETRÔNICA
DA ACADEMIA BRASILEIRA
DE DIREITO CONSTITUCIONAL

Editor responsável:

Ilton Norberto Robl Filho

E-mail: ilton@abdconst.com.br.

Publicação semestral. Todos os direitos reservados. A reprodução ou tradução de qualquer parte desta publicação somente será permitida após a prévia permissão escrita do autor. Os conceitos em artigos assinados são de responsabilidade de seus autores. As matérias desta revista podem ser livremente transcritas, desde que citada a fonte.

**Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional.
Curitiba, 2014, vol. 6, n. 10, Jan.-Jun.**

CONSELHO EDITORIAL

Editor Responsável

Ilton Norberto Robl Filho

Coordenador de Pesquisa e dos Grupos de Estudos Nacionais da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Professor Adjunto da UFPR e UPF. Vice-Presidente da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/PR. Secretário Geral da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/PR. Visiting Scholar na Universidade de Toronto - Canadá. Pesquisador Visitante no Max Plank Institut em Heidelberg - Alemanha. Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela UFPR.

Editor Assistente

Rafael dos Santos-Pinto

Graduado em Direito pela UNESP, Mestre em Direito pela UFPR e Doutorando na UFPR. Professor de Direito Empresarial na Faculdade Dom Bosco – Curitiba/PR.

Membros do Conselho Editorial

Antonio Carlos Wolkmer

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC e Doutor em Direito da UFSC

Antônio José Avelãs Nunes

Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra, Doutor Honoris Causa da UFPR e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito de Coimbra

Eroulths Cortiano Junior

Professor do Programa de Pós-Graduação e da Graduação em Direito da UFPR, Secretário Geral da OAB/PR e Doutor em Direito pela UFPR

Fábio Nusdeo

Professor Titular da Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP e Doutor em Economia pela USP

Ingo Wolfgang Sarlet

Doutor em Direito pela Ludwig-Maximilians-Universität, LMU, Alemanha. Professor da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS

Luís Fernando Sgarbossa

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS

Marco Aurélio Marrafon

Presidente da ABDConst, Professor da Faculdade de Direito da UERJ e Doutor em Direito pela UFPR

Marcos Augusto Maliska

Professor do Mestrado em Direito da Unibrasil e Doutor em Direito pela UFPR

Marcus Firmino Santiago

Professor do Curso de Direito das Faculdades Espam/Projeção – Brasília e Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho

Mariana Mota Prado

Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Toronto e Doutora em Direito pela Universidade de Yale

Ricardo Lobo Torres

Professor Titular da Faculdade de Direito da UERJ e Doutor em Filosofia pela UGF

Conselho de Pareceristas da Revista da ABDCnst

Abraão Soares Dias dos Santos Gracco

Aldo Muro Júnior

Alexandre Coutinho Pagliarini

Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia

Alexandre Hamilton Oliveira Santos

Alexandre Morais da Rosa

Alexandre Walmott Borges

Alvaro Borges de Oliveira

Alvaro de Oliveira Azevedo Neto

Ana Claudia Pompeu Torezan Andreucci

André Luiz Costa-Corrêa

Andrea Boari Caraciola

Angela Issa Haonatan

Ângela Maria Cavalcanti Ramalho

Antonio Baptista Gonçalves

Antonio Celso Baeta Minhoto

Antonio Gomes Moreira Maués

Braulio de Magalhães Santos

Carla Izolda Fiuza Costa Marshall

Carlos Bolonha

Carlos Victor Nascimento dos Santos

Carolina Alves Vestena

Célia Barbosa Abreu

Christiane De Holanda Camilo

Cláudia Luiz Lourenço

Claudio Gonçalves Munhoz

Claudio Smirne Diniz

Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira

Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos Reis

Daniela Rezende Oliveira

Delmo Mattos da Silva

Demetrius Nichele Macei

Eduardo Biacchi Gomes

Eduardo Molan Gaban

Eleonora Mesquita Ceia

Eliana Franco Neme

Eloi Martins Senhoras

Emerson Gabardo

Emilio Peluso Neder Meyer

Eneas De Oliveira Matos

Érico Hack

Erivaldo Cavalcanti E Silva Filho

Eroulths Cortiano Júnior

Evertton das Neves

Gonçalves

Fabianne Manhães Maciel

Fabício de Assis Campos Vieira

Fabício Ricardo de Limas Tomio

Fausto Santos de Morais

Francisco de Assis do Rego Monteiro Rocha Júnior

Germano André Doederlein Schwartz

Gisele Mascarelli Salgado

Gustavo Almeida Paolinelli de Castro

Gustavo Rabay Guerra

Hamilton da Cunha Iribure Júnior

Heder Carlos de Oliveira

Heitor de Carvalho Pagliaro

Henrique Napoleão Alves

Henry Atique

Jackelline Fraga Pessanha

Jacqueline de Souza Gomes

Janaína Machado Sturza

Jean Carlos Dias

Jorge Jose Lawand

José Carlos Buzanello

José Francisco de Assis Dias

José Luiz Ragazzi

José Renato Martins

Josemar Sidinei Soares

Josias Jacintho Bittencourt

Juliana Cordeiro Schneider

Julio Pinheiro Faro

Jussara Maria Leal de Meirelles

Katiucia Boina

Leilah Luahnda Gomes De Almeida

Leonardo Vieira Wandelli

Lilian Márcia Balmant Emerique

Lucas Abreu Barroso

Lucas Catib de Laurentiis

Lucas Gonçalves da Silva

Luciana Costa Poli

Luciana Fernandes Berlini

Luciene Dal Ri

Luis Fernando Sgarbossa

Luis Renato Vedovato

Luiz Claudio Araújo Coelho

Luiz Eduardo Anesclar

Luiz Ricardo Guimaraes

Maraluce Maria Custodio

Marcelo Henrique Nogueira Diana

Marcelo Lamy

Marcelo Sant'Anna Vieira Gomes

Márcia Jucá Teixeira Diniz

Márcio Pugliesi

Marco Antônio Ribeiro Tura

Marco Aurélio Marrafon

Marcos Alves da Silva

Marcos Augusto Maliska

Marcos Catalan

Marcus Firmino Santiago

Margareth Anne Leister

Margareth Vetis Zaganelli

Maria Da Graça De Moraes

Bittencourt Campagnolo

Mário Ferreira Neto

Martinho Martins Botelho

Mateus de Oliveira Fornasier

Micheli Pereira

Miguel Calmon Teixeira de
Carvalho Dantas
Milena Petters Melo
Monica Bonetti Couto
Mônica Helena Harrich Silva
Goulart
Murilo Melo Vale
Nelci Lurdes Gayeski
Meneguzzi
Nina Tricia Disconzi
Rodrigues
Paulo Ricardo Schier
Paulo Sérgio da Silva
Phillip Gil França
Rafael de Oliveira Costa
Rafael Silveira e Silva
Rafael Tomaz De Oliveira

Ricardo Aronne
Ricardo Carneiro Neves
Júnior
Ricardo Serrano Osorio
Rodrigo Fortunato Goulart
Ronaldo Lindimar José
Marton
Samantha Ribeiro Meyer
Pflug
Sandra Sereide Ferreira da
Silva
Sandro Marcelo Kozikoski
Sandro Rogério Monteiro de
Oliveira
Saulo Bichara Mendonça
Sebastião Neto Ribeiro
Guedes

Simone Tassinari Cardoso
Sonia Barroso Brandão
Soares
Sulamita Crespo Carrilho
Machado
Sulamita Crespo Carrilho
Machado
Sylvio Alarcon
Tiago Resende Botelho
Túlio Lima Vianna
Valéria Cristina Pereira
Furlan
Valéria Silva Galdino Cardin
Vanessa Oliveira Batista
Berner
Vânia Beatriz Rey Paz

Pareceristas que participaram desta edição:

Aldo Muro Junior
Alexandre Hamilton
Oliveira Santos
Alexandre Walmott
Borges
Alvaro de Oliveira
Azevedo Neto
Ana Claudia Pompeu
Torezan Andreucci
Antonio Baptista
Goncalves
Bráulio de Magalhães
Santos
Cristiane Catarina
Fagundes de Oliveira
Daniel Gustavo Falcão
Pimentel dos Reis
Daniela Rezende de
Oliveira

Henry Atique
Jorge José Lawand
Jussara Maria Leal de
Meirelles
Leilah Luahnda Gomes de
Almeida
Leonardo Vieira Wandelli
Lucas Gonçalves da Silva
Luís Fernando Sgarbossa
Luiz Claudio Araújo
Coelho
Luiz Ricardo Guimarães
Maraluce Maria Custodio
Marcelo Henrique
Nogueira Diana
Marcelo Sant'Anna Vieira
Gomes
Marco Antônio Ribeiro
Tura

Marcos Alves da Silva
Margareth Vetis Zaganelli
Mateus de Oliveira
Fornasier
Monica Bonetti Couto
Paulo Ricardo Schier
Rafael de Oliveira Costa
Costa
Rafael Silveira e Silva
Ricardo Serrano Osorio
Samantha Ribeiro Meyer-
Pflug
Sandro Rogério Monteiro
de Oliveira
Sulamita Crespo Carrilho
Machado
Vânia Beatriz Rey Paz

Editoração

Karla Kariny Knihs



EDITORIAL

A Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDConst veicula nesta data a mais nova edição da **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, que chega agora a seu décimo número, referente ao período de Janeiro a Junho de 2014.

Mais uma vez foram selecionados trabalhos para publicação dentro de três eixos abrangidos pela temática da Constituição, Economia e Desenvolvimento. Nesta edição as linhas gerais que perpassam os trabalhos foram: i) Instituições jurídicas e políticas comparadas; ii) Desenvolvimento e meio-ambiente; iii) Poder Judiciário e jurisdição. Tais eixos demonstram a amplitude e diversidade dos temas que são pesquisados por todo o país, indicando fértil terreno para debates e intercâmbios acadêmicos.

O primeiro eixo versa sobre as instituições jurídicas e políticas em perspectiva comparada. Nesta temática destaca-se o trabalho da Professora Sabina Grabowska, da Universidade de Rzeszow da Polônia, que apresenta um minucioso estudo sobre os institutos da iniciativa popular em seu país, com o título **“Democracia direta na Polônia. O instituto da iniciativa popular – comentários de lege ferenda”**. O segundo trabalho de vertente comparatista é de Ana Carolina Borges de Oliveira, que compara os sistemas do *Common Law* e do Direito Continental no artigo **“Diferenças e semelhanças entre os sistemas da *Civil Law* e da *Common Law*”**. Já o último trabalho que partilha de um perfil comparatista, de autoria de Flávio dos Santos Oliveira, investiga a função dos governos no pensamento de autores clássicos da tradição inglesa e denomina-se **“Sobre a origem e função precípua do governo na concepção dos contratualistas, David Hume e Adam Smith”**.

O segundo eixo, que abrange o desenvolvimento e o meio-ambiente, traz a lume interessantes investigações que tratam o ambientalismo e o Direito por prismas diversos e inovadores. Neste eixo a autora Lorenice Freire Davies disserta sobre a **“A cultura (Neo)liberal e a efetividade da jurisdição ambiental”**, ponderando o impacto das práticas econômicas na jurisdição ambiental. A seguir o trabalho **“O mito da sustentabilidade”**, de autoria de Mayara Pellenz e Ana Cristina Bacega de Bastiani, estuda o “mercado verde” e a atual exploração econômica do ideal da sustentabilidade por algumas empresas. Por fim, um último artigo aborda o eixo de

desenvolvimento e o meio-ambiente, com o título “**Conciliação entre constituição, economia e desenvolvimento: crescimento econômico ou desenvolvimento humano?**”, de autoria de Laura Melo Vilhena e Melina Fachin, e explora as tênues linhas entre o crescimento econômico e o desenvolvimento humano.

O último eixo tem como *leitmotiv* o poder judiciário e jurisdição. Nesta seara, a autora Aimée Guimarães Feijão apresenta um estudo analítico de nossa Corte Constitucional intitulado “**Supremo Tribunal Federal: Delineando o elefante**”. A seguir o trabalho “**O ativismo judicial em face do tenso e frágil equilíbrio entre inclusão social e livre-iniciativa**”, de Antonio Celso Baeta Minhoto, pondera as consequências sociais e econômicas do ativismo judicial. Outro artigo, escrito por Gisleni Valezi Raymundo, analisa a justiça gratuita e seu impacto no acesso aos tribunais, intitulando-se “**Acesso ao poder judiciário e o benefício da justiça gratuita: uma grandeza não contabilizada**”. Por fim, a autora Tamara Cristiane Geiser nos apresenta um estudo com o título “**Teoria da asserção: consequências da (in)aplicabilidade no processo civil brasileiro**”, que avalia como a aplicação da teoria da asserção poderia otimizar a prestação jurisdicional.

Os trabalhos veiculados nesta edição perpassam interessantes e inovadores temas que certamente gerarão férteis discussões. Assim, uma vez mais o projeto editorial da Revista, de fomentar novas investigações nos temas da Constituição, Economia e Desenvolvimento, tem sua sequência. Esperamos, assim, fornecer ao público leitor novas e instigantes ideias que repercutam amplamente na comunidade acadêmica e em toda a sociedade.

Boa Leitura!

Ilton Norberto Robl Filho

*Editor Responsável da Constituição, Economia e Desenvolvimento:
Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*

Rafael dos Santos Pinto

*Editor Assistente da Constituição, Economia e Desenvolvimento:
Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*

SUMÁRIO

DEMOCRACIA DIRETA NA POLÔNIA: O instituto da iniciativa popular – COMENTÁRIOS DE LEGE FERENDA

DIRECT DEMOCRACY IN POLAND: PEOPLE'S INITIATIVE INSTITUTION - *DE LEGE FERENDA*
COMMENTS

Sabina Grabowska.....10

DIFERENÇAS E SEMELHANÇAS ENTRE OS SISTEMAS DA CIVIL LAW E DA COMMON LAW

DIFFERENCES AND SIMILARITIES BETWEEN THE CIVIL LAW AND COMMON LAW SYSTEMS

Ana Carolina Borges de Oliveira.....43

SOBRE A ORIGEM E FUNÇÃO PRECÍPUA DO GOVERNO NA CONCEPÇÃO DOS CONTRATUALISTAS, DAVID HUME E ADAM SMITH

ON THE ORIGIN AND PRIMARY FUNCTION OF GOVERNMENT IN THE SOCIAL CONTRACT
THEORY OF DAVID HUME AND ADAM SMITH

Flávio dos Santos Oliveira69

A CULTURA (NEO)LIBERAL E A EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO AMBIENTAL

(NEO)LIBERAL CULTURE AND THE EFFECTIVENESS OF ENVIRONMENTAL JURISDICTION

Lorenice Freire Davies.....86

O MITO DA SUSTENTABILIDADE

THE MITH OF SUSTEINABILITY

Mayara Pellenz / Ana Cristina Bacega de Bastiani.....108

CONCILIAÇÃO ENTRE CONSTITUIÇÃO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO: CRESCIMENTO ECONÔMICO OU DESENVOLVIMENTO HUMANO?

BALANCING THE CONSTITUTION, ECONOMY AND DEVELOPMENT: ECONOMIC GROWTH OR
HUMAN DEVELOPMENT?

Laura Melo Vilhena / Melina Fachin.....136

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: DELINEANDO O ELEFANTE

SUPREME FEDERAL COURT: DESCRIBING THE ELEFANT

Aimée Guimarães Feijão.....154

O ATIVISMO JUDICIAL EM FACE DO TENSO E FRÁGIL EQUILÍBRIO ENTRE INCLUSÃO SOCIAL E LIVRE-INICIATIVA: O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA CONSTRUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E SUA INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO

THE JUDICIAL ACTIVISM AND THE TENSE AND FRAGILE BALANCE OF SOCIAL INCLUSION
AND FREE ENTERPRISE: THE ROLE OF THE JUDICIAL BRANCH ON CONSTRUCTION OF
PUBLIC POLICIES AND ITS INTERVENTION IN THE ECONOMICAL DOMAIN

Antonio Celso Baeta Minhoto167

ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO E O BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA: UMA GRANDEZA NÃO CONTABILIZADA

ACCESS TO THE COURTS AND THE BENEFIT OF LEGAL FEE WAIVER: AN UNKNOWN
BENEFIT

Gisleni Valezi Raymundo.....185

**TEORIA DA ASSERTÇÃO: CONSEQUÊNCIAS DA (IN)APLICABILIDADE NO
PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

ASSERTION THEORY: CONSEQUENCES OF ITS APLICABILITY IN BRAZILIAN CIVIL
PROCEDURE

Tamara Cristiane Geiser.....201

NORMAS PARA SUBMISSÃO DE TRABALHOS224



DEMOCRACIA DIRETA NA POLÔNIA: O INSTITUTO DA INICIATIVA POPULAR – COMENTÁRIOS *DE LEGE FERENDA*¹

DIRECT DEMOCRACY IN POLAND: PEOPLE'S INITIATIVE
INSTITUTION - *DE LEGE FERENDA* COMMENTS

Sabina Grabowska²

Resumo

A Polônia está entre as denominadas “democracias jovens”. Como disposto no art. 2 da Constituição da República da Polônia, promulgada em 2 de Abril de 1997: “A República da Polônia é um Estado Democrático de Direito, cumprindo os princípios da justiça social”. O art. 4º da Constituição da República da Polônia confere autoridade superior à Nação. Esta autoridade pode ser exercida “por meio de representantes ou diretamente”. Mas a Polônia não tem muita experiência com a institucionalização da iniciativa popular, nem com outras formas de democracia direta. A legislação nacional da Polônia prevê dois tipos de iniciativa popular. O primeiro tipo é a iniciativa popular de se levar um projeto de lei perante o parlamento, conforme previsto no Art. 118, subparágrafo 2 da Constituição da República da Polônia e do Ato de 24 de Junho de 1999 sobre a propositura legislativa por iniciativa dos cidadãos. O segundo tipo é a iniciativa popular de propor um requerimento para a realização de um referendo legislativo, regulado pelo Ato de 14 de Março de 2003 sobre referendos nacionais. A legislação, entretanto, não previu uma iniciativa popular para emendar ou revogar a Constituição. O tema deste trabalho é a criação de uma iniciativa popular de escopo nacional.

Palavras-Chave: Iniciativa popular; Democracias diretas; Polônia.

Abstract

Poland is a country of the so-called “young democracy” type. As provided for in Art. 2 of The Constitution of the Republic of Poland dated 2 April 1997, “The Republic of Poland is a democratic state of law, fulfilling the principles of social justice”. Art. 4 of The Constitution of the Republic of Poland gives superior authority to the Nation. This authority can be exercised “through representatives or directly”. But Poland does not have much experience with the institution of a people’s initiative, nor with other forms of direct democracy. The Polish national law provides for two types of people’s initiative. One type is a people’s initiative of putting a bill

¹ Artigo recebido em 17/03/2014 e aprovação comunicada em 17/03/2014.

² Universidade de Rzeszow, Polônia. *E-mail:* <chatazawsia@wp.pl>. Texto original em língua inglesa remetido pelo autor e traduzido por Rafael dos Santos-Pinto.



before the parliament as provided for in Art. 118 subpar. 2 of the Constitution of the Republic of Poland and the Act dated 24 June 1999 on the use of a legislative initiative by citizens. The second type is a people's initiative of putting forward a motion to hold a legislative referendum regulated by the Act dated 14 March 2003 on holding a national referendum. The legislature did not provide for, however, a people's initiative for the purpose of amending the constitution or its abrogation. The subject of this paper is the institution of a people's initiative of national scope.

Keywords: People's initiative; Direct democracies; Poland.

Há pouco tempo a instituição da iniciativa popular era desconhecida no Direito Polonês. Legisladores poloneses consistentemente só demonstravam preferência por um sistema representativo (KUCIŃSKI, 2007, p. 10, SZEWCZYK, 2012, p. 97). No presente ambiente regulatório da Polônia podemos distinguir dois tipos de iniciativa popular: uma para realização de referendo, regulado pelo Ato de 14 de Março de 2003 sobre referendos nacionais (daqui em diante denominado Ato sobre Referendos de 14.03.2003)³ e o Ato de 15 de Setembro de 2000 sobre a realização de referendos locais⁴; e outra sobre iniciativas legislativas, regulada pelo Art. 118, subparágrafo 2 da Constituição da República da Polónia⁵ e Ato de 24 de Junho de 1999 sobre o uso da iniciativa legislativa pelos cidadãos (daqui em diante denominado de Ato sobre uso de iniciativa) (GRABOWSKA, 2009, p. 35)⁶.

Uma iniciativa para realização de referendo pode ser de escopo nacional ou local e não pode ter como objetivo a alteração da Constituição (JABŁOŃSKI, 1999, p. 135; SARNECKI, 2003, p. 14). Mas a iniciativa legislativa popular só pode ser de carácter nacional e é vinculada exclusivamente à legislação ordinária (SZYMANEK, 2001, p. 52; GRABOWSKA, 2001c, p. 149).

1 A INICIATIVA POPULAR PARA PROPOR PROJETO DE LEI

A iniciativa legislativa popular surgiu no direito polonês quando a nova Constituição da República da Polónia foi promulgada. Como contemplado no art. 118, subparágrafo 2 da Constituição da República da Polónia, o direito de iniciativa legislativa é investido em um grupo de ao menos cem mil cidadãos que detém

³ Dz.U. nr 57, poz. 507 ze zm.

⁴ Dz.U. nr 88, poz. 985 ze zm.

⁵ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. nr 78, poz. 483).

⁶ Dz.U. nr 62, poz. 688



direitos eleitorais plenos, e a forma do procedimento seria inscrita em uma Lei. Para possibilitar que os cidadãos utilizassem este direito, o *Sejm* (Câmara dos Deputados Nacional) criou o Ato de uso da Iniciativa. Ele não regulamenta os princípios, mas a forma do procedimento que rege o uso da iniciativa legislativa (SKRZYDŁO, 2000, p. 170; GRABOWSKA, 2001b, p. 169 et al.; UZIĘBŁO, 2006, p. 25).

Como mencionado antes, de acordo com as regulamentações polonesas, uma iniciativa legislativa pode ser proposta por um grupo de ao menos cem mil cidadãos que detém direitos eleitorais ativos (art. 2 do Ato sobre uso de uma iniciativa).

Enquanto se trabalhava na constituição polonesa, na comissão constitucional, afirmou-se que a quantidade de cem mil assinaturas era muito alta, e seria difícil conseguir todas estas assinaturas. Também se argumentou que este número era muito pequeno e que o *Sejm* seria inundado com propostas de leis de inúmeros cidadãos (JASKIERNIA, 1999, p. 400; PIETRZAK, 1997, p. 55; GRABOWSKA, 2001a, p. 142). Na prática, o comitê levou somente três semanas para reunir quase duas duzentas mil assinaturas em favor do primeiro projeto de lei de iniciativa popular sobre a preservação do caráter nacional dos recursos naturais estratégicos do país. Em 14 de setembro de 1999 o presidente do *Sejm* recebeu notificação da formação do comitê e o projeto de lei foi submetido em 4 de outubro pelo representante do comitê, em conjunto com o número previsto de assinaturas.⁷ Como pode-se ver, o aumento do número legal de assinaturas não foi um problema. Os receios de que o *Sejm* receberia infindas propostas de leis de iniciativa popular também não ocorreu. Até o momento isto não ocorreu e, como demonstra a prática, existe pouca chance de ocorrer.

Para que um grupo de cidadãos possa propor uma iniciativa legislativa, deve-se formar um comitê de iniciativa legislativa. Um comitê deste tipo deve ser formado de ao menos quinze cidadãos poloneses com direitos eleitorais ativos, que estavam entre os primeiros a apoiarem a proposta legislativa em questão. Quando ingressam no comitê eles devem declarar por escrito seu nome completo, endereço

⁷ A primeira leitura ocorreu durante a sessão nº. 64 do *Sejm*, em 18 de novembro de 1999 e o projeto de lei não foi aprovado por dois anos, na sessão nº. 122 do *Sejm*, em 6 de julho de 2001 (Gazeta Oficial nº 97, item 1051).



e número de identidade PESEL (art. 5 do Ato sobre o uso de uma iniciativa). As atividades do comitê incluem: a preparação da proposta de lei, sua disseminação, condução de campanha de promoção, assim como a organização de ações para a coleta de assinaturas de cidadãos que apoiam a proposta (JABŁOŃSKI, 2002, p. 652).

Para melhorar suas atividades o comitê tem um representante e vice representante. Eles agem em prol e em representação do comitê. Depois de coletar cem mil assinaturas de cidadãos que apoiam o projeto de lei, o representante notifica o presidente do *Sejm* sobre a formação do comitê.⁸ Depois da aceitação formal desta notificação pelo presidente do *Sejm*, o comitê de iniciativa legislativa popular adquire personalidade jurídica. Após a publicação deste ato em um jornal nacional, e depois que o endereço dos organizadores da proposta e de um local onde o projeto de lei ficará acessível para inspeção são publicizados, a coleta das assinaturas pode começar (art. 6 e 7 do Ato sobre uso de uma iniciativa).

A questão que surge é: como estas primeiras cem mil assinaturas podem ser legalmente colhidas se o comitê só tem legitimidade de colhê-las após receber do presidente do *Sejm* uma decisão sobre a aceitação da notificação?⁹ Uma solução a este problema pode ser a aplicação da interpretação de que o Direito relativo à coleta das primeiras cem mil assinaturas pode ser realizado sem a notificação ao presidente do *Sejm*. Assim, a disposição do art. 6, subparágrafo 1 do Ato sobre uso de uma iniciativa é uma disposição especial em relação ao art. 6, subpar. 4 deste mesmo Ato, isto é, tem precedência sobre ele (WIECZOREK, 1999).

O comitê de iniciativa legislativa popular é dissolvido três meses depois da data de encerramento do processo legislativo, depois de decisão do presidente do *Sejm* que nega seguimento ao projeto de lei ou seguido da decisão do Supremo Tribunal na apelação do comitê contra a decisão do presidente do *Sejm* que negou seguimento ao projeto de lei. O comitê também é dissolvido quando seu representante não apresenta um projeto de lei ao presidente do *Sejm* dentro de três

⁸ Estas assinaturas constituem parte do número requerido de cem mil assinaturas dos cidadãos que apoiam o projeto de lei.

⁹ Este problema foi mencionado pelo deputado J. Madej durante a discussão de emendas do Senado, mas seus comentários não foram levados em conta.



meses, e quando o representante apresenta um relatório financeiro ao Ministro das Finanças depois do decurso do tempo limite de três meses (art. 18 do Ato sobre uso de uma iniciativa).

No art. 18 do Ato o legislativo omitiu dois casos nos quais o comitê é dissolvido. Assim, o comitê deve ser dissolvido quando o presidente do *Sejm* rejeita um projeto de lei, e quando a Corte Suprema expede uma ordem rejeitando o recurso do representante contra a rejeição do projeto de lei pelo presidente do *Sejm* (Art. 11 do Ato sobre uso de uma iniciativa).

Ademais, no art. 18, subparágrafo 1, parte 2, temos de tomar em conta o erro do Legislativo quanto à decisão da Corte Suprema. Este dispositivo dispõe que o comitê é dissolvido três meses depois da data da decisão da Corte Suprema que negou a apelação à negativa de seguimento do projeto de lei pelo presidente do *Sejm*. Ao anular esta decisão, a Corte Suprema obriga o presidente do *Sejm* a submeter o projeto de lei ao *Sejm*. A primeira leitura ocorre dentro de três meses depois da data de prolação da decisão. O representante do comitê toma parte das discussões sobre o projeto de lei de iniciativa popular no *Sejm*. Então como pode o representante participar dos trabalhos do *Sejm* se dentro de três meses o comitê será dissolvido? Talvez o legislativo quis dizer uma decisão da Corte Suprema negando a apelação (e não a decisão contra a qual se apela) contra a decisão do presidente do *Sejm* que nega seguimento ao projeto de lei. Neste caso a dissolução do comitê de iniciativa legislativa seria bastante sensata (GRABOWSKA, 2001c, p. 157).

Na Polônia a iniciativa popular não pode intervir em matérias reservadas, pela constituição, a outros sujeitos com direito a iniciativa legislativa (art. 3 do Ato sobre uso da iniciativa). O art. 221 da Constituição estipula que o direito a uma iniciativa legislativa dentro dos seguintes atos: financeiro, de orçamento fiscal interino, de aquisição de dívida pública e sobre garantias financeiras pelo Estado, conferida somente ao Gabinete de Ministros. No que tange às relações entre a República da Polônia e outras igrejas e associações religiosas que não a Igreja Católica, conforme o art. 25, subpar. 5 da Constituição da República da Polônia, o direito à iniciativa legislativa foi concedido somente ao Gabinete, excluindo a possibilidade concomitante da iniciativa popular.



A permissão de iniciativa popular para proposição de um projeto de lei declarando consentimento para ratificação de acordo internacional (Art. 90 da Constituição da República da Polônia) pode causar dúvidas. Devemos concordar com a opinião de M. Jabłoński, que afirma que “a causa desta incerteza se encontra na garantia de poderes exclusivos ao *Sejm* para a criação de uma decisão sobre a escolha da forma de realização de tal consentimento. Isto ocorre porque tal competência indicaria que o direito de apresentar um projeto de lei é revestido somente por esta autoridade” (JABŁOŃSKI, 2002, p. 651-652).

Em virtude da falha do art. 235, subparágrafo 1 da Constituição da República da Polônia em definir um grupo de cidadãos como um dos sujeitos com permissão para propor um projeto de lei para emendar a constituição, o legislativo excluiu a possibilidade de uma iniciativa popular constitucional. Nesta forma indireta ele definiu a iniciativa popular pela chamada iniciativa popular ordinária, relacionada somente a Atos (BALICKI, JABŁOŃSKI, 1999, p. 110; ZIĘBA-ZAŁUCKA, 1998, p. 30)¹⁰.

Parece injustificado deliberar se um grupo de cidadãos pode submeter projetos de normas estatutárias do *Sejm* ou senado por meio de iniciativa popular (UZIĘBŁO, 2000, 52). O direito de apresentar projetos de estatutos do *Sejm* e senado não pertence ao âmbito da iniciativa popular. Estes estatutos são regulamentações internas destes órgãos, adotadas por meio de resoluções. A iniciativa popular somente diz respeito a atos legais, isto é, leis, que estão no âmbito da legislação nacional ordinária.

De acordo com as regulamentações polonesas um representante do comitê de iniciativa legislativa, depois de coletar mil assinaturas de cidadãos que apoiam um projeto de lei, deve notificar o presidente do *Sejm* sobre a formação do comitê e da intenção de colocar um projeto popular de lei perante o *Sejm*. Tal notificação, fora as centenas de assinaturas, deve conter o nome completo do comitê, seu endereço, os dados pessoais dos membros, os dados pessoais do representante e do vice representante e o projeto de lei em conjunto com uma declaração explicativa. Tal declaração explicativa deve conter: uma explicação da necessidade de promulgação

¹⁰ Veja também as razões da Resolução do Tribunal Constitucional de 27 de setembro de 1994.



da lei; consequências sociais, econômicas, financeiras, e jurídicas; fontes para financiamento da lei; diferenças entre o ambiente regulatório atual e proposto; uma declaração do projeto popular de lei com o direito da união europeia; e propostas para atos básicos de implementação. Também devem estar presentes os resultados das consultas realizadas e fornecer informação sobre as variantes e opiniões no caso da disposição da obrigação de buscar tais opiniões resulte da normas do Ato (art. 31, subpar. 2 e 3 dos estatutos do *Sejm*)¹¹. O não-cumprimento de qualquer destes requerimentos pode ser declarado como erro e portanto a notificação pode retornar para complementação. A preparação de um projeto de lei pelo comitê de iniciativa popular pode causar sérios problemas quanto à estrutura, devido à ausência de preparação profissional e acesso aos dados e informações necessários (KRUK, 1998, p. 26, KOKSANOWICZ, 2012, p. 14).

Devemos concordar com a opinião de P. Uziębło, que considerou controversa a rejeição pelo *Sejm* da emenda aprovada pelo Senado, voltada para possibilitar que um representante do comitê exigir assistência das agências administrativas do Estado na determinação das consequências financeiras da adoção da lei (UZIEBŁO, 2000, p. 53).

Um comitê de iniciativa popular pode ser relator de um só projeto de lei. Quando os iniciadores buscam passar emendas a regulamentações cogentes, um comitê pode ser relator de vários projetos de lei. Se diferentes projetos de lei, sem relações entre si, devem ser relatados, então é necessária a criação de dois ou mais comitês de iniciativa legislativa, que podem, entretanto, ser compostos das mesmas pessoas (SZEPIETOWSKA, 2000, p. 56-57).

Se o relatório não contém nenhum erro o presidente do *Sejm* determina, dentro de 14 dias depois da submissão, se será aceito ou não. Uma decisão para aceitar o relatório é imediatamente transmitida ao representante do comitê. Quando a data da decisão do presidente do *Sejm* é comunicada o conteúdo do projeto de lei não pode mais ser modificado (art. 6, subpar. 1-4 do Ato sobre uso de iniciativa).

Depois de completar o ato da coleta das assinaturas o representante do comitê apresenta um requerimento para instituir um processo legislativo no *Sejm*.

¹¹ Uchwała Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 30 lipca 1992 r. Regulamin Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej. (M.P. nr 26, poz. 185).



Ele inclui ao requerimento o projeto de lei popular na sua forma sem modificações junto com cem mil assinaturas e a informação inclusa no relatório submetido ao presidente do *Sejm*. Isto significa que o projeto de lei protocolado com o presidente do *Sejm* deve alcançar os critérios definidos na Constituição e no Estatuto do *Sejm* (art. 118, subpar. 3 da Constituição da República da Polônia, art. 34, subpar. 2 do Estatuto do *Sejm*).

De acordo com o Ato sobre o uso de uma iniciativa o presidente do *Sejm* da República da Polônia é a autoridade necessária para instituir um procedimento conexo à iniciativa popular para submissão de um projeto de lei. Ele decide se aceita ou rejeita a notificação da formação de um comitê. Caso o presidente do *Sejm* encontre defeitos formais na notificação, tal como, por exemplo, a falta de dados pessoais dos membros do comitê, ele define um período de 14 dias para remoção dos defeitos. Se o representante não sana os defeitos o presidente se recusa a aceitar a notificação.

Depois de registrar um projeto de lei do representante o presidente do *Sejm* o envia ao *Sejm*. Se fica evidente que o conteúdo do projeto de lei ou declarações explicativas foram alteradas, ele se recusará a aceitar o projeto de lei (art. 10, subpar. 3, art. 11, subpar. 1 do Ato sobre uso de uma iniciativa).

Ademais, no caso de dúvidas justificadas sobre a validade das assinaturas coletadas, o presidente pode fazer requerimento à Comissão Eleitoral Estadual para determinar o número de assinaturas válidas nos formulários dentro dos 14 dias após a submissão do projeto. Se, como resultado da verificação das assinaturas realizada pela Comissão Eleitoral Estadual, dentro de 21 dias se demonstrar que o número de assinaturas é menor que a exigência legal, o presidente do *Sejm* rejeitará seguimento ao projeto de lei (SARNECKI, 1998, p. 17).

O presidente do *Sejm* tem 14 dias, da submissão do relatório ou da submissão de um projeto de lei com as assinaturas ou do recebimento de um parecer da Comissão Eleitoral Estadual, para fazer a sua determinação no caso de uma recusa de seguimento da matéria - o representante do comitê tem o direito de apelar contra esta decisão da Corte Suprema dentro de 14 dias da data de recebimento da decisão com suas razões.



O comitê de iniciativa popular pode iniciar uma campanha de promoção de um projeto de lei na Polônia e o processo de coleta de assinaturas de cidadãos apoiadores do projeto de lei depois da publicação da constituição da personalidade jurídica do Comitê, do endereço do comitê e da localização em que o projeto de lei ficará disponível para inspeção, em um jornal diário com circulação nacional (GRABOWSKA, 2001b, p. 181).

Campanhas de promoção e procedimentos de coleta de assinaturas são regidos pelas regulamentações eleitorais aplicáveis ao *Sejm* da República da Polônia e o Senado da República da Polônia, que define os princípios de condução de campanhas eleitorais (arts. 85-93, excluindo-se o art. 94, da Regulamentação Eleitoral)¹².

Nos locais onde as assinaturas são coletadas o projeto de lei deve ser mantido acessível para inspeção. Um cidadão dá seu apoio ao projeto de lei colocando sua assinatura na lista cujo formato foi determinado pelo Primeiro Ministro, por decreto, depois de obter a opinião da Comissão Eleitoral Estadual¹³. Cada página da lista deve ser identificada pelo nome do comitê e o título do projeto de lei ao qual o cidadão apoiará.

Cidadãos expressam seu apoio para o projeto de lei colocando suas assinaturas abaixo do projeto, declarando seu nome completo, endereço de residência e identidade pessoal PESEL. Estas assinaturas são inscritas em uma lista apropriada. Não é possível retirar o apoio depois que este é conferido a um projeto de lei (art. 9 do Ato sobre uso de uma iniciativa).

Depois de coletar o número requerido de assinaturas o representante do comitê deve notificar o presidente do *Sejm* do projeto de lei junto com a lista de assinatura dos cidadãos apoiando o projeto de lei em até três meses da data de recebimento da decisão de aceitação da notificação de formação do comitê. Se todas as atividades foram conduzidas de acordo com o Ato, o presidente do *Sejm* o

¹² Ustawa z dnia 12 kwietnia 2001 r. Ordynacja wyborcza do Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej i do Senatu Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. nr 46, poz. 499 ze zm.).

¹³ Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 września 1999 roku w sprawie ustalenia wzoru obywateli, którzy udzielają poparcia projektowi ustawy stanowiącej przedmiot inicjatywy ustawodawczej (Dz.U. nr 79, poz. 893).



envia para a primeira leitura, ao mesmo tempo notificando isto ao representante do comitê (art. 10 do Ato sobre uso de uma iniciativa).

Na Polônia a Corte Suprema faz revisão das reclamações protocoladas pelo representante do comitê sobre decisões do presidente do *Sejm* que são adversas ao comitê de iniciativa popular. Reclamações são avaliadas mediante procedimento não litigioso, com composição de sete pessoas, dentro de 30 dias depois de ser submetido¹⁴.

A Corte Suprema decide sobre a aceitação e rejeição de uma reclamação do representante contra recusa do presidente do *Sejm* a aceitar a notificação. Se a reclamação do representante é aceita, o presidente do *Sejm* é obrigado a aceitar a notificação de formação do comitê. Se a reclamação é rejeitada o comitê é dissolvido.

A Corte Suprema também decide sobre a aceitação ou rejeição da apelação do representante contra a recusa do presidente do *Sejm* a aceitar o projeto de lei popular. Ao proferir decisão de aceitação da apelação a Corte impõe a obrigação do presidente do *Sejm* a aceitar o projeto de lei. Ao rejeitar a apelação a Corte encerra qualquer outro seguimento legislativo para o projeto de lei.

Existe mais um caso em que a Corte Suprema decide matérias de iniciativa popular. Isto ocorre quando o representante do comitê apela contra decisão do presidente do *Sejm* recusando seguimento ao projeto de lei. A Suprema Corte pode confirmar ou rejeitar a apelação. Quando a Corte confirma a reclamação do representante o presidente do *Sejm* envia o projeto de lei para sua primeira leitura no *Sejm*; caso contrário o projeto de lei popular fracassa. Decisões da Suprema Corte são finais, que significa que não existe direito de apelação contra elas.

Uma questão surge sobre porque as reclamações do representante são trazidas perante a Corte Suprema e não ao Tribunal Constitucional. O representante do comitê não pode apelar da decisão do presidente do *Sejm* ao Tribunal Constitucional porque o art. 188 da Constituição da República da Polônia define precisamente todas as matérias que cada tribunal pode decidir. O escopo das competências do Tribunal Constitucional não pode ser estendido ou limitado por

¹⁴ Ustawa z dnia 23 listopada 2002 r. o Sądzie Najwyższym (Dz.U. nr 240, poz. 2052).



qualquer lei ordinária. Mas o legislativo, definindo o escopo dos deveres da Corte Suprema, deixou uma “porta aberta” na forma do art. 183, subpar. 2 da Constituição da República da Polônia¹⁵. Devido a este fato o número das funções da Corte podem ser aumentados por lei ordinária. A Corte Suprema examina as petições eleitorais, determina a validade das eleições, a validade da eleição de um parlamentar ou senador e a validade de um referendo. Assim, parece lógico que o legislativo pode confiar a este corpo com poder de decidir sobre reclamações protocoladas pelo representante de um comitê de iniciativa legislativa popular contra decisões do Presidente do *Sejm*.

Na Polônia a primeira leitura do projeto de lei ocorre durante a sessão do *Sejm*, dentro de três meses do dia que o projeto de lei é submetido ao presidente do *Sejm*, ou de uma decisão da Suprema Corte (art. 13 do Ato sobre uso de uma iniciativa). O mero fato da submissão de um projeto de lei em redação ao *Sejm* para consideração não encerra o procedimento legislativo. A segunda parte do processo é só regulado de forma fragmentária pelo Ato. O art. 14 do Ato sobre uso de uma iniciativa permite que um representante faça parte das deliberações sobre a o projeto de lei no *Sejm* e do Senado com base nos estatutos de ambas as casas. Para poder realizar esta disposição na prática os estatutos do *Sejm* e Senado podem ser emendados. Estas emendas seriam referentes à participação de um representante de comitê nas seções do *Sejm*, senado e comissões, e o escopo de seus direitos e obrigações (p. ex. sua presença em reuniões, na tomada da palavra no *Sejm* e Senado, introdução de requerimentos, possibilidade de determinar formas de criação de emendas e possibilitando que o projeto de lei seja retirado antes da finalização de sua segunda leitura).

O art. 14 não especifica claramente se um representante de comitê pode retirar um projeto de lei popular. A opinião de M. Jabłoński é que “uma pessoa que representa um comitê de iniciativa popular tem o direito de retirar um projeto de lei, especialmente no caso que ele tenha alterações substanciais em seu conteúdo” parece ser correta (JABŁOŃSKI, 2002, 661). Devido a tais poderes é possível que um comitê de iniciativa popular, através de seu representante, possa supervisionar o trabalho legislativo no projeto de lei. Na situação em que o texto final do projeto de

¹⁵ "O Supremo Tribunal também realiza outras atividades como definido nos projetos de lei (...)"



lei divirja de forma significativa do texto do projeto submetido pela iniciativa popular um representante pode prevenir a adoção deste ato legal retirando-o. Uma opinião diferente é proferida por P. Uziębło, que afirma que o direito do representante do comitê a retirar um projeto de lei “destruiria (...) um enorme esforço social com todo o procedimento de preparação do projeto e sua submissão ao presidente do *Sejm*” (UZIEBŁO, 2000, p. 65). Consequentemente tal opinião torna possível que os organizadores da iniciativa popular possam ter qualquer influência em seu futuro depois da submissão do projeto de lei ao presidente do *Sejm*.

Um projeto de lei introduzido por um grupo de cidadãos na Polônia tem algumas preferências. De acordo com o art. 3, subpar. 3 do Ato sobre uso de uma iniciativa, um projeto de lei pelo qual o processo legislativo não é completado antes da expiração do tempo de exercício do *Sejm*, deve ser deliberado pelo *Sejm* na próxima seção dentro de um período de até seis meses da primeira seção do recém-eleito *Sejm*, sem a necessidade de sua resubmissão. Então, assim como o legislativo italiano e espanhol, a versão polonesa aboliu o princípio de descontinuidade em relação ao projeto de lei popular¹⁶.

Fora isto, ao contrário da situação de outros projetos de leis, o *Sejm* conduz a primeira leitura de um projeto de lei introduzido por cidadãos dentro de 3 meses da data de que este projeto é submetido ao presidente do *Sejm*. Ele sempre ocorre durante a sessão plenária do *Sejm*, enquanto no caso de outros projetos de lei a primeira leitura pode ocorrer nos fóruns das comissões do *Sejm* (PATRZALEK, SZMYT, 1994, p. 146).

Os documentos financeiros da iniciativa legislativa popular são abertos ao público na Polônia. Um comitê cobre todos os gastos relacionados à atividade realizada, e pode criar fundos, para este propósito de coletas públicas, por exemplo (art. 15 do Ato sobre uso de uma iniciativa)¹⁷. Os recursos financeiros de um comitê não podem vir do orçamento do Estado, de empresas estatais, de uniões comunais e outros entes legais comunais, ou de empresas com participação do Tesouro do Estado, unidades territoriais autogovernadas, uniões comunais e outros entes legais

¹⁶ Garlicki escreve sobre o princípio de descontinuidade do trabalho do parlamento (1995) p. 45 et al.

¹⁷ Os princípios e procedimento de levantamento de fundos definido pelo Ato.



comunais. Estas limitações se referem a fundos advindos de: pessoas físicas não registradas no território da Polônia (excluindo cidadãos poloneses residindo no estrangeiro), estrangeiros registrados e pessoas jurídicas sem sede no território da Polônia, pessoas jurídicas com participação em sujeitos estrangeiros e outros sujeitos com capacidade de realizar transações jurídicas, mas sem sede no território da Polônia. Um comitê não pode ser financiado por missões diplomatas, agências consulares, missões especiais e organizações internacionais e outras agências com imunidade diplomática e base contratual (art. 16 do Ato sobre uso de uma iniciativa).

O representante do comitê deve submeter um relatório financeiro sobre a forma e fontes de criação dos meios para sua atividade ao Ministro das Finanças dentro de três meses da submissão do projeto de lei ao presidente do *Sejm*, de uma decisão pela Corte Suprema sobre a apelação do representante contra a recusa do presidente do *Sejm* para permitir que o projeto de lei tenha seguimento ou de anterior dissolução do comitê. Um modelo de relatório é determinado pelo Ministro das finanças por meio de decreto¹⁸. O representante publica o relatório em um jornal diário com circulação nacional. Se os rendimentos foram maiores que os gastos o representante transfere o excedente para a caridade. Ele é obrigado a manter os registros financeiros do comitê por 12 meses.

Depois de um período de cinco anos durante os quais o Ato de uso da iniciativa legislativa popular se tornou vinculante na Polônia, é evidente que o *Sejm* não está em risco de ser inundado (como era temido durante os debates do projeto de lei sobre a iniciativa) pela grande quantidade de propostas populares. Pode-se dizer que a situação é a oposta. Em comparação a estatísticas de outros países o número de iniciativas populares não é pequeno. Os proponentes dos projetos de lei em geral são vários grupos de interesses - de professores a pensionistas, de enfermeiras a desempregados.

Até agora partidos políticos não têm se engajado na promoção de iniciativas legislativas populares. Devido a estas circunstâncias ainda existe uma chance para que as iniciativas populares de grupos de cidadãos, e não partidos políticos, como é

¹⁸ Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 27 sierpnia 2001 r. w sprawie wzoru sprawozdania o źródłach pozyskiwania funduszy na cele inicjatywy ustawodawczej wykonywanej przez obywateli oraz szczegółowego zakresu zawartych w nim informacji (Dz. U. nr 94, poz. 1036).



o caso da Itália, por exemplo. Isto terá um efeito favorável na atitude do parlamento para criar leis deste tipo.

Dezesseis projetos de lei populares foram propostos na Polônia até hoje¹⁹. Cinco projetos de lei foram transformados em lei²⁰. A adoção de dez ainda está em aberto²¹. Um projeto foi promulgado pelo *Sejm* como lei, mas o Senado propôs medida para rejeitá-lo²².

Quando se analisa a instituição da iniciativa popular para aprovação de um projeto de lei na Polônia, algumas conclusões podem ser constatadas.

O legislativo polonês prescreveu um período de três meses para a coleta dos números requeridos de assinaturas. Em minha opinião o período deveria ter sido

¹⁹ Os dados citados a seguir: <<http://www.sejm.gov.pl>>, cálculos próprios. Estado legal desde 1º de Maio de 2005.

²⁰ Ustawa z dnia 6 lipca 2001 r. o zachowaniu narodowego charakteru strategicznych zasobów naturalnych kraju (Dz.U. nr 97, poz. 1051), ustawa z dnia 24 sierpnia 2001 r. o zmianie ustawy – Karta nauczyciela (Dz.U. nr 128, poz. 1404), ustawa z dnia 18 lipca 2002 r. o zmianie ustawy o wprowadzeniu ustawy - Prawo ochrony środowiska, ustawy o odpadach oraz o zmianie niektórych ustaw (Dz.U. nr 143, poz. 1196), ustawa z dnia 20 kwietnia 2004 r. o zmianie ustawy - Prawo farmaceutyczne, ustawy o zawodzie lekarza oraz ustawy - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo farmaceutyczne, ustawę o wyrobach medycznych oraz ustawę o Urzędzie Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych (Dz.U. nr 92, poz. 882) oraz ustawa z dnia 30 kwietnia 2004 r. o świadczeniach przedemerytalnych (Dz.U. nr 120, poz. 1252).

²¹ Obywatelski projekt ustawy o zakazie promowania przemocy w środkach masowego przekazu (druk sejmowy nr 2918 III kad. Sejmu i 4 IV kad. Sejmu), Obywatelski projekt ustawy o zmianie ustawy o zaopatrzeniu emerytalnym żołnierzy zawodowych oraz ich rodzin i ustawy o zaopatrzeniu emerytalnym funkcjonariuszy Policji, Urzędu Ochrony Państwa, Straży Granicznej, Państwowej Straży Pożarnej i Służby Więziennej i ich rodzin (druk sejmowy nr 2804 III kad. Sejmu i 30 IV kad. Sejmu), Obywatelski projekt ustawy - Kodeks karny (druk sejmowy nr 775 IV kad. Sejmu), Obywatelski projekt ustawy o zmianie ustawy o zawodach pielęgniarci i położnej (druk sejmowy nr 1576 IV kad. Sejmu), Obywatelski projekt ustawy o zmianie ustawy z dnia 24 lipca 1998 r. o wprowadzeniu zasadniczego trójstopniowego podziału terytorialnego państwa (druk sejmowy nr 2491 IV kad. Sejmu). Obywatelski projekt ustawy Fundusz Alimentacyjny (druk sejmowy nr 3392 IV kad. Sejmu), Obywatelski projekt ustawy o finansowaniu świadczeń opieki zdrowotnej (druk sejmowy nr 3550 IV kad. Sejmu), Obywatelski projekt ustawy o podatku od towarów i usług (druk sejmowy nr 3764 IV kad. Sejmu), Obywatelski projekt ustawy o restrukturyzacji i prywatyzacji Zespołu Elektrociepłowni w Łodzi SA (druk sejmowy nr 3854 IV kad. Sejmu), Obywatelski projekt ustawy o zmianie ustawy o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (druk sejmowy nr 3864 IV kad. Sejmu).

²² Obywatelski projekt ustawy w sprawie utworzenia Fundacji Edukacji Narodowej (druk sejmowy nr 2397 III kad. Sejmu, druk senacki nr 771Z IV kad. Senatu) uchwalony przez Sejm jako ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. o Powszechnym Funduszu Stypendialnym.



mais longo: este período deve somar ao menos seis meses, tal como, por exemplo, na Itália ou Espanha.

Uma solução interessante ao problema de coleta de assinaturas foi criada pelo legislativo austríaco. Toda a ação de coleta de assinaturas através da iniciativa popular é preparada e realizada por agências locais legitimadas para tal, e não por aqueles que iniciaram a iniciativa popular. Relacionado a isto, o termo para coleta do número de assinatura é de oito dias. Antes que o termo de coleta das assinaturas é decidido pelo Ministro de Assuntos Internos os iniciadores da iniciativa popular tem tempo para preparar uma campanha promocional²³. É uma solução interessante, e, na minha opinião, melhor que as outras. É sempre mais fácil para os cidadãos se mobilizarem e afixarem suas assinaturas dentro de um curto período previamente decidido. Tal solução, entretanto, só é possível quando agências estatais auxiliam os organizadores de uma iniciativa com os atos de levantar as assinaturas, porque ele requer grandes recursos financeiros e um número significativo de pessoas envolvidas, assim como uma série de localidades onde é possível que as pessoas assinem de fato. Os organizadores de uma iniciativa não conseguem organizar e conduzir tudo em um curto espaço de tempo nestes moldes e sozinhos.

O legislativo polonês não previu uma certificação obrigatória por um funcionário público (p. ex. em um escritório *gmina*) das assinaturas afixadas a um requerimento popular para um projeto de lei. Tais verificações só são realizadas por requerimento do presidente do *Sejm* no caso de dúvidas justificadas. Tal verificação é importante porque ela confere certeza sobre a correção e número de assinaturas afixadas antes mesmo do protocolo da proposta com o presidente do *Sejm*. Uma emenda a esta regra pelo legislativo polonês é muito bem fundamentada.

Uma importante modificação do procedimento parlamentar em relação ao projeto de lei popular é a abolição do princípio da descontinuidade. Devido a preferências deste tipo o esforço dos iniciadores da iniciativa popular e a vontade de um grande grupo de cidadãos não pode ser desfeito em uma situação em que o trabalho legislativo no projeto de lei popular não é finalizado antes do esgotamento do mandato ou da dissolução parlamentar.

²³ Art. 41 ust. 2 Federalnej Ustawy Konstytucyjnej Republiki Austrii z dnia 1 października 1920 r., tłum. i wstęp P. Czarny i B. Naleziński, Warszawa 2004, § 7-8 ustawy z dnia 27 czerwca 1973 o inicjatywie ludowej (oryginalny tytuł: *Volksbegehrensgesetz*) (BGBl. nr 344/1973).



Outra interessante regulação que acompanha o trabalho de um projeto de lei popular no parlamento é encontrada na obrigação de sempre conduzir a primeira leitura do projeto durante uma sessão plenária do parlamento. Ademais, o legislativo polonês impôs a obrigação de conduzir a primeira leitura do projeto de lei popular no parlamento dentro de um prazo de três meses da data da submissão efetiva do projeto de lei popular ao presidente do *Sejm*. Devido a tais arranjos os iniciantes da iniciativa popular ficam seguros que o projeto de lei popular não ficará “enterrado” no parlamento por um período indefinido de tempo.

O mecanismo de resolução de questões financeiras relacionadas com a iniciativa popular para adoção de um projeto de lei também merece atenção. Na Polônia os dispositivos do Ato permitem a obtenção de fundos para cobertura de gastos relacionados com a iniciativa popular por meio de coletas públicas. Mas o grupo de sujeitos que pode financiar uma iniciativa popular é limitado. Ademais, os organizadores poloneses de uma iniciativa popular deve documentar seus gastos com a submissão de um relatório financeiro de sua atividade.

Uma característica do direito polonês que regula a instituição de iniciativa popular são as cláusulas penais (art. 19-20 do Ato sobre uso de uma iniciativa). É uma boa solução, porque as provisões regulam as matérias relacionadas com a iniciativa popular. Devido a este fato, não existe necessidade de “ajustar” os dispositivos de outras leis aos dispositivos do Ato sobre uso de uma iniciativa. O caráter específico das matérias relacionadas com a iniciativa popular nem sempre permite a interpretação de outras normas de forma que a interpretação recobrisse matérias relacionadas à iniciativa legislativa popular.

Dois modelos de regulamentação legal podem ser distinguidos nos países europeus quanto à instituição da iniciativa popular para apresentar um projeto de lei no parlamento. O primeiro modelo é encontrado na Itália e na Polônia. O legislativo coloca todas as matérias relacionadas à organização da iniciativa popular nas mãos dos seus organizadores, começando pela formação de um comitê de iniciativa através de atos tal como levantamento de assinaturas e financiamento. As organizações estatais não podem assistir os iniciadores de um projeto de lei popular em qualquer maneira.



O segundo modelo ocorre na Espanha e Áustria, onde o Estado auxilia, em diferentes graus, na organização da iniciativa popular. Na Espanha as agências estatais reembolsam as despesas relacionadas à organização de uma iniciativa, mas só quando os organizadores conseguem levar um projeto de lei perante o parlamento. Na Áustria, por outro lado, os governos locais conduzem todos os atos de coleta de assinaturas, em apoio de um requerimento popular, para levar um projeto de lei popular perante o parlamento.

A solução pela qual o Estado auxilia seus cidadãos a aproveitar as formas de democracia direta parece justificada. Fora as formas de assistência aos organizadores de uma iniciativa popular acima mencionadas, também poderíamos auxiliar, por exemplo, na preparação da declaração sobre os efeitos financeiros de sua implementação, no estabelecimento de fonte de financiamento quanto um projeto de lei onera o orçamento estatal, ou em preparação de uma declaração sobre se um projeto de lei popular é consistente com as leis da União Europeia. Cidadãos não tem a estrutura organizacional, financeira, jurídica e material à sua disposição tal como as agências estatais as tem. Com tal apoio a organização da iniciativa popular seria realizada de forma mais eficiente. Projetos de lei populares teriam chance para melhor preparo e assim o processo legislativo poderia ser mais célere.

Presentemente a instituição da iniciativa popular não é uma forma de democracia direta frequentemente utilizada, mas uma tendência pode ser cada vez mais constatada nos cidadãos, que demonstram interesse nos assuntos de Estado. Esta tendência é manifestada no aumento do número de iniciativas legislativas populares registradas.

Existem várias razões para este estado-de-coisas. Uma falta de interesse por parte dos cidadãos, ou sua falta de conhecimento da substância das propostas submetidas – assim como uma desconfiança para com as agências estatais – podem ser algumas das razões para o uso infrequente desta forma de democracia direta. A falta de assistência de agências estatais durante a preparação de um projeto de lei popular e durante a organização da campanha de promoção ou atos de levantamento de assinaturas pode ser considerada outra razão.



Outra razão pode ser, tal como bem noticiado por M. Jabłoński, o fato de que o parlamento não é obrigado a completar um procedimento legislativo para adoção do projeto de lei. Os proponentes da iniciativa popular não têm qualquer influência no conteúdo final da lei adotada pelo requerimento popular, e eles também não tem quaisquer remédios legais para influenciar o trabalho legislativo das agências (JABŁOŃSKI, 2002, p. 664-665).

Infelizmente, em grande medida os projetos de lei populares não são convertidos em leis específicas. Eles são rejeitados pelos corpos legislativos ou a finalização de seu processo legislativo é postergado devido às implicações políticas da adoção de tal lei. Projetos de lei são também rejeitados em casos em que os membros do parlamento encontram erros durante o trabalho num projeto de lei popular, que são relevantes o suficiente para fazer da execução de tal lei praticamente impossível: p. ex. conflito com outras leis existentes, formas pouco claras de financiamento dos dispositivos da lei, ou, finalmente, terminologia imprópria. Quando o parlamento não adota um projeto de lei popular ele também deve levar em consideração os efeitos que tal rejeição podem causar. Prolongamento do processo legislativo pode paradoxalmente ser uma melhor saída para o parlamento. Pela introdução de emendas ao projeto de lei os membros do parlamento dão margem para críticas (p. ex. pela oposição) de que a lei promulgada diverge significativamente do conteúdo do projeto de lei submetido pela iniciativa popular.

Uma forma realmente salomônica de resolver a situação foi encontrada pelos membros do parlamento polonês. Depois de uma submissão de sucesso de projeto de lei sobre a Fundação Nacional de Educação ao presidente do *Sejm*, o *Sejm* adotou a Lei sobre o Fundo Comum Escolástico²⁴, sem introduzir praticamente quaisquer emendas significativas²⁵. Esta nova lei foi praticamente idêntica em sua nomenclatura com o conteúdo do projeto de lei popular. Depois da adoção a lei foi entregue ao Senado, que protocolou requerimento de rejeição da lei porque, entre outras coisas, ela continha inúmeros erros substanciais, inconsistências com a legislação vinculante e terminologia inadequada²⁶.

²⁴ Druki sejmowe nr 1816, 2397, 2524, 3162, 3162-A.

²⁵ Ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. o Powszechnym Funduszu Stypendialnym.

²⁶ Druki senackie nr 771, 771A, 771Z.



Os cidadãos exercem sua autoridade superior por meio de seus representantes e diretamente, graças às instituições da democracia direta. Se o parlamento regularmente cumpre seus deveres desta forma, esta prática pode causar que as pessoas duvidem da democracia como forma de autoridade. Pode também ser causa de diminuição da confiança nas instituições estatais, a eficiência das instituições da democracia direta e o significado de sua existência.

2 A INICIATIVA POPULAR PARA REALIZAÇÃO DE UM REFERENDO ORDINÁRIO

Um aumento no nível de interesse na iniciativa popular para realização de um referendo ordinário pode ser observado nos anos recentes. É uma forma de democracia direta que permite que os cidadãos tenham algum controle sobre decisões sobre a lei e possam participar pessoalmente neste processo (PIASECKI, 2005, p. 25).

Um referendo ordinário, às vezes chamado de referendo legislativo, pode ser realizado sobre matérias de interesse significativo para o Estado ou quando a lei que está para ser votada é um projeto de referendo. Na Polônia um projeto de referendo constitui um projeto de lei cuja redação ou substância pode ser colocada a votação pública antes da adoção pelo parlamento (GRABOWSKA, 2005, p. 157).

O art. 125, subpar. 5 da Constituição da Polônia contém autorização para o legislativo regulamentar por legislação ordinária os princípios e modo de condução de um referendo (GRABOWSKA, 2001a, p. 137). O resultado desta autorização é o ato sobre referendos de 14.03.2003 (KULIG, NALEZIŃSKI, 1996, p. 23-42; SARNECKI, 2003, p. 9). Com base neste ato um grupo de cidadãos que apresenta uma iniciativa popular pode demandar que um referendo nacional ordinário seja realizado. O *Sejm* pode ordenar que o referendo seja realizado, mas não é obrigado a fazê-lo (JABŁOŃSKI, 1997c, p. 97).

Um grupo de quinhentos mil cidadãos poloneses pode requerer ao *Sejm* um requerimento de realização de referendo nacional. Pessoas autorizadas são cidadãos poloneses que tem ao menos 18 anos na data de votação. Pessoas que foram privadas de seus direitos públicos por decisão judicial, que foram privadas de



seus direitos eleitorais por decisão do Tribunal de Estado ou que foram legalmente declaradas incapazes por decisão judicial não podem participar do referendo (Art. 3, 63 do Ato sobre referendos de 14.03.2003).

Tal grupo deve ter seu próprio representante. Este representante é uma pessoa que foi apoiada por muito tempo pelos quinze primeiros cidadãos que apoiaram o requerimento para realização de um referendo. O labor do representante do grupo de cidadãos é submeter um requerimento para realização de referendo ao presidente do *Sejm* (GRABOWSKA, 2007, p. 31).

O representante tem o direito de participar nas seções da Comissão, mas não pode retirar seu requerimento (art. 65 subpar. 5 dos Estatutos do *Sejm*). O Ato sobre referendos de 14.03.2003 não faculta esta possibilidade e a Constituição também não confere tal autorização ao representante. Este enfoque parece lógico porque tais poderes conferidos ao representante entrariam em conflito com os princípios de licitude e justiça social. A decisão por parte de uma pessoa poderia deturpar a expressão da vontade popular de ao menos cem mil cidadãos que assinaram o requerimento popular (MORDWIŁKO, 1999, p. 121).

O objeto de um referendo nacional na Polônia pode ser, de acordo com o art. 125, subpar. 1 da Constituição da Polônia, matérias de especial relevância para o Estado. Tal descrição da substância do referendo pode levar a algumas dificuldades quanto a sua definição precisa. O ato sobre um referendo de 14.03.2003 também não especifica em detalhe o escopo objetivo de um referendo. A única coisa que resulta do conceito de “matérias de especial importância para o Estado” no caso de que um referendo pode somente ser realizado em matérias de especial importância para os cidadãos, mas não pelo Estado (JABŁOŃSKI, 2001, p. 69-74). Quando se presume, assim como M. Jabłoński, que abaixo da noção de “Estado” geralmente entendemos “uma série de instituições e pessoas agindo em prol dele”, então o objeto de um referendo nacional somente tais matérias é que podem ser de especial importância para aquelas instituições e sujeitos (JABŁOŃSKI, 1999, p. 139-140). Tal interpretação restringe de forma significativa a extensão objetiva do escopo de um referendo e ao mesmo tempo atribui a ele só um caráter subordinado em relação às instituições estatais. Deve ser lembrado que um referendo é só um dos modos pelos quais a autoridade é exercida por um soberano,



p. ex. a nação. No caso que o exercício desta autoridade almeja a realização do interesse comum. Em tal situação a substância do referendo pode cobrir novas matérias de especial importância não só para o Estado mas também para os cidadãos, para os quais a República da Polônia constitui interesse comum. Este entendimento parece ser mais apropriado e é um dos que permite o tratamento equitativo do referendo (GRABOWSKA, 2001b, p. 171).

Teoricamente isto tudo significa que todos os assuntos não podem ser trabalhados, e sua enumeração pelo legislativo não é de fato possível. Nós podemos tentar especificar alguns mais importantes temas que podem ser objeto de referendo. A substância de um referendo pode cobrir: regulamentações constitucionais, temas relacionados como o sistema de estado, consentimento sobre o uso de técnicas modernas, liberdades de conduta moral das pessoas ou decisões sobre matérias específicas de ordem pública (ZIELIŃSKI, 1995, p. 16-22; JABŁOŃSKI, 1998, p. 41).

O Ato limita a substância somente no caso da iniciativa popular para realização de um referendo. O art. 63, subpar. 2 do Ato sobre um referendo 14.03.2003 prevê que um referendo nacional que foi ordenado como resultado de uma iniciativa popular não pode lidar com os gastos e rendimentos do Estado, sua prontidão de defesa ou casos de anistia. Limitações deste tipo são usualmente necessárias em matérias que provocam dúvidas sobre a objetividade completa dos eleitores. Fora isto, um referendo somente pode se relacionar às matérias que podem ser reguladas somente na forma da Lei (SARNECKI, 1999A, p. 169; SKRZYDŁO, 1996, p. 128-129; BANASZAK, 1999, p. 135; GARLICKI, SZEPIETOWSKA, 1995, p. 25).

Fora da constituição um estatuto é o ato legal de mais alto nível, criado pelo parlamento em um procedimento especial. Ele contém normas legais de um caráter abstrato e geral (SKRZYDŁO, SOBOLEWSKI, 1974, p. 7-20; DOBROWOLSKI, 2003, p. 25-44). O legislativo polonês define o art. 92 e 93 da Constituição da República da Polônia a primazia do estatuto em relação a outros atos legais no estado (REDELBACH, WRONKOWSKI, ZIEMBIŃSKI, 1994, p. 74-75; ECKHARDT, 2000, p. 21). “O direito constitucional polonês não diferencia entre a validade legal dos



estatutos na base de se sua promulgação foi promovida por uma assembleia constituinte ou não”.²⁷ A substância de um estatuto pode ser “tão ampla quanto as esferas da atividade do Estado dentro do escopo da promulgação de legislação comum vinculante” (DZIAŁOCHA, 1991, p. 58). Constituições em muitos estados democráticos limitam o escopo objetivo de um estatuto. Mas “o direito constitucional polonês não conhece – fora das constituições escritas – qualquer outra categoria de estatutos localizados sobre estatutos ordinários na hierarquia das fontes legais. Especialmente, ela não conhece a categoria de “estatutos limitados” existentes em sistemas legais de outros Estados. (...) Deve-se admitir, então, que todos os estatutos têm o mesmo nível no sistema legal polonês, então um estatuto posterior pode abolir o prévio e propiciar exclusão permanente ou temporária de suas provisões. Quaisquer outras localizações dos tipos específicos dos estatutos requereria uma base constitucional específica (veja, por exemplo, a Decisão de 18 de Outubro de 1994, K. 2/94, sem publicação)”²⁸.

O sistema legal polonês não conhece a noção de “estatuto quase-orçamentário”. É somente um termo publicístico que não tem qualquer sentido jurídico²⁹. O caso é semelhante ao conceito de “estatuto de referendo”. Ambos os “estatutos quase-orçamentários” e o “estatuto de referendo” não são fontes apartadas de lei. Estes estatutos são ordinários, com a mesma validade de qualquer outro estatuto (JAROSZ, 1994, p. 276-277; SZMYT, 1995, p. 56-57; REPEL, 1997, p. 208).

Na Polônia, uma requisição que chama um referendo deve definir as propostas quanto às questões ou variantes das soluções encontradas nas matérias colocadas a referendo. Ademais, uma lista de cidadãos que apoiam esta requisição deve ser anexa. Esta lista deve conter os nomes, sobrenomes, endereços de residência, e número de identidade PESEL das pessoas que propõe a realização do referendo, junto com suas assinaturas autênticas (Art. 61 do Ato sobre um referendo de 14.03.2003)³⁰.

²⁷ Razões da Resolução do Tribunal Constitucional de 27 de Setembro de 1994.

²⁸ Razões da Resolução do Tribunal Constitucional de 27 de Setembro de 1994.

²⁹ Uzasadnienie orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 stycznia 1995 r., K. 12/94, OTK 1995 r., cz. I, s. 26, 27.

³⁰ Uchwała Państwowej Komisji Wyborczej z dnia 17 kwietnia 2003 r. w sprawie wzoru wykazu obywateli popierających wnioski o poddanie określonej sprawy pod referendum ogólnokrajowe (M.P. nr 20, poz. 308).



Uma questão surge, entretanto, sobre se a obrigação de juntar justificativa para a requisição refere-se a todos aqueles que realizam o requerimento e não só os sujeitos parlamentares autorizados. O Ato não lida com este problema. Parece lógico se afirmar que a juntada de uma justificativa é elemento necessário para um requerimento de referendo. Sua ausência tornaria impossível determinar se existem quaisquer pré-requisitos para resolver dada matéria por meio de referendo (SOKOLEWICZ, 1993, p. 7-8). A pessoa autorizada a apresentar esta iniciativa submete o requerimento com os documentos requeridos ao presidente do *Sejm*.

Na Polônia, para se iniciar uma ação para coleta de assinaturas de pessoas que apoiam o requerimento para realização de referendo, a pessoa autorizada para fazê-lo deve criar uma lista consistente com a resolução da Comissão Eleitoral Estadual. Cada uma de suas páginas deve conter os dados fornecidos no título da iniciativa, p. ex. uma descrição do objeto do referendo e propostas para questões ou soluções variadas. Uma pessoa que apoia o requerimento afixa sua assinatura na lista e fornece seus dados pessoais tais como: nome, sobrenome, endereço de residência e identidade pessoal PESEL (BANASZAK, 1996, p. 16).

O legislativo não determinou se o tempo limite em que o processo de coleta de assinatura deveria ocorrer. Se o proponente consegue coletar o número requerido de assinaturas ele submete o requerimento, sua justificativa e a lista com as assinaturas ao presidente do *Sejm*. Quando o requerimento está correto e é apoiado pelo número correto de pessoas o presidente do *Sejm* o envia ao *Sejm* para apreciação (MORDWIŁKO, 2000, p. 94).

O órgão polonês obrigado a iniciar um procedimento relacionado à iniciativa popular para realização de um referendo é, como mencionado, a presidência do *Sejm*. Sua autoridade estende não só a matérias relacionadas à submissão da moção em conjunto com a lista de assinaturas. O presidente não tem o direito, por exemplo, para conferir aceitação anterior de requerimento de ou permissão para coleta de assinaturas de pessoas que apoiam o requerimento. Seus deveres incluem a verificação das assinaturas afixadas e a submissão à Comissão Eleitoral Estadual para verificação da autenticidade no caso de dúvida quanto a sua validade (art. 63 do Ato sobre referendos de 14.03.2003). Se o número de assinaturas demonstra-se em menor número do que previsto no Ato o presidente do *Sejm* indica um período de



quatorze dias para a complementação das assinaturas. A decisão a este respeito, em conjunto com as razões da decisão, são imediatamente comunicadas ao representante. Se o número de assinaturas é igual ou maior do que exigido no Ato o presidente submete o requerimento ao *Sejm* para consideração (SARNECKI, 1999b, p. 122).

Até a adoção do novo ato sobre referendos nacionais em 14 de março de 2003, a interpretação das provisões do antigo ato sobre um referendo de 29 de Junho de 1995, sobre a autoridade para iniciar os procedimentos relacionados com a iniciativa popular para realização de referendo apresentou várias dificuldades (WINCZOREK, 2002, p. 17). Neste respeito, esta autoridade foi o Conselho Presidente do *Sejm* (art. 6, subpar. 4 do Ato de 26 de junho de 1995 sobre referendos)³¹. Assim, as regulamentações legais não foram ajustadas à nova situação resultante da nova Constituição da República da Polônia entrando em efeito. Um exemplo que ilustra este problema pode ser encontrado na decisão da Suprema Corte de 26 de maio de 1998 que revogou a resolução do Conselho Presidente do *Sejm* que se recusou a aceitar um requerimento para realização de referendo³². Nos argumentos por trás desta decisão o Tribunal declarou que o Conselho Presidente do *Sejm* não era mais o órgão com autoridade para recusar o requerimento para realização de um referendo, porque desde o momento que a Constituição da República da Polônia entrou em vigor o Conselho Presidente do *Sejm* deixou de ser uma autoridade constitucional e ao mesmo tempo perdeu o direito de representar o *Sejm* nas relações exteriores. De acordo com o art. 110 subpar. 2 da Constituição da República da Polônia o Presidente do *Sejm* tem tais poderes e é quem deve realizar a análise dos requerimentos populares. Ademais, a relação da Constituição às leis pré-constitucionais deve ser determinada de forma geral, por exemplo, com base na relação entre a lei posterior, que é a Constituição, às leis anteriores – de acordo com o princípio da *lex posterior derogat legi priori* - e entre a Constituição, como um Ato de validade legal mais alta, e a legislação ordinária - o princípio da *lex superior derogat legi inferiori* (JAROSZ, 1998, p. 71; KUDEJ, 1998, p. 76; MORDWIŁKO, 1998, p. 80; SZEPIETOWSKA, 1998, p. 81).

³¹ Dz.U. nr 99, poz. 487 ze zm.

³² Decisão da Corte Suprema de 26 de Maio de 1998.



Tais argumentos poderiam dar azo a várias dúvidas. Na área do Direito Constitucional houveram muitas opiniões diferentes neste tópico. Alguns estudiosos apresentaram a opinião que foi ao Presidente do *Sejm* a quem foi transferido, nesta situação, os poderes do Conselho Presidente do *Sejm* nos assuntos de iniciativa popular (KUDEJ, 1998, p. 76-79)³³. Outros afirmaram que de fato neste caso a decisão do Presidente do *Sejm* era obrigatória para apreciar este requerimento, mas o art. 6 subpar. 4 e 5 do Ato sobre referendo de 1995 ainda era vinculante e o Conselho Presidente do *Sejm* ainda seria a autoridade legitimada para verificar as assinaturas no requerimento popular (JAROSZ, 1998, p. 71-75)³⁴.

L. Garlicki não excluiu a aplicação do princípio de derrogação dos efeitos da nova Constituição, mas somente em situações tais em que houvesse uma discrepância entre as normas formalmente idênticas da nova Constituição e do Ato anterior, por exemplo, no caso da denominada “simetria em relação ao conteúdo” (GARLICKI, 1998, p. 43). No caso de dúvidas sobre se existe uma completa “simetria em relação ao conteúdo” ou não, deve-se utilizar o procedimento de levar questões jurídicas ao Tribunal Constitucional. Em tais circunstâncias o Tribunal deveria expedir uma decisão declarando a perda da validade legal pela norma em relação a um Ato que contraria a Constituição. Uma opinião semelhante foi apresentada por P. Sarnecki (SARNECKI, 1998, p. 17; SARNECKI, 2003, p. 20).

Durante o processo de adoção de um novo Ato sobre um referendo a opinião prevalente foi aquela apresentada por acadêmicos que afirmaram que seria o Presidente do *Sejm* a quem, em tal situação, a quem foram transferidos os poderes do Conselho Presidente do *Sejm* relacionados ao requerimento popular para realização de um referendo. Esta posição é expressa no art. 63 do Ato sobre referendos de 14.03.2003.

³³ Esta opinião também é sustentada por Szepietowska (1997), p. 50, que afirma que "para o Conselho Presidente do *Sejm* (...) nem as normas dos estatutos nem os Atos decidem sobre a autoridade de organismos extra-*Sejm* (um grupo de cidadãos neste caso)". Mordwiłko também tem dúvidas quanto à justificação de atividade do Conselho Presidente do *Sejm* (1997), p. 67 and (1998), p. 80.

³⁴ Sarnecki (1997), p. 59, também concorda com a afirmação que "A regulamentação estatutária do Conselho Presidente do *Sejm*, inclusive a regulação, em que o órgão seria investido com a autoridade definida em relação a outros órgãos, não é oposta em particular ao silêncio da Constituição em relação e este órgão.



Na Polônia o *Sejm* pode ordenar um referendo sobre um requerimento de um grupo de cidadãos. O procedimento para lidar com um requerimento para realização de um referendo é definido pelos estatutos do *Sejm* (art. 65-68 dos Estatutos do *Sejm*).

Durante a primeira leitura que ocorre durante a sessão do *Sejm*, o representante dos cidadãos apresenta a justificativa para a iniciativa e responde as perguntas dos deputados. Depois de examinar o requerimento o *Sejm* pode adotar uma resolução com aceitação de maioria absoluta de votos, com ao menos metade do número estatutário de deputados presentes. Caso tal resolução não passe no *Sejm* considera-se como uma rejeição do requerimento. Caso seja aceita, o *Sejm* submete o requerimento à Comissão Legislativa para preparar e apresentar um projeto de lei para realização de um referendo.

Um projeto de lei preparado pela Comissão com base no requerimento popular não pode fazer qualquer alteração nas partes que se referem à votação, o objetivo e escopo do requerimento apreciado pelo *Sejm* ou os conteúdos substanciais das questões ou variantes das soluções. Esta norma é garantida pelo fato de que o Presidente do *Sejm* pode rejeitar quaisquer emendas e não colocá-las a votação, inclusive quaisquer emendas advindas das pessoas que realizam o requerimento ou requerimentos de minorias que alteram o escopo objetivo do requerimento ou do conteúdo substancial das questões ou as variantes das soluções (art. 67 dos Estatutos do *Sejm*). Esta cláusula que proíbe uma emenda substancial ao conteúdo das questões não previne, entretanto, quaisquer emendas ao estilo do texto apresentado ou outras variantes. Nós podemos concordar com a opinião de M. Jabłoński que esta proibição é muito geral e assim não garante a proteção apropriada do conteúdo e das questões e intenções da pessoa que realiza o requerimento (JABŁOŃSKI, 1999, p. 145).

O *Sejm* deve adotar uma resolução sobre a realização de um referendo por maioria absoluta de votos, com ao menos metade do número estatutário de deputados presentes. A resolução do *Sejm* deve incluir justificativa legal, a determinação de todo o conteúdo das cédulas, a data e calendário de atividades relacionadas à realização de atividades para realização do referendo e o conteúdo das questões ou variantes das questões. Esta resolução é publicada no Jornal das



Leis da República da Polônia. O referendo deve ser realizado antes do 90º dia depois da publicação da resolução do *Sejm*.

Na Polônia o representante pode apelar à Suprema Corte contra decisão do Presidente do *Sejm* que rejeita requerimento de referendo em razão de assinaturas insuficientes dentro de quatorze dias da data de assinatura em até 14 dias da data de notificação desta decisão. A Suprema Corte, composta aqui de três juízes, examina a reclamação dentro de 30 dias, por procedimento não-litigioso. Não existe direito de apelação contra decisão da Corte Suprema (WITKOWSKI, GALSTER, SZYSZKOWSKI, 1999, p. 73).

Uma desvantagem significativa relacionada à iniciativa popular para realização de um referendo na Polônia é que apesar do cumprimento de todas as condições estabelecidas em lei o *Sejm* pode ao fim rejeitar o requerimento popular. Esta é a razão pela baixa efetividade da lei e ela constitui uma diferença fundamental entre a forma da iniciativa popular na Polônia e a instituição clássica da iniciativa popular.

Três destes requerimentos para realização de referendos foram submetidos ao *Sejm* até agora. Em cada um dos casos eles não foram aceitos e foram rejeitados em votação no *Sejm*³⁵.

Em tal situação é difícil analisar a importância de um referendo na legislação polonesa porque para todos os efeitos práticos ele não é utilizado. Antes do novo Ato sobre um referendo ser adotado haviam sugestões sobre a possibilidade de adoção de um ato que regularia de forma clara e precisa todo o procedimento relacionado com uma iniciativa popular para referendo, como também o mecanismo para realização do referendo em si. Neste caso os cidadãos não seriam tão céticos a seu respeito (JABŁOŃSKI, 1997B, p. 75; PATRZAŁEK, 1995, p. 44-48). Esta

³⁵ Dados citados encontrados em: <<http://www.sejm.gov.pl>>. Estado legal desde 1º de Maio de 2005. O Sejm não aprovou: „Obywatelskiego wniosku o poddanie pod referendum sprawy prywatyzacji i reprivatyzacji lasów”, druk sejmowy nr 1735 w dniu 26-go maja 2000 roku; „Obywatelskiego wniosku o poddanie pod referendum zakresu, form i kosztów reprivatyzacji majątku publicznego, przejętego przez państwo w ramach ustaw nacjonalizacyjnych w latach 1944-1962”, druk sejmowy nr 2339 w dniu 16-go listopada 2000 roku i „Obywatelskiego wniosku o poddanie pod referendum ogólnokrajowe rozstrzygnięcia sprawy zgody obywateli RP na sprzedaż ziemi cudzoziemcom”, druk sejmowy nr 1032 w dniu 13-go listopada 2002 roku.



regulação do processo deveria criar possibilidades reais para os cidadãos iniciarem um referendo e participarem dele. Caso contrário os fatos continuarão a testemunhar contra a carência de equivalência ou “desconfiança política” por pessoas do legislativo sem consideração para a instituição do referendo. Depois da adoção de um novo Ato sobre referendo nacional esta situação não se alterou e as iniciativas populares para realização de referendo ainda são raras.

Na Polônia, fora de um referendo nacional também existe o referendo local, que pode ocorrer sobre matérias pertencentes ao escopo de atividades de uma *gmina* e a dissolução de uma agência que constitui uma unidade territorial autogovernada antes do fim de seu mandato. Ele ocorre depois de um requerimento de um grupo de habitantes registrados na *gmina*, *poviat* ou *voivodeship*. Este artigo discute a iniciativa popular em nível nacional e portanto a iniciativa para realização de um referendo local não será discutida (OLEJNICZAK – SZĄŁOWSKA, 2002, p. 13 et al.; SZAREK, 1999, p. 26; JABŁOŃSKI, 1997a, p. 72-79).

Quando analisando a instituição da iniciativa popular para realização de um referendo legislativo na Polônia as seguintes conclusões podem ser levantadas.

O Legislativo polonês não previu uma certificação obrigatória por um servidor público (p. ex. no órgão *gmina*) das assinaturas inscritas no requerimento para realização de um referendo. Tais verificações só podem ser realizados mediante requerimento ao Presidente do *Sejm* no caso de dúvidas fundadas. Tal verificação é importante porque, entre outras razões, ela confere certeza à correição e o número de assinaturas inscritas antes mesmo da submissão da proposta ao Presidente do *Sejm*. Uma emenda desta regra pelo Legislativo polonês seria bastante justificado.

O Ato polonês sobre referendos de 14.03.2003 estabelece que uma das condições para um requerimento popular apropriadamente submetido é permitir propostas de questões que devem ser apresentadas aos cidadãos no referendo. O resultado seria que os organizadores de uma iniciativa popular e os cidadãos que apoiaram um requerimento popular podem ter certeza que questões apresentadas durante o referendo seriam as mesmas que aquelas apresentadas no requerimento (RYTEL - WARZOCHA, 2008, p. 56).



O Legislativo polonês permitiu ao *Sejm* votar na aceitação de requerimentos populares para realização de um referendo ordinário. Como consequência, apesar dos organizadores de uma iniciativa popular terem sucesso na submissão de um requerimento, um referendo não pode ser instituído pelo *Sejm*, porque o requerimento popular não obteve uma maioria absoluta de votos no *Sejm* (UZIEBŁO, 2009, p. 78). Isto permite que a facção que controla os votos do *Sejm* bloqueie qualquer requerimento para realização de referendo que lhe é inconveniente. Assim, o esforço de muitos cidadãos pode ser desperdiçado. Tal análise do problema pode parecer oposta à própria ideia do funcionamento das formas de democracia direta. Qual é a diferença dos cidadãos que apoiam uma iniciativa popular para realização de um referendo se o parlamento não pode levar tal iniciativa em consideração? Esta instituição foi criada para permitir aos cidadãos a terem influência em emendas às normas legais existentes. A forma que a matéria é atualmente estruturada pode privá-los desta possibilidade.

REFERÊNCIAS

- BALICKI R., JABŁOŃSKI M., **Materiały do prawa konstytucyjnego**, Warszawa. 1999.
- BANASZAK B., **Prawo wyborcze obywateli**, Warszawa. 1996.
- BANASZAK B., **Prawo konstytucyjne**, Warszawa. 1999.
- BUCZKOWSKI J., **Podstawowe zasady prawa wyborczego III Rzeczypospolitej**, Lublin. 1998.
- DOBROWOLSKI M., **O pojęciu „ustawa” w procesie legislacyjnym**, „Przegląd Sejmowy” nr 2. 2003.
- DZIAŁOCHA K., **Uzasadnienie zdania odrębnego od orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 stycznia 1991 r.**, K. 11/90, OTK 1991 r. 1991.
- ECKHARDT K., **Udział organów władzy wykonawczej w procesie stanowienia ustaw**, Przemyśl. 2000.
- GARLICKI L., **Zasada dyskontynuacji prac parlamentarnych**, „Studia Iuridica”, nr 28. 1995.
- GARLICKI L., **Konstytucja a ustawy przedkonstytucyjne**, [in:] **Wejście w życie nowej Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej**, XXXIX Ogólnopolska Konferencja Katedr Prawa Konstytucyjnego. Księga Pamiątkowa K. Działochy, ed. Z. Witkowski, Toruń. 1998.
- GARLICKI L., SZEPIETOWSKA B., **Ustawa w projektach Konstytucji RP**, „Acta Universitatis Wratislaviensis, nr 1745, Prawo, źródła prawa i gwarancje jego



zasadności w projektach Konstytucji RP”, ed. K. Działocha, A Preisner, Wrocław. 1995.

GRABOWSKA S., **Geneza i ewolucja inicjatywy ludowej w Europie, Gubernaculum et Administratio**, “Zeszyty Naukowe Instytutu Administracji Wyższej Szkoły Pedagogicznej w Częstochowie, Historia - Prawo – Administracja”, Częstochowa. 2001.

GRABOWSKA S., **Inicjatywa ludowa w Rzeczypospolitej Polskiej**, „Rzeszowskie Zeszyty Naukowe”, t. 30, Rzeszów. 2001.

GRABOWSKA S., **Inicjatywa ustawodawcza obywateli**, „Studia z prawa wyznaniowego”, nr 2, Lublin. 2001.

GRABOWSKA S., **Instytucja ogólnokrajowej inicjatywy ludowej w wybranych państwach europejskich. Studium prawno - porównawcze**, Rzeszów. 2005.

GRABOWSKA S., **Modele regulacji ludowej inicjatywy ustawodawczej**, „Studia prawnicze”, z. 1 (171), Warszawa. 2007.

GRABOWSKA S., **Formy demokracji bezpośredniej w wybranych państwach europejskich**, Rzeszów. 2009.

JABŁOŃSKI M., **Uwagi o referendum lokalnym**, „Prawa człowieka”, nr 4, Katowice. 1997.

JABŁOŃSKI M., **Referendum de lege lata i de lege ferenda**, „Acta Universitatis Wratislaviensis”, no 2047, „Przegląd Prawa i Administracji”, T. XXXIX, Wrocław. 1997.

JABŁOŃSKI M., **Wynik referendum a zasada dyskontynuacji prac Sejmu**, „Acta Universitatis Wratislaviensis”, no 2100, „Przegląd Prawa i Administracji”, T. XXXIX, Wrocław. 1997.

JABŁOŃSKI M., **Referendum jako forma wyrażenia zgody na przekazanie organizacji międzynarodowej lub organowi międzynarodowemu kompetencji organów władzy państwowej w niektórych sprawach**, „Acta Universitatis Wratislaviensis”, no 2079, „Przegląd Prawa i Administracji”, T. XL, Wrocław. 1998.

JABŁOŃSKI M., **Ogólna charakterystyka instytucji referendum ogólnokrajowego po uchwaleniu nowej Konstytucji RP**, „Acta Universitatis Wratislaviensis”, nr 2142, „Przegląd Prawa i Administracji”, T. XLII, Wrocław. 1999.

JABŁOŃSKI M., **Referendum ogólnokrajowe w polskim prawie konstytucyjnym**, „Acta Universitatis Wratislaviensis”, no 2331, „Prawo” T. CCXXIV, Wrocław. 2001.

JABŁOŃSKI M., **Obywatelskie prawo inicjatywy ustawodawczej**, [w:] **Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP**, ed. B. Banaszak, A. Preisner, Warszawa. 2002.

JAROSZ Z., **Instytucja referendum w procesie stanowienia ustaw**, [w:] **Postępowanie ustawodawcze w polskim prawie konstytucyjnym**, ed. J. Trzeciński, Warszawa. 1994.

JAROSZ Z., **Opinia w związku z postanowieniem Sądu Najwyższego z 26 maja 1998 r. uchylającym uchwałę Prezydium Sejmu w sprawie odmowy przyjęcia wniosku o zarządzenie referendum**, „Przegląd Sejmowy”, nr 5. 1998.



- JASKIERNIA J., **Zasady demokratycznego państwa prawnego w Sejmowym postępowaniu ustawodawczym**, Warszawa. 1999.
- KOKSANOWICZ G., **Nadawanie biegu inicjatywom ustawodawczym w świetle postanowień regulaminu Sejmu**, PPK nr 1 (9) **Kompetencje i organizacja parlamentów w państwach europejskich**. 2012.
- KRUK M., **Prawo inicjatywy ustawodawczej w nowej Konstytucji RP**, „Przegląd Sejmowy”, nr 2. 1998.
- KUCIŃSKI J., **Konstytucyjny ustrój państwowy Rzeczypospolitej Polskiej**, Warszawa. 2003.
- KUCIŃSKI J., **Demokracja przedstawicielska i bezpośrednia w Trzeciej Rzeczypospolitej**, Warszawa. 2007.
- KUDEJ M., **Opinia w związku z postanowieniem Sądu Najwyższego z 26 maja 1998 r. uchylającym uchwałę Prezydium Sejmu w sprawie odmowy przyjęcia wniosku o zarządzanie referendum**, „Przegląd Sejmowy”, nr 5. 1998.
- KULIG A., Naleziński B., **Referendum w systemie ustrojowym Polski**, „Przegląd Sejmowy”, nr 5. 1996.
- MORDWIŁKO J., **W sprawie struktury i kompetencji kierowniczego organu Sejmu w świetle Konstytucji RP. Biuletyn ekspertyzy i opinie prawne**, „Biura Studiów i Ekspertyz Kancelarii Sejmu” nr 3 (25), Warszawa. 1997.
- MORDWIŁKO J., **Opinia w związku z postanowieniem Sądu Najwyższego z 26 maja 1998 r. uchylającym uchwałę Prezydium Sejmu w sprawie odmowy przyjęcia wniosku o zarządzanie referendum**, „Przegląd Sejmowy”, nr 5. 1998.
- MORDWIŁKO J., **Opinia w sprawie postępowania z wnioskami obywatelskimi wniesionymi do Sejmu w sprawie zarządzania referendum**, „Przegląd Sejmowy”, nr 1. 1999.
- MORDWIŁKO J., **Opinia w sprawie trybu postępowania Sejmu z wnioskiem grupy obywateli o przeprowadzenie referendum ogólnokrajowego**, „Przegląd Sejmowy”, nr 3. 2000.
- OLEJNICZAK - SZĄŁOWSKA E., **Referendum lokalne w świetle ustawodawstwa polskiego**, Warszawa. 2002.
- PATRZAŁEK A., **Referendum na świecie. Problemy konstytucyjnoprawne**, [w:] **Referendum w Polsce współczesnej**, ed. D. Waniek, M. Staszewski, Warszawa. 1995.
- PATRZAŁEK A., SZMYT A., **Warunki prawne wniesienia projektu ustawy**, [w:] **Postępowanie ustawodawcze w polskim prawie konstytucyjnym**, ed. J. Trzeciński, Warszawa. 1994.
- PIASECKI A., **Referendum w III RP**, Warszawa. 2005.
- PIETRZAK M., **Demokracja reprezentacyjna i bezpośrednia w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej**, [w:] **Referendum konstytucyjne w Polsce**, ed. M. T. Staszewski, Warszawa. 1997.
- REDELBACH A., WRONKOWSKI S., ZIEMBIŃSKI Z. **Zarys teorii państwa i prawa**, Warszawa. 1994.
- REPEL J., **Nowa ustawa o referendum**, „Przegląd Sejmowy”, nr 2. 1997.



- REPEL J., **Trybunał Konstytucyjny a instytucja referendum**, „Acta Universitatis Wratislaviensis, nr 1963, Prawo CCLVII”, Wrocław. 1997.
- RYTEL - WARZOCHA A., **Sądowa kontrola nad referendum ogólnokrajowym**, [in:] **Trzecia władza. Sądy i trybunały w Polsce**, ed. A. Szymt, Gdańsk. 2008.
- SARNECKI P., **Wprowadzenie Konstytucji w życie**, [w:] **Wejście w życie nowej Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej**, XXXIX Ogólnopolska Konferencja Katedr Prawa Konstytucyjnego. Księga Pamiątkowa K. Działochy, ed. Z. Witkowski, Toruń. 1998.
- SARNECKI P., red. **Prawo konstytucyjne RP**, Warszawa. 1999.
- SARNECKI P., **Opinia w sprawie postępowania z wnioskami obywatelskimi wniesionymi do Sejmu w sprawie zarządzenia referendum**, „Przeгляд Sejmowy”, nr 1, 1999.
- SARNECKI P., **Ustawa z 14 marca 2003 r. o referendum ogólnokrajowym na tle Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej**, „Przeгляд Sejmowy”, nr 3. 2003.
- SARNECKI P., **O regulacjach między przepisami nowej Konstytucji a pozycją i uprawnieniami Prezydium Sejmu**, „Biuletyn ekspertyzy i opinie prawne, Biura Studiów i Ekspertyz Kancelarii Sejmu”, nr 3 (25), Warszawa 1997.
- SKOTNICKI K., **Zasada powszechności w prawie wyborczym. Zagadnienia teorii i praktyki**, Łódź. 2000.
- SKRZYDŁO W., ed. **Prawo konstytucyjne**, Lublin. 1996.
- SKRZYDŁO W., **Władza ustawodawcza w Konstytucji RP**, [w:] **Ustrój konstytucyjny Rzeczypospolitej Polskiej**, ed. R. Mojak, Społeczeństwa - demokracje - konstytucje, Tom X, Lublin. 2000.
- SKRZYDŁO W., **Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz**, Kraków. 2002.
- SKRZYDŁO W., SOBOLEWSKI Z., **Wykładnia pojęcia „ustawa”. Komentarz do uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego - Izba karna z dnia 16 marca 1967 roku, VI KZP 56/66**, [w:] **Funkcjonowanie administracji w świetle orzecznictwa**, t. 4, Warszawa. 1974.
- SOKOLEWICZ W., **Postępowanie z projektem ustawy lub uchwały, do którego nie dołączono uzasadnienia**, „Biuletyn Biura Studiów i Ekspertyz Kancelarii Sejmu”, nr 2, Warszawa. 1993.
- SZAREK R., **Granice lokalnej demokracji**, „Gazeta Prawna”, nr 44. 1999.
- SZEPIETOWSKA B., **Opinia w związku z postanowieniem Sądu Najwyższego z 26 maja 1998 r. uchylającym uchwałę Prezydium Sejmu w sprawie odmowy przyjęcia wniosku o zarządzenie referendum**, „Przeгляд Sejmowy”, nr 5. 1998.
- SZEPIETOWSKA B., **W sprawie wykonywania inicjatywy ustawodawczej przez obywateli (art. 118 ust. 2 konstytucji)**, Biuletyn Ekspertyzy i Opinie Prawne, nr 3 (39), Warszawa. 2000.
- SZEWczyk M., **Kilka uwag na temat instytucji obywatelskiej inicjatywy prawodawczej w Unii Europejskiej**, PPK 4 (12). 2012.



- SZMYT A., **Ustawa referendalna**, [w:] **Prawo, źródła prawa i gwarancje jego zasadności w projektach Konstytucji RP**, ed. K. Działocha, A Preisner, „Acta Universitatis Wratislaviensis”, nr 1745, Wrocław. 1995.
- SZYMANEK J., **Ludowa inicjatywa ustawodawcza. Uwagi de lege lata**, „Państwo i Prawo”, z. 3. 2001.
- UZIĘBŁO P., **Ustawa z 1999 roku o wykonywaniu inicjatywy ustawodawczej przez obywateli**, „Przegląd Sejmowy”, nr 4. 2000.
- UZIĘBŁO P., **Inicjatywa ustawodawcza obywateli w Polsce na tle rozwiązań ustrojowych państw obcych**, Warszawa. 2006.
- UZIĘBŁO P., **Demokracja partycypacyjna. Wprowadzenie**, Gdańsk. 2009.
- WINCZOREK P., **Obywatele wnoszą projekt ustawy**, „Rzeczpospolita”, nr 196, z dnia 23 sierpnia 1999r.
- WINCZOREK P., **Projekt ustawy o referendum ogólnokrajowych**, „Państwo i Prawo”, z. 12. 2002.
- WITKOWSKI Z., GALSTER J., SZYSZKOWSKI W., **Podstawy prawa konstytucyjnego Rzeczypospolitej Polskiej**, Toruń – Warszawa. 1999.
- ZIELIŃSKI E., **Referendum w państwie demokratycznym**, [w:] **Referendum w Polsce współczesnej**, ed. D. Waniek, M. T. Staszewski, Warszawa. 1995.
- ZIĘBA - ZAŁUCKA H., **Sejm Rzeczypospolitej**, [w:] **Wybrane instytucje prawa konstytucyjnego**, ed. H. Zięba - Załucka, Przemyśl. 1998.



DIFERENÇAS E SEMELHANÇAS ENTRE OS SISTEMAS DA CIVIL LAW E DA COMMON LAW¹

DIFFERENCES AND SIMILARITIES BETWEEN THE CIVIL LAW AND COMMON LAW SYSTEMS

Ana Carolina Borges de Oliveira²

Resumo

O presente estudo pretende traçar uma análise sobre as diferenças e as semelhanças entre os sistemas da *civil law* e da *common law*. Assim, indaga-se: a técnica do precedente da *common law* pode ser usada na *civil law*? Após a análise sobre as semelhanças e as divergências entre esses dois modelos, concluiu-se que a adoção de um sistema de precedentes no direito brasileiro não decorre da cultura existente no país, mas apenas de uma importação de um instituto bem-sucedido em um direito estrangeiro.

Palavras-chave: *Civil Law*; *Common Law*; Divergências; Precedentes.

Abstract

This paper analyzes the differences and similarities between civil law and the common law systems. Thus, it aims at showing possible answers to the following question: can the rule of precedent be employed in civil law? After analyzing the similarities and differences between these two models, it was concluded that the adoption of the rule of precedent in Brazilian law does not arise from the culture of the country, but only from the introduction of a successful common law institute.

Keywords: Civil Law; Common Law; Differences; Similarities.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo pretende traçar uma análise sobre as diferenças e as semelhanças entre os sistemas da *civil law* e da *common law*. Nesse sentido, pretende discutir e analisar, apresentando possíveis respostas, às seguintes

¹ Artigo recebido em 21/10/2014, pareceres submetidos em 31/10/2014 e 02/11/2014 e aprovação comunicada em 18/11/2014.

² Advogada, Mestranda em Direito e Políticas Públicas pelo UniCEUB. Professora de Direito Constitucional e Direitos Humanos na Faciplac. Bolsista da CAPES. E-mail: <anacarolinaboliveira@gmail.com>



perguntas: há tendência à aproximação desses sistemas? A técnica do precedente da *common law* pode ser usada na *civil law*?

A busca por maior segurança nas decisões judiciais e a otimização destas, evitando-se o desnecessário exame de casos idênticos já anteriormente decididos e, conseqüentemente, por uma maior segurança jurídica em prol da sociedade; levou vários países a adotarem mecanismos com o objetivo de uniformizar a jurisprudência (STRECK, 1998, p. 93). Neil MacCormick (2008, p. 191) explica que parte os motivos pelos quais advogados e juízes discutem tanto a aplicação do precedentes decorre de uma razão de justiça, em que se deve tratar igualmente casos que tenham semelhanças relevantes com decisões anteriores devem ser decididos de maneira igual ou análoga aos casos passados”. Além disso, está a ideia de um sistema jurídico imparcial que faz a mesma justiça a todos, independentemente de quem sejam as partes envolvidas (MACCORMICK, 2008, p. 191) e também proporcionar economia de esforços.

Nas palavras de Jorge Amaury Nunes (2010, p. 05), percebe-se hoje uma crise nos ordenamentos jurídicos, em que inúmeros conflitos sociais deságuam no Judiciário e este se depara, cada dia mais, com mais conflitos e, conseqüentemente, com mais processos.

Diante desse cenário, são levantados inúmeros fatores que acarretam a ausência da eficiência do Poder Judiciário, dentre eles: a corrupção no seio do Poder Judiciário, a má formação do bacharel em Direito, os inúmeros recursos e sua larga utilização com o intuito meramente protelatório, dentre outros. Não se pretende analisar, nesse trabalho, esses fatores, mas sim o problema que eles geram: a insegurança jurídica e quais mecanismos jurídicos podem ser utilizados ou não para diminuí-la.

O sistema jurídico inglês, ao adotar a técnica dos precedentes ou da *stare decisis*, segundo a qual as decisões judiciais sempre serão baseadas em decisões anteriores da mesma natureza³; possibilita que os indivíduos e entidades possam

³ Nesse ponto, importante trazer a observação de Neil MacCormick de que nos sistemas jurídicos de case-law, nos tempos recentes, o direito jurisprudencial puro é relativamente raro, já que “muito do direito jurisprudencial toma a forma de interpretações explicativas da lei”. Mesmo fazendo tal ressalva, MacCormick não deixa de ressaltar que existem sistemas que não consideram os juízes como legisladores e suas decisões não podem ser aceitas como algo mais do que o direito



ordenar melhorar suas questões e negócios (*Apud* NUNES, 2010, p. 121). Isso porque o uso dos precedentes permite uma maior previsibilidade na maneira pela qual uma controvérsia poderá ser decidida; oferecendo (*Apud* NUNES, 2010, p. 121), assim, uma garantia de certa segurança jurídica.

Nesse contexto, o presente estudo pretende averiguar se é possível a adoção do sistema de precedentes, originário do modelo da *common law*, no direito brasileiro; no qual se adota o modelo do *civil law*, com o objetivo de garantir a segurança jurídica. Para tanto, essa análise se inicia com um breve histórico do sistema da *common law* e da *civil law*, suas origens, seus conceitos e sua aplicação nos dias de hoje. Após isso, passa-se ao estudo do sistema jurídico brasileiro, por meio de um breve histórico, para, ao final, identificar a possibilidade ou não da adoção do sistema dos precedentes no direito brasileiro e extrair algumas conclusões e outros questionamentos.

2 AS FAMÍLIAS DA *COMMON LAW* E ROMANO-GERMÂNICA

A partir de um estudo de direito comparado, René David se propõe a fornecer uma obra que analisa os diversos direitos, de cada Estado. Assim, para facilitar seu estudo, o autor agrupa esses direitos em famílias, sobre as quais explica que “não há concordância sobre o modo de efetuar este agrupamento, e sobre quais as famílias de direitos se deve, por conseguinte, conhecer”. (DAVID, 1978, p. 22) Assim, para ele, o agrupamento dos direitos em família é o meio próprio, reduzindo-os a um número restrito de tipos, para facilitar sua compreensão e apresentação. (DAVID, 1978, p. 22)

Com base nesse estudo, René David trata da família romano-germânica, da família da *common law* e da família dos direitos socialistas. Importante ressaltar, como o próprio autor destaca que essas famílias são refletem toda a realidade do mundo contemporâneo, mas servem para apresentar um quadro com as principais regras, características e significados (DAVID, 1978, p. 22).

produzido pelo legislador; enquanto outros não são assim. Logo, o autor considera que os sistemas da *common law* não se confunde com o da *civil law*. (MACCORMICK, 2008, p. 192).



Nesse ponto, nesse estudo serão apenas analisadas as famílias romano-germânicas e a da *common law*, já que estão relacionadas com o presente tema.

2.1 A família romano-germânica

A família romano-germânica agrupa os países que tiveram a ciência do direito concebida sobre a base do direito romano, tendo seu berço na Europa. (DAVID, 1978, p. 23) Essa família se caracteriza pelo fato de suas regras de direito serem concebidas como regras de conduta, ligadas a preocupações morais e de justiça; além de elaborarem seus direitos visando a regulação das relações entre os cidadãos. (DAVID, 1978, p. 23)

Embora a família romano-germânica tenha conquistado vastos territórios, vários desses países receberam o direito europeu de forma parcial; já que existia, antes dessa recepção, uma civilização autóctone, que comportava certas concepções de agir e viver e certas instituições. Logo, esses países criaram um novo direito em relação àqueles que constituem a sua aplicação na Europa, pois mantiveram seus princípios tradicionais. (DAVID, 1978, p. 24) É possível, pois, afirmar que os países que foram colonizados por países tipicamente da família romano-germânica adotam suas principais ideias e fundamentos, mas com algumas ressalvas devidas aos seus contextos históricos.

Dentre esses países que sofreram essa recepção parcial das normas do direito romano-germânico pode-se citar o caso brasileiro, que sofreu colonização portuguesa. Explica René David (1978, p. 77) que “as colônias espanholas, portuguesas, francesas e holandesas da América aceitaram de modo natural as concepções jurídicas típicas da família romano-germânica”. Nesse ponto, o próprio autor reconhece que a questão que se levanta “é somente a de saber em que medida as condições próprias da América, muito diferentes das do meio europeu, podem conduzir” a uma certa originalidade em relação aos direitos europeus da família romano-germânica. (DAVID, 1978, p. 77)

Verifica-se que os brasileiros da primeira geração de legisladores e juristas são fruto da ideia portuguesa de compilar as regras jurídicas em uma espécie de codificação para reformular o ensino do direito pátrio. (LOPES, 2012, p. 216-217)



Isso porque esses operadores do direito foram socializados em Coimbra, ambiente em que “os primeiros cursos jurídicos brasileiros refletem esta reserva oitocentista ao direito romano.” (LOPES, 2012, p. 217) Observa-se, assim, a nítida influência que o direito brasileiro recebeu da família romano-germânica.

Também explica Lenio Luiz Streck que no ordenamento jurídico brasileiro, filiado ao sistema romano-germânico, ocorreu um movimento similar ao ordenamento jurídico da França e da Alemanha, que pretendia construir o Direito baseado no *code*. Portanto, no direito brasileiro, a rigor, a fonte primordial é a lei. (STRECK, 1998, p. 77-78) Assim, em Roma, berço da família romano-germânica, adotou-se como fonte do direito uma série de textos, que abrangiam tanto legislação, como doutrina (SABINO, 2010, p. 53). Nesse sistema “quem determinava o direito era um poder superior, que manifestava sua vontade pela posituação das normas de conduta.” (SABINO, 2010, p. 53) Por isso a família romano-germânica é caracterizada pela ideia de direito codificado, positivado.

Não restam dúvidas que o direito brasileiro sofreu influência direta e inicial dos direitos europeus da família romano-germânica; o que justifica, mais uma vez, a análise sobre a aplicabilidade de um instituto típico do direito inglês – o sistema de precedentes – no direito brasileiro, de origem romano-germânica.

2.2 A família da *common law*

Já a família que comporta o direito inglês é a denominada família da *common law*. Nesse ponto, importante trazer a ressalva feita por José Rogério Cruz e Tucci de que o sistema da *common law* abrange as estruturas judiciárias da Inglaterra, País de Gales, Irlanda do Norte e Escócia que; embora possuam peculiaridades em razão de vicissitudes históricas, todas elas são baseadas no direito casuístico, ou *case law*. (TUCCI, 2010, p. 215) Assim, a *common law* tem como principal fonte do direito os costumes, firmados pelos precedentes dos tribunais.

O direito inglês, marcado pelo sistema da *common law*, é caracterizado pelo fato de que na ausência de norma escrita os juízes tinham que formular uma decisão para o caso concreto (NUNES, 2010, p. 120). Assim, diferentemente da família



romano-germânica, na Inglaterra, a fonte principal do direito eram os costumes observados pela sociedade e a conduta social era regulada pela razão, ou por aquilo que os membros da sociedade entendiam como correto. (SABINO, 2010, p. 53)

Esse sistema teve sua formação entre os anos de 1066 e 1485, tendo início com a conquista normanda em 1066, levando para a Inglaterra um “poder forte, centralizado, rico de uma experiência administrativa posta à prova no ducado da Normandia” (DAVID, 1978, p. 358). Tem-se início o sistema feudal na Inglaterra.

É o feudalismo inglês de caráter militar, organizado; que vai permitir, por oposição ao continente europeu, o desenvolvimento da *common law*. (DAVID, 1978, p. 358) Surge, assim, o sistema da *common law*, ou direito comum, para fazer oposição aos costumes locais frutos do feudalismo. (DAVID, 1978, p. 358)

Embora os primeiros juízes da *common law* tenham aplicado regras de origem germânica – princípios que serviram de alicerce ao sistema jurídico inglês (TUCCI, 2004, p. 152) - verifica-se que “o sistema da *common law*, desde sua formatação inicial, era considerado tão adequado às necessidades e estava tão bem inserido na realidade social do seu tempo”. (TUCCI, 2004, p. 150) Assim, José Rogério Cruz e Tucci explica que a “unidade jurídica, a configuração geográfica, a centralização judiciária e a homogeneidade da classe forense justificam a recepção falhada das fontes do direito romano-germânico na Inglaterra.” (TUCCI, 2004, p. 151)

Além disso, observa Tucci que na obra dos primeiros comentaristas da *common law* já havia nítida preocupação com o problema dos julgamentos contraditórios, surgindo estudos sobre a importância de ater-se, na decisão de casos similares, àqueles que já tinham sido antes decididos. (TUCCI, 2004, p. 153) Por isso, destaca René David que “a *common law* foi criada pelos Tribunais Reais de *Westminster*” (DAVID, 1978, p. 428), sendo, portanto, um direito jurisprudencial.

Dessa forma, verifica-se que, desde sua formação, a *common law* mostrou natural vocação para ser um sistema de *case law*, pois, embora ainda não houvesse um efeito vinculante ao precedente, os operadores do direito inglês já ressaltavam a relevância dos julgados e a importância de que tais decisões deviam ser seguidas para conferir certeza e continuidade ao direito. (TUCCI, 2004, p. 154) Logo, desde o seu início, o sistema da *common law* foi orientado pelo brocardo *stare decisis et non*



quieta movere, isto é, “a formação da decisão judicial com arrimo em precedente de mesma natureza, eventualmente existente.” (NUNES, 2010, p. 121)

3 O PRECEDENTE JUDICIAL NOS SISTEMAS DE *COMMON LAW*

Embora se tenha falado anteriormente na ligação direta entre o sistema da *common law* com o sistema de precedentes eles não se confundem. Ao se mencionar o sistema da *common law*, estar-se-á se referindo ao modelo de direito inglês caracterizado por possuir como principal fonte o costume, nascido como forma de oposição ao poder dos feudos pelos Reis ingleses.

Já o sistema do *stare decisis* se refere ao modo de operacionalizar o sistema da *common law*, conferindo certeza a essa prática. É o denominado sistema de precedentes, que surgiu apenas no século XVI. (SABINO, 2010, p. 61) Assim, a teoria do *stare decisis et non quieta movere*, que significa literalmente mantenha-se a decisão e não mexa no que está quieto; está relacionada à ideia de que os juízes estão vinculados às decisões do passado, ou seja, aos precedentes. (NOGUEIRA, 2011, p. 162)

Explica René David que essa ideia do direito jurisprudencial de respeitar os precedentes lógicos nem sempre possuiu o mesmo grau de certeza e de segurança. Isso porque, somente após a primeira metade do século XIX, a regra do precedente se estabeleceu rigorosamente, impondo aos juízes ingleses o recurso às regras criadas pelos seus predecessores. (DAVID, 1978, p. 428) Tal efeito vinculante restou reconhecido no julgamento do caso *Beamish v. Beamish*, em 1861, conduzido pelo *Lord Campbell*. Nesse caso restou determinado que a *House of Lords* estaria obrigada a acatar a sua própria autoridade proclamada nos julgamentos, em que:

O direito declarado na *ratio decidendi*, sendo claramente vinculante para todas as cortes inferiores e todos os súditos do reino, se não fosse considerado igualmente vinculante para os *Law Lords*, a *House of Lords* se arrogaria o poder de alterar o direito e legiferar com autônoma autoridade. (TUCCI, 2010, p. 220)

Percebe-se, então, que a teoria dos precedentes tem origem no costume, antiga base do sistema da *common law*. (SABINO, 2010, p. 60) Assim, o sistema da



common law não se confunde com o sistema de precedentes, já que este é elemento que agregou operacionalização ao sistema da *common law*, conferindo certeza a essa prática.

Ademais, é importante ainda destacar que, além da força obrigatória do precedente (*binding precedent*), o sistema da *common law* também possuiu uma hierarquia funcional muito bem articulada. (TUCCI, 2010, p. 223) Dessa forma, “o efeito vinculante das decisões já proferidas encontra-se condicionado à posição hierárquica do tribunal que as profere” (TUCCI, 2010, p. 223). Nesse sentido, as decisões vinculam a própria corte que a profere (eficácia interna), assim como todos os órgãos inferiores (eficácia externa).

Nesse sistema, pela técnica do precedente obrigatório, é necessário que a corte ou o juiz, ao decidir um caso concreto, fundamente sua decisão em uma decisão anterior ou em uma jurisprudência de tribunal superior. (TUCCI, 2010, p. 223) Nesse ponto, importante esclarecer qual a parte do precedente realmente vincula, pois afirmar que precedente vincula, na verdade, é dizer pouco. (NOGUEIRA, 2011, p. 168) Para tanto, devem ser separadas duas partes fundamentais de uma decisão judicial: a *ratio decidendi* (ou razões de decidir) e a *obter dictum* (ou dito para morrer, literalmente).

Grande parte da doutrina brasileira e estrangeira que se dedicou a escrever sobre tema é unânime em afirmar que apenas a *ratio decidendi* vincula⁴, pois as questões de fato não se constituem em precedentes. (NOGUEIRA, 2011, p. 168) Entretanto, Gustavo Nogueira ressalta que “encontrar a *ratio decidendi* em um precedente não é tarefa nada fácil”. (NOGUEIRA, 2011, p. 169) Para fins desse estudo, para não prolongar as posições da doutrina sobre o seu conceito de *ratio decidendi*, considera-se *ratio decidendi* a regra ou proposição sem a qual o caso seria decidido de forma diversa, enquanto *obter dictum* seria tudo o que não está contido na *ratio decidendi*. (NOGUEIRA, 2011, p. 170)

Para melhor análise sobre a utilização do sistema de precedentes no direito inglês, importante trazer à baila as principais regras sobre a aplicação dos precedentes no sistema da *common law*: *overruling* e *distinguishing*.

⁴ Ver também Maccormick, 2008, p. 193.



Pela técnica do *distinguishing*, o juiz deve aproximar elementos objetivos dos casos que serviram como precedentes potencialmente e o caso em que pretende utilizá-los. Tal técnica permite ao juiz averiguar se o dado precedente pode ser utilizado no caso concreto a ser analisado. (SABINO, 2010, p. 65) Assim, de acordo com essa técnica, há uma valorização da *ratio decidendi* do precedente, que servirá para permitir sua aplicação ao caso concreto, caso existam semelhanças que justifiquem sua aplicação.

Já a técnica do *overruling* permite a atualização do precedente, pois o precedente que se mostrar ultrapassado com os fatos da sociedade ou equivocado pode ser substituído (*overruling*) por um novo precedente. (SABINO, 2010, p. 65) Assim, “fazer o *overruling* significa que o tribunal claramente sinaliza o fim da aplicação de uma regra de direito estabelecida pelo precedente” (NOGUEIRA, 2011, p. 179) e a substitui.

Nos Estados Unidos, por razões lógicas em decorrência da colonização inglesa, o sistema de precedentes adotado é muito semelhante ao modelo inglês. As decisões proferidas pelo mesmo órgão ou por órgão ao qual o magistrado é ligado vinculam seus julgados, mas com uma importante exceção. (RAMIRES, 2010, p. 66) A Suprema Corte Federal e as Cortes Supremas Estaduais não estão vinculadas às suas próprias decisões, o que permite a esses tribunais reverem suas posições que se tornaram defasadas, por meio da técnica denominada *overruling*. (RAMIRES, 2010, p. 66)

Assim, José Rogério Cruz e Tucci ressalta que a estrutura constitucional assentada no federalismo e na rígida divisão de poderes acarretou profundas diferenças com o sistema inglês. (TUCCI, 2004, p. 165-166) Isso porque “os Estados Unidos se compõem uma federação, o que demanda uma rede judiciária extremamente intrincada, à maneira como se formou o Judiciário Brasileiro”. (SABINO, 2010, p. 64) Nesse país há uma forte dicotomia entre a justiça dos Estados e a justiça federal, onde cada estado conta com uma estrutura judiciária independente. (SABINO, 2010, p. 64)

No sistema judiciário norte-americano, o precedente sempre se forma nos tribunais, seja dos estados, seja da federação e cada precedente é sempre formado por uma decisão majoritária do referido tribunal. Se não houver decisão da maioria,



tem-se apenas um precedente persuasivo e não vinculante. (SABINO, 2010, p. 64) Além disso, o precedente apenas vincula a própria corte que o formulou e os órgãos hierarquicamente subordinados a ela, já que o precedente sempre se formará nas cortes de segunda instância. O único precedente que vincula todas as cortes, em todas as instâncias inferiores, é o da Suprema Corte, por constituir a corte mais alta do país. (SABINO, 2010, p. 64)

Logo, nos Estados Unidos as fontes do direito não são apenas as regras herdadas da *common law*, mas também a Constituição, as leis federais e estaduais. (TUCCI, 2004, p. 166) Além disso, os tribunais norte-americanos aplicam com menor rigidez a regra do *binding precedent*, pois eles, inclusive a própria Suprema Corte, reveem seus precedentes quando manifestamente equivocados ou ultrapassados. (TUCCI, 2004, p. 167) Assim, observa-se uma flexibilização das regras adotadas no direito inglês pelo sistema norte-americano.

Interessante observar que o sistema norte-americano “é mais aberto à revisão dos precedentes”, pois o juiz pode optar por não aplicar um precedente, “o que facilita as mudanças inerentes à evolução da sociedade”. (SABINO, 2010, p. 65) Por outro lado, o sistema inglês é muito mais rígido, não havendo essa opção ao juiz de escolher se aplica ou não um precedente; uma vez que “*stare decisis* na Inglaterra é tão conservador que há notícias de aplicação de precedentes de quatrocentos anos.” (*Apud* SABINO, 2010, p. 65)

Dessa breve análise, já é possível averiguar que o sistema de precedentes realmente confere uma maior previsibilidade e estabilidade ao direito e uma maior segurança jurídica à sociedade (SABINO, 2010, p. 65). Diante disso, indaga-se: seria possível a aplicação desse sistema de precedentes, já que confere segurança e estabilidade, ao direito brasileiro?

4 A FORMAÇÃO DO PROCESSO DECISÓRIO NO SISTEMA DA COMMON LAW NOS ESTADOS UNIDOS

Com base na estrutura do sistema jurídico norte-americano, passa-se à análise de como os juízes decidem e formam, por conseguinte, o precedente.



Explica Benjamin Cardozo, em sua análise sobre a construção do direito pelo juiz, que é preciso distinguir entre elementos conscientes e subconscientes que estão presentes na formação da decisão pelo juiz. (CARDOZO, 1956, p. 02) Assim, segundo ele, os elementos subconscientes são “as forças colocadas abaixo da superfície” que impulsionam continuamente o juiz, como institutos herdados, crenças tradicionais, convicções adquiridas, que resulta em uma noção de vida, em uma concepção das necessidades sociais; além de possibilitar que as decisões do juiz estejam sempre coerentes consigo mesmo e incoerentes com a dos outros juízes. (CARDOZO, 1956, p. 03)

Por conseguinte, tendo em vista que as fontes do direito norte-americano são a lei, jurisprudência e os costumes; Cardozo explica que, diante do silêncio da lei, que é a denominada “região do mistério”, o juiz dirige sua atenção à *common law*. (CARDOZO, 1956, p. 06) Nesse ponto, então, o juiz compara o presente caso com os precedentes judiciais acumulados em sua memória.

Diante desse cenário, explica Cardozo que o problema enfrentado pelo juiz tem um duplo problema: primeiro, ele tem a tarefa de extrair do precedente a *ratio decidendi* e; depois, determinar o sentido ou a direção em que este princípio deverá mover-se, desenvolver-se. (CARDOZO, 1956, p. 12)

Observa-se, assim, que a tarefa de decidir as causas de acordo com os precedentes judiciais é um processo semelhante ao de decidir consoante a lei.

5 A VINCULAÇÃO AOS PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO

Tendo como base a análise sobre o funcionamento e a estrutura do *stare decisis*, esse tópico procura estudar o precedente no direito brasileiro e analisar o papel deste no direito brasileiro, para compará-lo com o papel do precedente no direito norte-americano. Como analisado nos tópicos anteriores, a grande distinção entre os sistemas da *common law* e da *civil law* está na fonte do direito, o que decorre do seu processo histórico de formação. Enquanto o sistema da *civil law* adota a lei como fonte primeira do direito; o modelo da *common law* adota a jurisprudência como fonte primordial. Isso tem levado diversos autores a utilizar o



termo “*commonlawlização* do direito nacional”⁵, para afirmar que há uma tendência de valorizar a jurisprudência criativa como fonte do direito.

É esse o objeto de estudo do presente tópico: verificar como o precedente é tratado pelo direito brasileiro e se ele realmente se aproxima do modelo norte-americano.

Antes de iniciar a referida análise, cumpre ressaltar que a característica primordial do sistema da *common law* é ser um sistema de direito jurisprudencial e não de um direito consuetudinário, pois a *common law* teve por efeito fazer desaparecer o direito consuetudinário da Inglaterra, existente nos costumes locais. (DAVID, 1978, p. 351) Assim, importante deixar claro que o “atual funcionamento da regra do precedente ignora a noção, aparentada como a do costume, de jurisprudência constante; o precedente obrigatório é constituído por um único acórdão, dado por uma jurisdição”. (DAVID, 1978, p. 351) Logo, é essa a ideia que se deve ter em mente ao se referir ao direito da *common law*.

Por outro lado, a base do sistema da *civil law*, desenvolvida principalmente em Bolonha, a partir do século XI, momento em que foram reestudados os textos romanos é a lei. O objetivo fundamental desses estudos era transformá-los em um sistema coerente e, para tanto, conceberam-se técnicas para gerar coerência, harmonia e segurança jurídica entre textos que, originariamente, não eram coerentes e nem harmônicos (ARRUDA ALVIM WAMBIER, 2012, p. 24). Nessa fase, a doutrina diz ter sido a origem da jurisprudência, como ciência do direito e, simultaneamente, a relevância da doutrina nos países de *civil law* (ARRUDA ALVIM WAMBIER, 2012, p. 24).

Portanto, o respeito aos precedentes no sistema da *civil law* tem como base o princípio da legalidade e da igualdade, já que o sistema brasileiro “foi concebido justamente com o objetivo racional, expressamente declarado, de gerar segurança jurídica para o jurisdicionado” (ARRUDA ALVIM WAMBIER, 2012, p. 31-32). É o mesmo objetivo do sistema de precedentes adotado pelos países da *common law*, sendo que o que os diferencia é o modo de operacionalizá-lo.

⁵ Nesse sentido, PORTO, Sérgio Gilberto. Sobre a *common law*, *civil law* e o precedente judicial. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br>>, p. 16.



Isso porque, como explica *A.L. Goodhart*, o precedente “seria uma circunstância ou caso anterior, o qual é ou pode ser tomado como exemplo ou regra para casos subsequentes, ou que por algum ato ou circunstância similar possa ser amparado ou justificado” (*Apud* ODAHARA, 2011, p. 72). Assim, partindo dessa lógica, *Goodhart* afirma que “todos os sistemas seguem precedentes; posto que é uma prática natural da mente humana, seja legal ou não legal, de aceitar o mesmo padrão em casos similares ou análogo” (*Apud* ODAHARA, 2011, p. 72).

Dessa forma, a diferença reside no papel da obrigatoriedade de aplicação do precedente e, conseqüentemente (ODAHARA, 2011, p. 72), no modo de formação do precedente. Assim, “na tradição jurídica romano-germânica, a jurisprudência encontra seu limite direto na lei, na medida em que prevalece o sistema do direito escrito” (STRECK; ABBOUD, 2013, p. 31).

E, sobre a obrigatoriedade do precedente no direito brasileiro, José Rodrigo Rodriguez (2013, p. 48) traz interessante observação. Segundo ele, a expressão comumente utilizada pelos profissionais de direito brasileiros, como “é copiosa a jurisprudência no sentido de...” ou “é pacífica a jurisprudência no sentido ...”, demonstra que o precedente utilizado no direito brasileiro nada tem a ver com o seu sentido no direito da *common law*. (RODRIGUEZ, 2013, p. 48)

Assim, essas adjetivações do substantivo “jurisprudência” não fariam sentido no sistema da *common law*, já que “um precedente existe ou não existe, ou seja, ou há um caso que serve de norte para a solução de casos semelhantes a ele ou não há” (RODRIGUEZ, 2013, p. 48). Logo, não há necessidade de falar e citar a “jurisprudência” de forma “copiosa” ou “pacífica” (RODRIGUEZ, 2013, p. 48), caso o sistema de precedente adotado pelo direito brasileiro fosse o mesmo adotado pelo sistema norte-americano.

Essa observação denota que “o uso do termo jurisprudência é um bom indício do padrão de funcionamento” (RODRIGUEZ, 2013, p. 59) do direito brasileiro. Assim, “quando um advogado empilha casos numa petição (várias “jurisprudências”), todos evidentemente, a favor de seu cliente, ele não está, certamente, buscando convencer o juiz pela força do argumento”. (RODRIGUEZ, 2013, p. 59) Ele está tentando “impressioná-lo e aos cidadãos por sua erudição; assim, quanto maior o número de autoridades, maior a força de seu argumento”. (RODRIGUEZ, 2013, p.



59) Isso porque, quando o juiz toma uma decisão, ele a toma por sua opinião pessoal e sua argumentação girará em torno da apresentação de razões pelas quais formou sua opinião pessoal. (RODRIGUEZ, 2013, p. 60-61)

Por isso, segundo José Rodriguez, é importante entender essa forma de funcionamento do sistema de precedentes no Brasil, para poder compreender o papel do precedente. Assim, o precedente é formado por expressar a opinião pessoal do julgador e não por expressar qual foi a melhor solução para um caso concreto – diferente da formação do precedente no sistema da *common law*.

Historicamente no Brasil a jurisprudência não tinha senão uma autoridade doutrinária e moral, já que a Constituição de 1824, em seu artigo 72 e a Constituição de 1891, já determinavam que ninguém estava obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa a não ser em virtude de lei, e o Poder Judiciário, no Brasil, nunca teve função legislativa. (STRECK, 1998, p. 80) E, somente em 1926, o Supremo Tribunal Federal passou a ter função unificadora, relativamente à jurisprudência nacional, por meio do recurso extraordinário. (STRECK, 1998, p. 82)

Como observa Jorge Amaury Nunes, “nos ordenamentos de *civil law* (especialmente no caso brasileiro), a compreensão do fenômeno relativo à decisão judicial vinculante voltou à ordem do dia”, a partir da edição da Emenda Constitucional n. 3, que instituiu a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade e o efeito vinculante de suas decisões; (NUNES, 2010, p. 105) lembrando que quando se fala em jurisprudência nacional deve se ter em mente que tal precedente se forma com base na opinião pessoal do julgador.

Nesse sentido, observando o caso do direito brasileiro, verifica-se que “uma série de medidas vêm sendo tomadas nos últimos anos nas reformas processuais e constitucionais com vistas a uma uniformização do entendimento jurisprudencial,” (ODAHARA, 2011, p. 72) como se verifica no disposto no art. 475, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil,⁶ e também no art. 103-A da Constituição de 1988

⁶ Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: (...)

§ 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.



(NUNES, 2010, p. 154). É possível ainda citar outros dispositivos que podem se aproximar do sistema de precedentes: tem-se o art. 105 da Constituição de 1988⁷ que estipulou a missão do STJ de uniformizar a jurisprudência sobre aplicação da lei federal, o art. 557 do CPC⁸, art. 285-A do CPC⁹, art. 518, parágrafo 1º, do CPC¹⁰ e outros.

O atual Código de Processo Civil está passando por mudanças com objetivo de acelerar a prestação jurisdicional. Assim uma das propostas do novo CPC é uniformizar a jurisprudência, possibilitando maior segurança jurídica. É o que se observa com a redação do art. 847, Projeto 166/2010¹¹. Segundo a Comissão

⁷ Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

⁸ Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

§ 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

§ 1º Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento.

§ 2º Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor.

⁹ Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

¹⁰ Art. 518. Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder.

§ 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

¹¹ Art. 847. Os tribunais velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência, observando-se o seguinte:

(...)

IV – a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores deve nortear as decisões de todos os tribunais e juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia;

V – na hipótese de alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.



encarregada de elaborar o referido anteprojeto, o novo sistema possui os seguintes objetivos¹²:

1. Aumentar o ônus financeiro do processo, visando a desencorajar aventuras judiciais e, assim, reduzir o número de demandas;
2. Promover, perante os Tribunais de segunda instância, um incidente de coletivização, a fim de tornar mais célere e eficaz o julgamento das chamadas causas múltiplas, ou demandas de massa, típicas da sociedade contemporânea;
3. Reduzir o número de recursos, conferindo celeridade à prestação jurisdicional, sem descuidar da segurança jurídica e do respeito ao contraditório;
4. Implantar um procedimento único para a fase de conhecimento do processo, adaptável, pelo magistrado, às particularidades do direito material discutido na causa, sem prejuízo de um livro dedicado especificamente aos procedimentos especiais;
5. Valorização da chamada “força da jurisprudência”, ou seja, conferir ao magistrado autorização para julgar liminarmente a causa com base em posicionamentos jurisprudenciais consolidados, como as súmulas e os recursos representativos de controvérsia do atual art. 543-C do CPC.

Embora ainda não tenha entrado em vigor, o novo CPC pretende criar mecanismos legais em vistas à celeridade processual e uniformização da jurisprudência.

Dentre esses exemplos, um dos dispositivos do direito brasileiro que mais se aproxima do sistema de precedentes do direito inglês é a súmula vinculante, prevista no art. 103-A da Constituição de 1988 e o efeito vinculante atribuído às ações direta

§ 1º A mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas.

§ 2º Os regimentos internos preverão formas de revisão da jurisprudência em procedimento autônomo, franqueando-se inclusive a realização de audiências públicas e a participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a elucidação da matéria.”

¹² Cartilha elaborada pela Comissão de Juristas do Novo Código de Processo Civil. Senado Federal: Brasília, 2010, p. 7-9.



de inconstitucionalidade e à ação declaratória de constitucionalidade. (NUNES, 2010, p. 137) Assim, o Brasil, com sua cultura *civil law* tradicional, apenas recentemente demonstrou uma preocupação mais efetiva com a necessidade de se ter um sistema de respeito aos precedentes, mas não seguiu o modelo da *common law*. (NOGUEIRA, 2011, p. 215) Optou pela valorização das “súmulas, que existem desde o Império, e pela inserção, na lei, de diversos mecanismos que têm como finalidade a uniformização da jurisprudência”. (NOGUEIRA, 2011, p. 215)

A origem das súmulas seriam os assentos portugueses, recepcionados pelo Supremo Tribunal do Império. (NOGUEIRA, 2011, p. 215) Assim, faz-se necessária uma análise sobre as principais características dos antigos assentos portugueses para que, partindo dessas características, possa se fazer um confronto com as atuais Súmulas Vinculantes editadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Para Mônica Sifuentes, os assentos consistiam na solução de um conflito de jurisprudência; que, segundo ela, eram caracterizados pela contradição de dois acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça ou da Relação, sobre a mesma questão fundamental de direito, da qual não fosse admissível recurso de revista ou de agravo. (SIFUENTES, 2005, p. 200) Tais assentos deveriam ser votados pelo Pleno do Supremo Tribunal de Justiça, com maioria qualificada dos seus membros, por meio de um enunciado que passava a ter força obrigatória geral. (SIFUENTES, 2005, p. 201)

Nesse sentido, a autora afirma que “os assentos não eram os próprios acórdãos do Tribunal Pleno, mas estritamente as proposições normativas de estrutura geral e abstrata que deles se autonomizavam, formal e normativamente”. Assim, o Pleno do Supremo Tribunal de Justiça com composição especial, pela intervenção de no mínimo 4/5 dos juízes conselheiros, teria que resolver a lide, proferindo a partir de então o assento que traduzisse a interpretação normativa assumida. Assim, os efeitos seriam imediatos naquele processo e sua força obrigatória geral, principalmente para os tribunais. (SIFUENTES, 2005, p. 200)

Proferido o assento, o Supremo Tribunal de Justiça não pode modificá-lo e nem revogá-lo; o que poderia ser feito era alteração legislativa posterior, pois não havia nenhuma previsão na lei que autorizasse a sua revisão. (SIFUENTES, 2005, p. 200) Além disso, “o caráter de obrigatoriedade e generalidade conferido aos



assentos ultrapassava as raias dos tribunais judiciais, estendendo-se a todas as relações jurídicas”. (SIFUENTES, 2005, p. 200) Assim, os assentos eram transformados de jurisprudência consolidada pelo tribunal em preceito normativo, tornando-se em uma fonte do direito. (SIFUENTES, 2005, p. 200)

Pode-se observar que os assentos tinham como características a generalidade e a abstração, vinculando todos os tribunais e podendo chegar aos jurisdicionados com força normativa. Ressalte-se ainda que eles tinham como objetivo a uniformização de jurisprudência resolvendo o caso concreto e vinculando eventuais casos idênticos que viessem a ocorrer no futuro.

Com a Emenda Constitucional n. 45/2004, surge a súmula vinculante que, diferentemente das ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade, “não se estará diante do mesmo tipo de processo objetivo”, (NUNES, 2010, p. 144) pois não se terá um processo subjetivo, entre partes e nem um processo objetivo nos moldes do controle concentrado. O procedimento para edição das súmulas vinculantes possui alguns requisitos a) a legitimidade para propor o debate sobre a súmula; b) necessidade de haver reiteradas decisões sobre matéria constitucional; c) controvérsia atual entre os órgão do judiciário ou entre esses e a Administração Pública e d) a edição das súmulas tem por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas. (NUNES, 2010, p. 146-147)

Sobre o caráter vinculante das súmulas vinculantes, elas obrigam todos os demais órgãos do Poder Judiciário, exceto o Supremo Tribunal Federal; além de vincular o Poder Legislativo e a Administração Pública. A Emenda Constitucional n. 45 de 2004 ainda previu a possibilidade de revisão ou cancelamento da súmula, para evitar o possível engessamento ou estagnação do direito.

Além do disposto na Constituição, o direito brasileiro ainda possui mecanismo processual de uniformização da jurisprudência, previsto nos artigos 476 a 479 do Código de Processo Civil. Segundo José Rogério Tucci, esse mecanismo não é um recurso, mas sim um incidente processual “suscitável por qualquer juiz da turma julgadora ou por um dos litigantes”. (TUCCI, 2004, p. 259) O objetivo desse incidente é “provocar o prévio pronunciamento do tribunal de segundo ou superior



grau acerca da interpretação de determinada tese ou norma jurídica” (TUCCI, 2004, p. 259), se houver divergência com relação a ela.

Entretanto, anota Tucci que esse incidente não é muito utilizado pelos tribunais regionais federais e estaduais; já que eles se submetem às decisões, mesmo sumuladas, proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal. (TUCCI, 2004, p. 259) Isso porque, no modelo brasileiro, “os precedentes sumulados gozam de vigorosa força persuasiva. (TUCCI, 2004, p. 259)

Outro mecanismo do direito brasileiro é o previsto no art. 557, parágrafo 1º-A do CPC, que dispõe se “a decisão recorrida estiver em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de tribunal superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.” Observa Tucci que, diante desse dispositivo, os efeitos vinculantes dos precedentes chegam até a autorizar que a decisão monocrática substitua o tradicional julgamento colegiado de segundo grau. (TUCCI, 2004, p. 262)

Nesse sentido, Sérgio Bermudes ainda entende que o art. 557, parágrafo 1º-A do CPC é mais uma avanço da legislação brasileira no sentido de tornar efetiva a jurisprudência. (BERMUDES, 2005, p. 115)

Todos esses exemplos permitem a existência de sistema de vinculação a decisões já proferidas por outros órgãos ou no passado, tal como se verificou no direito inglês, por meio do sistema dos precedentes. Entretanto, observa-se que a adoção de tais mecanismos não possibilita a conclusão de que o direito brasileiro adota o sistema dos precedentes conforme os ditames do modelo da *common law*. Isso porque tradicionalmente, o Brasil adota o sistema germano-romano em que a importância da jurisprudência deve ser levada em conta em relação à lei. Na verdade, deveria ser assim, como destaca Lenio Streck. Ocorre que o Brasil, principalmente após a adoção da Súmula Vinculante 10, passou a adotar um certo imperialismo da jurisprudência com relação a lei. (STRECK, 2013, p. 32)

Explica Bruno Periolo Odahara que há duas distinções muito claras entre as concepções típicas da *common law* e sua aplicação no direito brasileiro.

Primeiramente, no Brasil, a formação de jurisprudência ou das súmulas depende de decisões reiteradas sobre mesmo assunto; enquanto que a formação de



um precedente no direito inglês depende apenas de uma única decisão judicial. E, segundo, porque a vinculação das decisões no direito brasileiro é exercida quase que de forma exclusivamente vertical, enquanto que no sistema da *common law* essa vinculação ocorre também no campo horizontal. (ODAHARA, 2011, p. 73)

Outro aspecto que merece destaque para distinguir o sistema adotado no direito inglês do ordenamento jurídico brasileiro diz respeito às fontes do direito. Na Inglaterra, os costumes foram as principais fontes do direito, daí porque o direito inglês é denominado como consuetudinário. (SABINO, 2010, p. 54) Já no direito brasileiro, as leis foram e ainda são as principais fontes do direito. (ODAHARA, 2011, p. 54) Assim, no Brasil, os costumes funcionam apenas como fonte supletivas para suprir lacunas na lei¹³.

Dessa análise já se verifica outra diferença substancial entre o sistema de precedentes inglês e o direito sumular brasileiro. Enquanto no direito inglês, tipicamente consuetudinário, as normas positivas que determinam a vinculação a um precedente decorrem do próprio sistema da *common law*, pois são os próprios precedentes que determinam sua vinculação. No direito brasileiro, país originário do sistema romano-germânico, só se admitiu a existência de súmulas vinculantes após a positivação desse instituto em normas escritas, como na Constituição e em leis federais. Assim, a adoção de um sistema de precedentes no direito brasileiro não decorre da cultura existente no país, mas apenas de uma importação de um instituto bem-sucedido em um direito estrangeiro.

Nesse sentido, Gustavo Santana Nogueira afirma que “jamais tivemos uma cultura que valorizasse os precedentes.” (NOGUEIRA, 2011, p. 219) Segundo o autor, tal prática se inicia nas faculdades de direito, onde se ensinam e se estudam as regras do direito positivado e não como tal direito é visto pelos tribunais e ainda indaga: “se nem mesmo os tribunais respeitam os seus precedentes, por que as universidades fariam o estudo de algo que muda constantemente?” (NOGUEIRA, 2011, p. 220)

¹³ Nos termos do art. 4º da Lei de introdução às normas do direito brasileiro: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”



Nessas palavras o autor resume a realidade do direito brasileiro que, embora possua inúmeras regras jurídicas que buscam a uniformidade das decisões, bem como sua segurança e previsibilidade; os próprios tribunais não conseguem compreender o fenômeno da vinculação aos precedentes, seja por meio das regras positivadas pelo direito brasileiro, seja pela ausência de observação das suas próprias decisões. (NOGUEIRA, 2011, p. 220)

Por outro lado, Sergio Bermudes entende que a instituição da súmula vinculante por meio do art. 103-A da Constituição Federal de 1988 buscou resolver, em parte, o gravíssimo problema dos reiterados desafios à jurisprudência assente de um tribunal por julgamento e recursos contrários a ela. (BERMUDES, 2005, p. 115) O autor ainda observou que a Emenda Constitucional 45, de 2004, que instituiu a súmula vinculante foi prudente ao criar um alcance limitado.

Também explica Roger Stiefelmann Leal que a similitude entre o efeito vinculante e a regra do *stare decisis* é lugar comum no estudo do efeito vinculante no direito brasileiro. Entretanto, “uma análise mais pormenorizada da questão revela diferenças conceituais que dificultam apreciá-los como instrumentos de mesma espécie” (LEAL, 2006, p. 127). Explica o autor que “o efeito vinculante foi forjado no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade europeu com a finalidade de solucionar eventuais renitências ou inconformidades dos demais poderes em face de suas decisões”. (LEAL, 2006, p. 127)

Já o *stare decisis* é um mecanismo “erigido nos primórdios da *common law* de modo a atribuir alguma estabilidade na regulação das relações sociais, quando a produção legislativa era ainda escassa ou nula” (LEAL, 2006, p. 127). Assim, “não constitui prática voltada para o controle de constitucionalidade, especialmente à resolução do concreto problema suscitado em fase da recalcitrância dos demais poderes”. (LEAL, 2006, p. 127)

Outra diferença entre os dois institutos se refere à sua abrangência. O *stare decisis* é um instrumento de coerência interna do Poder Judiciário, “enquanto que o efeito vinculante tem natureza impositiva externa obrigando, inclusive e principalmente, instâncias não jurisdicionais, notadamente o Poder Legislativo e o Executivo”. (LEAL, 2006, p. 127)



Outro problema que dificulta a adoção do sistema de precedentes no direito brasileiro está relacionado ao papel desempenhado pelos juízes. Na Inglaterra, os juízes sempre foram vistos como verdadeiros criados do direito. (ODAHARA, 2011, p. 57) Já no Brasil, por muito tempo e até os dias atuais, o papel de criação pelo juiz é visto com muitas críticas pela doutrina, embora hoje existam mais estudos que tratam do papel criador desempenhado pelos juízes.

Ainda é possível destacar outro ponto que dificulta a busca pela segurança jurídica no direito brasileiro: a mudança da composição dos membros dos tribunais superiores, especificamente, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. (NOGUEIRA, 2011, p. 220) Como visto, no direito inglês e no direito norte-americano sequer os doutrinadores tocam nesse assunto, já que as possibilidades existentes nesses sistemas jurídicos para alteração, atualização e superação de um precedente são exceções e raramente ocorrem.

Com essa análise, observou-se que o sistema de precedentes adotado pelo direito brasileiro não permite extrair o princípio, vinculante ou persuasivo, a ser utilizado para decisão do caso concreto em análise. Trata-se de um modelo operacional totalmente diferente do adotado no Brasil, seja na sua origem, seja na sua operacionalização. Segundo José Rodriguez, no Brasil a fundamentação das decisões, por decorrer da opinião pessoal do julgador, é um aspecto menor do funcionamento da nossa jurisdição. Há “formação de padrões decisórios, especialmente por meio de ementas e súmulas que não incorporam a fundamentação da decisão dos problemas jurídicos de que tratam”. (RODRIGUEZ, 2013, p. 93-94)

O que se verifica é que “os acórdãos escritos dos tribunais são o mero registro dos debates, sem preocupação com a coerência da argumentação e sem a redação de uma decisão oficial do tribunal” (RODRIGUEZ, 2013, p. 93-94) e a decisão é tomada por agregação da opinião dos juízes dos órgãos colegiados, não dando qualquer destaque às razões para decidir (RODRIGUEZ, 2013, p. 93-94). Isso origina um sistema de precedente baseado em argumentos de autoridade, havendo “pouca incidência de argumentação sistemática que procure reconstruir racionalmente o sistema para decidir o caso concreto à luz desta reconstrução”. (RODRIGUEZ, 2013, p. 93-94)



Assim, no modelo brasileiro não há um sistema de precedentes organizado e a “citação de casos, quando ocorre, não busca reconstruir um padrão de argumentação relevante para o caso a ser decidido”. (RODRIGUEZ, 2013, p. 93-94) O que se verifica é que os casos são citados em forma de acúmulo para reforçar a autoridade de quem está proferindo a sentença e é “muito difícil encontrar casos que sirvam de referência para todos os juízes no que diga respeito a um mesmo problema jurídico”. (RODRIGUEZ, 2013, p. 93-94)

Para diferenciar ainda mais os dois sistemas de precedentes, no Brasil, também há constante citação de obras doutrinárias, inclusive de autores estrangeiros, sem ao menos inserir qualquer comentário às citações, como se verifica comumente no Supremo Tribunal Federal, principalmente pelo Ministro Gilmar Mendes, que possui formação alemã. (RODRIGUEZ, 2013, p. 93-94)

Diante dessa análise, foi possível verificar que o papel dos precedentes no direito brasileiro nada tem a ver com o papel desempenhado por estes no direito norte-americano. Logo, qual a viabilidade de adotar uma teoria de princípios feita em um modelo totalmente diferente do sistema brasileiro? É o que o presente trabalho se propõe demonstrar.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. A busca de maior segurança nas decisões judiciais e a otimização destas, evitando-se o desnecessário exame de casos idênticos já anteriormente decididos e, conseqüentemente, por uma maior segurança jurídica em prol da sociedade, levou vários países a adotarem mecanismos com o objetivo de uniformizar a jurisprudência.

2. Para solucionar esse problema no ordenamento jurídico brasileiro, seria possível adoção do sistema de precedentes, originário do modelo do *common law*, no direito brasileiro, no qual se adota o modelo do *civil law*, com o objetivo de garantir a segurança jurídica?

3. Para iniciar esse estudo, dividiu-se o estudo do direito com base nas família romano-germânica, na da *common law* e na da *civil law*. A família romano-germânica agrupa os países que tiveram a ciência do direito concebida sobre a base



do direito romano, tendo seu berço na Europa. Essa família se caracteriza pelo fato de suas regras de direito serem concebidas como regras de conduta, ligadas a preocupações morais e de justiça; além de elaborarem seus direitos visando a regulação das relações entre os cidadãos.

4. O ordenamento jurídico brasileiro, filiado ao sistema romano-germânico, devido à colonização portuguesa, sofreu um movimento similar ao ordenamento jurídico da França e da Alemanha, que pretendiam construir o Direito baseado no code. Portanto, no direito brasileiro, a rigor, a fonte primordial é a lei.

6. Já a família da *common law*, típica do direito inglês, tem como principal fonte do direito os costumes, firmados pelos precedentes dos tribunais e caracterizado pelo fato de que na ausência de norma escrita os juízes tinham que formular uma decisão para o caso concreto. Assim, diferentemente da família romano-germânica, na Inglaterra, a fonte principal do direito eram os costumes observados pela sociedade e a conduta social era regulada pela razão, ou por aquilo que os membros da sociedade entendiam como correto.

7. O sistema da *common law* foi orientado pelo brocardo *stare decisis et non quieta movere*, que significa literalmente mantenha-se a decisão e não mexa no que está quieto, está relacionada à ideia de que os juízes estão vinculados às decisões do passado, ou seja, aos precedentes.

8. O sistema da *common law* também possuiu uma hierarquia funcional muito bem articulada, em que o efeito vinculante das decisões já proferidas encontra-se condicionado à posição hierárquica do tribunal que as profere. Nesse sentido, as decisões vinculam a própria corte que a profere (eficácia interna), assim como todos os órgãos inferiores (eficácia externa).

9. Nos Estados Unidos, por razões lógicas em decorrência da colonização inglesa, o sistema de precedentes adotado é muito semelhante ao modelo inglês. As decisões proferidas pelo mesmo órgão ou por órgão ao qual o magistrado é ligado vinculam seus julgados, mas com uma importante exceção. A Suprema Corte Federal e as Cortes Supremas Estaduais não estão vinculadas às suas próprias decisões, o que permite a esses tribunais reverem suas posições que se tornaram defasadas, por meio da técnica denominada *overruling*.



10. No caso do direito brasileiro, verifica-se que uma série de medidas vem sendo tomadas nos últimos anos nas reformas processuais e constitucionais com vistas a uma uniformização do entendimento jurisprudencial, como se verifica no disposto no art. 475, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil, e também no art. 103-A da Constituição de 1988. É possível ainda citar outros dispositivos que podem se aproximar do sistema de precedentes: tem-se o art. 105 da Constituição de 1988 que estipulou a missão do STJ de uniformizar a jurisprudência sobre aplicação da lei federal, o art. 557 do CPC, art. 285-A do CPC, art. 518, parágrafo 1º, do CPC e outros. Todos esses exemplos permitem a existência de sistema de vinculação a decisões já proferidas por outros órgãos ou no passado, tal como se verificou no direito inglês, por meio do sistema dos precedentes. Entretanto, observa-se que a adoção de tais mecanismos não possibilita a conclusão de que o direito brasileiro adota o sistema dos precedentes.

11. Primeiramente porque, no Brasil, a formação de jurisprudência ou das súmulas depende de decisões reiteradas sobre mesmo assunto; enquanto que a formação de um precedente no direito inglês depende apenas de uma única decisão judicial. E, segundo, porque a vinculação das decisões no direito brasileiro é exercido quase que de forma exclusivamente vertical, enquanto que no sistema da *common law* essa vinculação ocorre também no campo horizontal.

12. Na Inglaterra, os costumes foram as principais fontes do direito. Já no direito brasileiro, que recepcionou grande parte dos institutos do modelo da *civil law*, as leis foram e ainda são as principais fontes do direito. Assim, no Brasil, os costumes funcionam apenas como fonte supletivas para suprir lacunas na lei.

13. Enquanto no direito inglês, tipicamente consuetudinário, as normas positivas que determinam a vinculação a um precedente decorrem do próprio sistema da *common law*; no direito brasileiro, país originário do sistema romano-germânico, só se admitiu a existência de súmulas vinculantes após a positivação desse instituto em normas escritas, como na Constituição e em leis federais.

14. A adoção de um sistema de precedentes no direito brasileiro não decorre da cultura existente no país, mas apenas de uma importação de um instituto bem-sucedido em um direito estrangeiro.



REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**. Brasília: Escola Nacional dos Magistrados, 2006.
- BERMUDES, Sérgio. **A reforma judiciária pela Emenda Constitucional no. 45: observações aos artigos da Constituição alterados pela Emenda Constitucional no. 45, de 08 de dezembro de 2004**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- CARDOZO, Benjamin. **A natureza do processo e a evolução do direito**. 4ª. Conferência – Adesão ao precedente. O elemento subconsciente no processo judicial. São Paulo: Nacional de Direito, 1956.
- DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 2. ed. Lisboa: Meridiano, 1978.
- LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Stare decisis et non quita movere: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ODAHARA, Bruno Periolo. Um rápido olhar sobre o *stare decisis*. **Processos coletivos**, Porto Alegre, vol. 2, n. 03, 01 jul 2011.
- RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SABINO, Marco Antonio da Costa. O precedente jurisdicional vinculante e sua força no Brasil, **Revista Dialética de Direito Processual Civil** n. 85, abril 2010, fls. 51/72.
- SIFUENTES, Mônica. **Súmula Vinculante**. São Paulo: São Paulo, 2005.
- STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no Direito Brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)**. São Paulo: FGV, 2013.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte de direito**. São Paulo: RT, 2004.
- TUCCI, José Rogério Cruz e Direito **processual civil europeu contemporâneo**. José Rogério Cruz e Tucci Coordenador. São Paulo: Lex, 2010.



SOBRE A ORIGEM E FUNÇÃO PRECÍPUA DO GOVERNO NA CONCEPÇÃO DOS CONTRATUALISTAS, DAVID HUME E ADAM SMITH¹

ON THE ORIGIN AND PRIMARY FUNCTION OF GOVERNAMENT IN THE SOCIAL CONTRACT
THEORY OF DAVID HUME AND ADAM SMITH

Flávio dos Santos Oliveira²

Resumo

O artigo expõe a trajetória do pensamento liberal, dando especial destaque à polêmica envolvendo Hobbes, Locke, Hume e Adam Smith quanto ao problema da origem, legitimidade e função precípua do governo. Intentar-se-á mostrar que o pensamento liberal se desenvolveu em circunstâncias históricas em que a questão em voga consistia em responder aos problemas inerentes à liberdade política e sua relação com o crescimento econômico, propondo-se um modelo de Estado alternativo ao Absolutismo.

Palavras Chave: Estado de Natureza; Contratualismo; Estado Liberal.

Abstract

This paper presents the trajectory of the liberal thinking with particular attention to the controversy surrounding Hobbes, Locke, David Hume and Adam Smith with regard to the problem of the government's origin, legitimacy and primary function. The paper argues that liberal thinking that was developed in historical circumstances in which the main matter in vogue was to answer the problems of political freedom and its relationship with economic growth proposing an alternative model to Absolutism.

Keywords: State of Nature; Contractualism; Liberal State.

1 INTRODUÇÃO

Ao longo do século XVIII, intensificaram-se, não obstante sobre novos fundamentos, os debates acerca da origem, legitimidade e função precípua do

¹ Artigo recebido em 20/06/2014, pareceres submetidos em 11/09/2014 e 21/11/2014 e aprovação comunicada em 26/11/2014.

² Doutorando no Programa de Pós-graduação em História Social das Relações Políticas da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). *E-mail:* <oliveiraflavio3192@yahoo.com>.



governo, como resultado dos questionamentos às teorias do Estado propostas por Thomas Hobbes e John Locke, os quais, cada um de acordo com sua concepção de poder político, assentaram as bases daquilo que se convencionou chamar de contratualismo, isto é, teorias políticas que sustentavam a tese segundo a qual o Estado originou-se do consentimento contratual dos indivíduos.

Entrementes, pensadores e filósofos como Puffendorf, Thomasius, David Hume, entre outros, contestavam a validade empírica do contrato social, alegando que não existe de fato nenhum indício que corrobore a tese de que os homens anteriormente à instituição da sociedade civil viviam num estado natural tal como apregoavam Hobbes e Locke. Na verdade, de acordo com uma perspectiva histórica, verificam-se inúmeros casos de governos que não foram estabelecidos sob cláusulas contratuais, mas, ao contrário, se originaram da usurpação e da conquista, sendo, portanto, desprovidos de consentimento popular expresso. Para Hume, por exemplo, o governo provavelmente originou-se da guerra e só é legítimo na medida em que cumpre uma função útil para sociedade, ou seja, proporciona uma melhor distribuição da justiça e uma maior organização da defesa contra aqueles que, estando fora da sociedade, podem atentar contra ela.

Contudo, apesar todas essas reflexões acerca a origem, legitimidade e função precípua do governo, é Adam Smith quem, seguindo a tradição humeana, delimitará, consoante a perspectiva liberal, as funções precípuas do governo. Em **A Riqueza das Nações** (RN, 1996 [1776], vs. I e II), Smith sustenta que o Estado deve ocupar-se apenas da tarefa de proteger a sociedade contra a violência e a invasão de outros países independentes; salvaguardar todos os membros da sociedade da injustiça ou da opressão de todos os demais membros da mesma; e por último, construir e dar manutenção a certas obras e instituições públicas que são úteis ao desenvolvimento das forças produtivas, mas que são incapazes de gerar lucro para os indivíduos.

Ponderar sobre essas questões assume atualmente uma urgência significativa, sobretudo, no contexto da realidade brasileira, em que a falta de segurança dos indivíduos e a incapacidade ou neutralidade do governo em garantir um espaço dentro do qual os cidadãos possam levar a cabo suas atividades de modo pacífico, atrelado ao desrespeito às leis e a violência aos direitos



fundamentais do cidadão, favorecem, em algumas localidades, a emergência de poderes paralelos ao Estado, criando, assim, as condições propícias para a eclosão dos sintomas clássicos de uma guerra civil. Com efeito, para dar conta de explicitar nos limites desse artigo o desenvolvimento do pensamento liberal e sua proposta de governo, iniciar-se-á com uma breve exposição da versão contratualista da origem do Estado. Em seguida, apresentar-se-á a concepção utilitária do governo conforme David Hume. E, por fim, destacar-se-á as áreas de atuação do Estado de acordo com Adam Smith.

2 AS ORIGENS DO GOVERNO EM HOBBS E LOCKE

As reflexões acerca da origem e extensão do poder político, elaboradas ao longo dos séculos XVII e XVIII, foram responsáveis por assentar as bases do Estado Liberal. Na época, o grande problema consistia em propor respostas satisfatórias para questões como: de onde emana o poder político e quais são suas prerrogativas e funções precípua? Nos países de língua inglesa, as respostas para essas questões podiam ser agrupadas em duas plataformas, a saber, a dos contratualistas e a dos empiristas³. Embora essas duas correntes convirjam em alguns pontos, elas também apresentam uma diferença fundamental, sobretudo, no que diz respeito à matriz do poder do político.

Já no século XVII, Thomas Hobbes e John Locke haviam debatido arduamente os problemas políticos da modernidade. Partindo de princípios imanentes, em contraposição à noção do direito divino dos reis, esses filósofos postularam a ideia de que o ser humano é a fonte a partir da qual emanam o fundamento e legitimidade de todas as instituições políticas (RODRIGUES, 2010, p. 17). No entanto, embora valendo-se, basicamente, dos mesmos conceitos, eles chegaram a conclusões distintas no que concerne à forma mais plausível de governo.

Conforme Hobbes, em suas investigações sobre a natureza humana, os homens, em seu estado natural, são de tal modo iguais quanto às faculdades do

³ Entende-se por empiristas, aqui, os filósofos que intentaram fundamentar suas teorias políticas a partir da experiência sensível, em contraposição aos contratualistas que alicerçaram suas teorias sobre ideais como a de estado de natureza, direito natural, etc.



corpo e do espírito, que, embora por vezes se encontre um homem manifestamente mais forte de corpo ou de espírito mais vivo do que outro, mesmo assim, quando se considera tudo isto em conjunto, a diferença entre um e outro homem não é suficientemente considerável para que qualquer um possa com base nisso reclamar qualquer benefício em detrimento dos outros (HOBBS, 1979 [1651], p. 74).

Por conseguinte, desta igualdade quanto às capacidades deriva a igualdade quanto à esperança de atingirmos nossos fins. Ou seja, se dois homens desejam, ao mesmo tempo, uma determinada coisa, de modo que ela não possa ser gozada por ambos, eles logo se tornam inimigos. E no caminho para seu fim (que é principalmente sua própria conservação, e às vezes apenas seu deleite) esforçam-se por se destruir ou subjugar um ao outro (HOBBS, 1979 [1651], p. 75).

Para Hobbes, contra esta desconfiança de uns em relação aos outros, nenhuma maneira de garantir sua própria conservação é tão razoável como a antecipação; isto é, urge-se, pela força ou pela astúcia, sujeitar as pessoas de todos os homens que puder, durante o tempo necessário para chegar ao momento em que não veja qualquer outro poder suficientemente grande para ameaçá-lo (HOBBS, 1979 [1651], p. 75). Sob essas condições, os homens seriam determinados apenas pela lei natural, ou seja, pelo movimento incessante e volátil de suas paixões e pela ausência de obrigações para com um poder capaz de impelir-lhes a reconhecerem a igualdade entre si e a se respeitarem mutuamente (RODRIGUES, 2010, p. 20).

Com efeito, na ausência de uma força qualquer que os impeça de agir movidos apenas por suas paixões naturais, o *bellum omnium contra omnes* torna-se uma consequência inevitável. Nesse caso

[...] durante o tempo em que os homens vivem sem um poder comum capaz de os manter a todos em respeito, eles se encontram naquela condição a que se chama guerra; e uma guerra que é de todos os homens contra todos os homens. Pois a guerra não consiste apenas na batalha, ou no ato de lutar, mas naquele lapso de tempo durante o qual a vontade de travar batalha é suficientemente conhecida (HOBBS, 1979 [1651], p. 75).

Assim, cada um dos indivíduos tem em cada um dos outros um inimigo, que, por sua vez, têm direito a tudo o que sua força e astúcia permitirem, sem quaisquer limites que não os decorrentes da força e astúcia dos outros. Esse estado de guerra



generalizado tem como consequência imediata a absoluta insegurança dos homens em relação à sua própria vida, bem como suas propriedades (BRANDÃO, 2006, p. 34).

No que diz respeito às paixões, Hobbes demonstra que a autopreservação é o primeiro e mais básico dos desejos humanos, e à medida que a trama de desejos torna-se mais complexa, os problemas relacionados às relações humanas também se tornam maiores, visto que ao desejarem um mesmo objeto e traçarem os meios próprios para satisfazê-los, os indivíduos levam em conta apenas suas próprias capacidades e força, desconsiderando que os seus semelhantes possuem, em condição de igualdade, as mesmas faculdades e podem, portanto, desejar o mesmo objeto da paixão (RODRIGUES, 2010, p. 22).

Disso resultam os problemas e conflitos do estado natural, pois os indivíduos desejam os mesmos objetos que, na maioria das vezes, não podem ser usufruídos por todos, muito menos repartidos entre si. Além disso, uma vez que cada indivíduo vale-se de seu próprio espírito e força para satisfazer seus desejos, é comum ocorrer que o mais forte sempre leve vantagem em relação aos fracos, submetendo-os e gerando um clima de conflito constante (RODRIGUES, 2010, p. 22).

Essa natureza humana passional e interessada em satisfazer apenas a si mesma torna os indivíduos lobos de si mesmos, ou seja, gera a sensação de que se faz necessário o uso de todas suas forças e meios, inclusive a destruição dos seus semelhantes, para satisfazer os anseios de suas paixões – de modo especial, o de acumular poder, riqueza e honra.

Com efeito, essa concepção pessimista da natureza humana distancia Hobbes da maior parte dos filósofos políticos que seguiam a tradição aristotélica segundo a qual o homem é naturalmente um animal social. Ao contrário, para o autor de *Leviatã*, é o instinto de autopreservação e o medo de morrer de forma violenta que impelem os indivíduos a forjar, sob consentimento contratual, a sociedade política, dando origem, assim, ao governo. Nesse sentido, o Estado é institucionalizado com a finalidade de criar as condições necessárias à coexistência entre os homens e assegurar, de modo imparcial e integral, seu direito à vida. Por isso, um problema extremo exige, necessariamente, uma solução radical e absoluta, ou noutros termos, a guerra generalizada e a falta de regras demandam a criação de



um Estado absoluto com a incumbência de estabelecer a ordem social e promover a paz.

Assim, é para conservarem suas vidas que os indivíduos abdicam de seus direitos e os transferem a um soberano, sujeitando-se ao governo de terceiros, pois acreditam que o Estado é um poder estável, com força suficiente para promover o bem comum e a defesa da paz (RODRIGUES, 2010, p. 97). Para Hobbes, essa cessão e transferência de direitos e poderes celebram o contrato social por meio do qual se institui a sociedade civil organizada (HOBBS, 1979, p. 107).

Por outro lado, de acordo com John Locke, o estado de natureza consiste em um estado em que todos os homens são iguais, sem que haja qualquer forma de subordinação ou sujeição, e todos estão naturalmente em perfeita liberdade para ordenarem suas ações e regularem suas posses (LOCKE, 1978 [1690], p. 35). Contudo, como afirma Locke, este estado natural não corresponde ao de licenciosidade, pois ainda que o homem possua liberdade plena para administrar sua própria pessoa e posses, não a tem para destruir-se a si mesmo nem aos seus semelhantes, pois o estado de natureza tem por fundamento a razão, a qual foi concedida pelo criador, a fim de que o homem possa tornar-se autônomo, sendo, portanto, o autor das máximas que regulam suas condutas segundo princípios universais.

Com efeito, é para impedir que a usurpação dos direitos alheios por parte daqueles indivíduos que devido às suas paixões não se deixam guiar pela luz da razão, o que implicaria a imediata extinção da lei da natureza e, por conseguinte, toda a Humanidade, foi delegado a todos os homens ainda no estado de natureza a responsabilidade de castigar os transgressores dessa lei a fim de preservar o inocente e punir o ofensor.

Transgredindo a lei da natureza, o ofensor declara viver por outra regra que não a da razão e da equidade (...); assim, o ofensor torna-se perigoso à Humanidade, quebrando o laço destinado à garanti-la contra dano ou violência. Sendo essa transgressão crime contra a espécie toda e contra a paz e a segurança estabelecidas pela lei da natureza, qualquer homem, por esse motivo, em virtude do direito que tem de preservar a Humanidade em geral, pode restringir ou, quando necessário, destruir tudo quanto lhe seja prejudicial, fazendo recair, sobre quem transgrediu a Lei, malefício tal que o leve a arrepender-se de tê-lo feito e, assim, impedindo-o e a outros, pelo exemplo deste, de fazer malefício semelhante (LOCKE, 1978 [1690], p. 36).



Decerto, se qualquer um pode castigar alguém por qualquer malefício que tenha feito, então todos podem fazê-lo, tornando-se executores da lei da natureza, de modo que não exista superioridade ou jurisdição de um sobre o outro quando o objetivo for a prossecução dessa lei (LOCKE, 1978 [1690], p. 36). Contudo, para evitar que o amor-próprio e a propensão ao mal, a paixão e a vingança inspirem o homem a tomar medidas que extrapolem os limites estabelecidos pelo bom-senso, quando da aplicação da justiça, institucionalizou-se por meio do consenso contratual a sociedade política e o governo civil.

Nesse sentido, para Locke, a função precípua do poder político consiste não apenas em salvaguardar os direitos naturais expressos na lei da natureza, isto é, o direito à vida, à liberdade e o usufruto de suas posses, mas também visa restringir a parcialidade e a violência dos homens, pois em seu estado natural, embora o homem goze de liberdade plena, faltam-lhe leis e juízes reconhecidos capazes de extirpar sob procedimentos legítimos as contendas entre eles. Portanto, foi para se beneficiarem dos aperfeiçoamentos da aplicação da justiça, no que toca a preservação dos seus direitos naturais, que os homens, sob cláusulas contratuais, decidiram renunciar ao direito de punir os transgressores da lei natural para fundar o Estado.

No entanto, ao contrário do Estado hobbesiano, Locke sugere que esse poder político não deve ser absoluto e arbitrário, pois em seu exercício, excluem-se todos os furores de um coração colérico e vingativo, autorizando-se tão-somente as penas que a razão e a pura consciência ditam e ordenam naturalmente (CHEVALLIER, 1993, p. 106). Assim, se o legislativo ou o executivo agem de forma tirânica, isto é, exercendo o poder em favor da vantagem privada; não fazendo da lei mais do que a expressão da sua própria vontade; ou valendo-se do poder que lhes foi depositado apenas para usurpar dos direitos dos indivíduos, então cabe ao povo empregar a força, justificando-se o direito de insurreição; pois se o governo em suas atitudes revelar ódio não somente contra certas pessoas particulares, mas também contra o corpo da comunidade, em tal caso o povo tem o direito de resistir e se defender do dano.

Com isso, Locke deu um grande passo no sentido de instituir o Estado Liberal ao propor que o poder absoluto ou o governo sem leis fixas estabelecidas



não pode harmonizar-se com os fins da sociedade e do governo civil (LOCKE, 1978 [1690], p. 88). Entretanto, sua teoria política logo inspirou polêmicas entre os seus contemporâneos. Muitos questionaram a validade empírica do contrato social uma vez que não existe de fato nenhum indício que corrobore a tese segundo a qual os homens anteriormente à sociedade civil viviam num estado natural tal como Hobbes e Locke sugeriram. Na verdade, de acordo com uma perspectiva histórica, verificam-se inúmeros casos de governos que não foram estabelecidos sob cláusulas contratuais, mas que se originaram a partir da usurpação e da conquista, sendo, portanto, desprovidos de consentimento popular expresso.

Posto isso, senão não é o consentimento contratual o princípio explicativo da origem do poder político e o fundamento de sua legitimação, então como de fato se explica a existência e a legitimidade dos governos? A resposta para essa questão é dada por Hume a partir de sua análise do comportamento humano e da história.

3 O ESTADO DE UM PONTO DE VISTA PRÁTICO

Ao contrário dos contratualistas, Hume não procura a legitimidade do governo em suas origens, mas sim em sua utilidade, ou seja, em sua aptidão ou tendência para servir a uma boa finalidade. A fim de evitar as armadilhas de uma busca infundável das origens do governo, Hume apenas pressupõe que o governo deve ter começado de forma acidental e imperfeita (HUME, 2004, p. 138).

Em seu entendimento é provável que o governo tenha sido introduzido primeiramente durante um estado de guerra não somente porque na batalha se revela de forma mais visível a superioridade da coragem e do gênio, mas principalmente porque nela o consenso e a unanimidade se fazem mais necessários. Além disso, a permanência continuada desse estado leva o povo à submissão; e, se por acaso o chefe for tão equânime quanto prudente e corajoso, ele se torna, mesmo em tempo de paz, o árbitro de todas as disputas, e pode gradualmente, com uma mistura de força e consentimento, consolidar a sua autoridade. Posteriormente, os benefícios evidentes que resultam de sua influência o fazem ser amado pelo povo, ou pelo menos pelos homens mais pacíficos e de bom caráter (HUME, 2004, p. 138).



Na verdade, Hume até admite a possibilidade de o governo ter surgido do consentimento popular expresso ou de um contrato originário. No entanto, se este foi firmado, o foi respeitando apenas as condições de vida de uma determinada época, não sendo, portanto, universal. Nesse sentido, ele não pode pretender exercer influência sobre outras gerações de indivíduos (RODRIGUES, 2010, p. 108). Ademais, se as instituições que emanam desse contrato não fossem passivas de serem modificadas e aperfeiçoadas, elas não dariam conta de resolver os problemas inerentes a uma sociedade comercial (HUME, 2004, p. 667-668).

Com efeito, pode-se dizer que

[...] a crítica de Hume aos contratualistas não concerne apenas à idéia de que a origem dos governos esteja fundada no contrato e no consentimento dos indivíduos em criá-los, mas também à afirmação de que todas as sociedades políticas surgiram e se mantêm, necessariamente, fundamentadas naquele princípio racional (RODRIGUES, 2010, p. 108).

Com isso, Hume concebe a função política do governo e das instituições dentro de uma perspectiva histórica. Para ele, a sociedade política somente alcançaria a maturidade e a perfeição quando novos progressos, como o aperfeiçoamento das artes e das manufaturas fornecessem ao governo uma renda que lhe permitisse distribuir remunerações entre os diversos instrumentos de sua administração, a fim de solucionar de maneira harmônica os conflitos de interesses e estabelecer de fato as condições básicas para o desenvolvimento dos indivíduos (RODRIGUES, 2010, p. 139).

Em sua antropologia, Hume apregoa que a simpatia⁴ é a mais importante das paixões humanas. Contudo, conforme Arthmar, trata-se de um conceito ambivalente, pois se por um lado à simpatia atribui-se o fundamento da sociabilidade humana e a grande uniformidade na disposição e no temperamento dos que pertencem a uma mesma nação, por outro ela é também o princípio da divisão entre os grupos sociais, visto que “os indivíduos estariam propensos a se identificar com os que lhes fossem mais próximos, opondo-se radicalmente a tudo que lhes despertasse contrariedade”. Por conseguinte, é por intermédio da simpatia que

⁴ Etimologicamente, simpatia (σιν: juntos/ παθος: sofrimento) quer dizer, *grosso modo*, compartilhado de seu sofrimento.



“surgiriam as facções políticas e as seitas religiosas, fontes de discórdias e guerras, voltadas a subverter as leis, a provocar animosidades em meio a nação e, no mais das vezes, a derrubar de forma violenta o sistema de governo sob o qual se erigiram” (ARTHMAR, 2013, p. 2).

Com efeito, para Hume, tal como em Hobbes, a função precípua do governo é regular a vida social. Entretanto, somente nas condições em que as regras básicas de justiça não são suficientes para conter o egoísmo incutido nos homens, pois as pessoas devido às suas inclinações tornam-se mais propensas a preferirem as vantagens imediatas em detrimento das mais duradouras. Assim, o poder político será dispensável em determinadas situações em que não há conflitos pela disputa de bens ou entre grupos sociais; noutras condições adversas, seu estabelecimento é extremamente necessário para solucionar os inconvenientes vigentes no seio da sociedade (RODRIGUES, 2010, p. 109).

Além disso, Hume apregoa que a ausência de poder instituído não acarretaria inevitavelmente a violência e a guerra generalizadas tal como no estado de natureza de Hobbes (HARDIN, 2007, p. 112). Na verdade, o governo não poderia ser considerado uma necessidade absoluta e universal, pois a história confirma que muitas comunidades ainda são mantidas apenas pelas regras básicas de justiça, como a estabilidade da posse; a sua transferência por consentimento de um proprietário para outro; a permanência das promessas etc.

Para Hume, apesar de que seria possível manter uma sociedade muito pequena indefinidamente sem governo, seria impossível manter uma sociedade de qualquer tipo sem justiça (HARDIN, 2007, p. 113). Nesse sentido, a legitimidade do governo repousa em sua utilidade, isto é, na medida em que proporciona uma melhor distribuição da justiça e uma maior organização de defesa contra aqueles que, estando fora da sociedade, podem atentar contra ela.

4 ESTADO LIBERAL NOS LIMITES DA ECONOMIA POLÍTICA

Diz-se que grande parte da concepção de Estado de Adam Smith foi influenciada pela célebre *History of England* de Hume, “a qual foi acompanhada desde o início por Smith, que, portanto, detinha conhecimento de primeira mão das



teses históricas formuladas pelo amigo e correspondente” (ARTHMAR, 2013, p. 2). No entanto, para melhor compreender a teoria do Estado smithiana, urge-se que se inicie por sua teoria econômica.

Para Adam Smith, tal como em Hume, a riqueza de uma nação não devia medir-se por seu ouro e sua prata, mas sim pelos bens e serviços reais que põe à disposição de toda sua população. Assim, enquanto os mercantilistas propunham que a riqueza da nação se lograva mediante o controle governamental de todos os aspectos do comércio, tanto nacional, quanto exterior, Smith sustentava que a riqueza de uma nação se lograva liberando os indivíduos de tais controles, isto é, aplicando o que ele chamou de sistema de liberdade natural. Somente assim os indivíduos estariam em condições de participar das duas grandes atividades promotoras da riqueza, a saber, a divisão do trabalho e a acumulação de bens ou de capital, causas últimas do crescimento do bem-estar coletivo.

De fato, Smith acreditava que a riqueza ou o bem-estar das nações é identificado com seu produto anual *per capita*, o qual é determinado, por sua vez, pela produtividade do trabalho “útil” ou “produtivo” e pela relação entre o número de trabalhadores empregados produtivamente e a população total. É nesse sentido que o interesse individual é visto como a motivação fundamental da divisão social do trabalho e da acumulação de capital.

Por conseguinte, Smith recomenda um mínimo de funções para o governo, e adverte o perigo dos governos demasiado poderosos. Assim como em Hume, para ele, o governo somente tem legitimidade na medida em que cumpre uma função útil para a sociedade, isto é, promove a justiça e cria as condições propícias para o desenvolvimento da nação. Com efeito, em um sistema de liberdade natural, o soberano deve ocupar-se apenas de três tipos de assuntos evidentes e compreensíveis para qualquer pessoa.

O primeiro deles consiste na tarefa de proteger a sociedade contra a violência e a injustiça de outros países independentes. No entanto, o dever de proteger os cidadãos da violência interna e externa determina que a arte bélica também seja conduzida de acordo com a perspectiva da divisão social do trabalho, ou seja, sustentando e empregando certo número de cidadãos na prática constante dos exercícios militares. Nesse caso, o Estado pode fazer com que a profissão de



soldado se transforme em uma ocupação específica, separada e distinta de todas as demais (RN II, 1983, p. 151).

De acordo com Smith, as notáveis inovações introduzidas na arte bélica pela invenção das armas de fogo aumentaram ainda mais os gastos necessários para treinar e disciplinar qualquer contingente especial de soldados tanto em tempos de paz, quanto em período de guerra. Sob este aspecto, “os efeitos inevitáveis do avanço natural da prosperidade foram altamente incrementados por uma grande revolução ocorrida na arte bélica, provocada, ao que parece, por uma simples contingência, a invenção da pólvora” (RN II, 1983, p. 163).

Com efeito, nos tempos modernos, muitas são as causas que contribuem para tornar a defesa do país mais dispendiosa. Assim, na guerra moderna, o grande dispêndio com armas de fogo dá evidente vantagem à nação que pode gastar mais e, conseqüentemente, a um país rico e civilizado sobre uma nação pobre e primitiva.

Ainda no último quartel do século XVIII, pensava-se que era necessário haver uma abundante reserva de ouro e prata, para que, em casos de guerra, fossem convertidos em recursos voltados à sua manutenção. Nesse sentido, John Locke advertia que “toda nação deve procurar, em tempo de paz, acumular ouro e prata, para que, quando a necessidade o exigir, possa ter com que fazer guerra contra seus inimigos de fora” (RN I, 1983, p. 360).

Sobre essa questão, Smith arguia que nem sempre é necessário acumular ouro e prata para que um país possa fazer guerra contra estrangeiros e manter esquadras e exércitos em terras distantes. Em seu entendimento, “as esquadras e exércitos não se mantêm com ouro e prata, mas com bens de consumo”. Nesse caso, a nação que, da produção anual de sua indústria nacional, da renda anual proveniente de suas terras, de sua mão-de-obra e do seu capital consumível, tiver com que comprar esses bens de consumo em países distantes tem condições de manter guerras nesses países (RN I, 1983, p. 367).

A segunda função precípua do governo é proteger, na medida do possível, cada membro da sociedade da injustiça ou opressão de todos os outros membros da mesma (RN II, 1983, p. 163). De acordo com Smith, a necessidade de governo aumenta gradativamente com a aquisição de propriedade valiosa, pois os homens podem viver juntos em sociedade, com um grau aceitável de segurança, embora não



haja nenhum magistrado civil que os proteja da injustiça decorrente de suas paixões. Contudo, “a avareza e a ambição dos ricos e, por outro lado, a aversão ao trabalho e o amor à tranquilidade atual e o prazer, da parte dos pobres, são as paixões que levam a invadir a propriedade [...]” (RN II, 1983, p. 164).

Na verdade, Smith reconhece que onde quer que haja grande propriedade, há grande desigualdade. Assim, “para cada pessoa muito rica deve haver no mínimo quinhentos pobres, e a riqueza de poucos supõe a indigência de muitos”. Conseqüentemente, “a fartura dos ricos excita a indignação dos pobres, que muitas vezes são movidos pela necessidade e induzidos pela inveja a invadir as posses daqueles [...]” (RN II, 1983, p. 168). Com isso, Smith conclui que o governo civil, na medida em que é instituído para garantir a propriedade, de fato o é para a defesa dos ricos contra os pobres, ou daqueles que têm alguma propriedade contra os que não possuem propriedade alguma.

O terceiro e último dever do soberano ou do Estado é o de criar e manter as instituições e obras públicas que, embora possam proporcionar a máxima vantagem para uma grande sociedade, são incapazes de gerar lucro para os indivíduos, de sorte que ninguém tem interesse em construí-las e mantê-las, sobretudo, porque sua rentabilidade nunca lhes permitiria recuperar a inversão que ditas obras lhe implicaria (RN II, 1983, p. 173).

Depois das instituições e obras públicas necessárias para a defesa da sociedade e para a administração da Justiça, as demais obras e instituições públicas consistem, sobretudo, nas que se destinam a facilitar o comércio da sociedade, tais como boas estradas, pontes, canais de navegação, portos etc., e as que visam a promover a instrução do povo. Consoante Smith, a maior parte dessas obras públicas pode ser facilmente administrada de tal maneira que elas mesmas gerem uma receita específica suficiente para cobrir seus próprios custos, sem acarretar ônus algum à receita do país (RN II, 1983, p. 174).

Uma estrada, uma ponte, um canal navegável, por exemplo, na maioria dos casos podem ser construídos e mantidos mediante o pagamento de um pequeno pedágio pelos veículos que os atravessam; em se tratando de um porto, com a cobrança de uma moderada taxa portuária por tonelagem a cada embarcação que nele for carregada ou descarregada (RN II, 1983, p. 174).



Se as taxas de pedágio cobradas nos postos fossem um dia consideradas como um dos recursos para atender às necessidades do Estado, certamente seriam aumentadas na medida em que se julgasse necessário para atender a tais urgências. De fato, Adam Smith já advertia que com o aumento contínuo das taxas de pedágio, ao invés de facilitarem o comércio interno do país, elas logo se transformariam em enorme obstáculo para ele (RN II, 1983, p. 176).

As despesas de transporte de todas as mercadorias pesadas de uma parte do país para outra logo subiriam tanto e, conseqüentemente, se reduziria a tal ponto o mercado para todas essas mercadorias, que se desestimularia notavelmente sua produção, aniquilando-se totalmente os mais importantes setores da atividade interna (RN II, 1983, p. 176).

Além disso, cabe ao Estado a incumbência de reverter os problemas inerentes ao avanço da divisão do trabalho, ou seja, o intenso processo de especialização a que estão sujeitos todos os indivíduos numa sociedade civilizada. Nesse caso, o homem que gasta toda sua vida executando algumas operações simples, cujos efeitos também são, talvez, sempre os mesmos ou mais ou menos, não tem nenhuma oportunidade para exercitar sua compreensão ou para exercer sua criatividade. Ademais, como a compreensão da maior parte das pessoas é formada pelas suas ocupações normais, muitas das quais se restringindo a algumas operações extremamente simples, elas suprimem ao mínimo suas capacidades inventivas, tornando-se geralmente tão embotadas e ignorantes quanto o possa ser uma criatura humana (RN II, 1983, p. 213).

Conforme Smith, este é o estado em que inevitavelmente caem os trabalhadores pobres – isto é, a grande massa da população – a menos que o Governo tome algumas providências para impedir que tal aconteça, pois estas pessoas dispõem de pouco tempo para dedicar-se à instrução. Na maioria das vezes, seus pais dificilmente têm condições de mantê-las, mesmo na infância. Assim, tão logo sejam capazes de trabalhar, têm que ocupar-se com alguma atividade; ao mesmo tempo, seu trabalho é tão constante e pesado que lhes deixa pouco lazer e menos inclinação para aplicar-se a qualquer outra coisa, ou mesmo para pensar nisso. Por conseguinte, para Smith a educação das pessoas comuns



exige, em uma sociedade civilizada e comercial, mais atenção por parte do Estado que a de pessoas de alguma posição e fortuna (RN II, 1983, p. 214).

Estas últimas costumam completar dezoito ou dezenove anos antes de iniciar-se nos negócios, profissão ou atividade específica com a qual pretendem distinguir-se no mundo. Até então, têm todo o tempo necessário para adquirir ou, ao menos, para preparar-se para adquirir mais tarde tudo o que possa recomendá-los à estima pública ou torná-los dignos dela. Seus pais ou tutores costumam preocupar-se suficientemente para que isso ocorra e, na maioria dos casos, estão devidamente dispostos a despende a soma necessária para tal fim [...] (RN II, 1983, p. 214-215).

Smith assegura que o Estado, com gastos muito pequenos, pode facilitar, encorajar e até mesmo impor a quase toda a população a necessidade de aprender os pontos mais essenciais da educação, isto é, ler, escrever e calcular. Em seu entendimento, “se se ensinasse os rudimentos da geometria e da mecânica, a educação literária dessa classe popular talvez fosse a mais completa possível”. Para realizar esse fim, o Estado pode facilitar essa aprendizagem elementar criando em cada distrito uma pequena escola, onde as crianças possam ser ensinadas pagando tão pouco que até mesmo um trabalhador comum teria condições de arcar com este gasto, sendo o professor pago em parte, e não totalmente, pelo Estado (RN II, 1983, p. 215). Para Smith a educação pode ser de fundamental importância na determinação da divisão do trabalho, por isso não pode haver negligência por parte dos professores, que recebendo suas gratificações totalmente do Estado tendem a isentar-se do cumprimento das suas responsabilidades.

Como exposto acima todas essas obrigações geram gastos irrisórios para o governo. Nesse sentido, pode-se dizer que, no contexto do século XVIII, o modelo liberal foi bem recebido como uma proposta alternativa de Estado devido, sobretudo, à sua viabilidade prática. Contudo, vale lembrar que a teoria política liberal que sucedeu à versão contratualista, e que, portanto, quer-se assentar sobre bases empíricas, está alicerçada sobre uma teoria econômica. Por isso, respondia aos problemas específicos do crescimento econômico na sociedade europeia quando da transição do feudalismo para o capitalismo, não visando impor-se como uma teoria do Estado universal. Aspirar que todas as questões sociais contemporâneas fossem



contempladas nas reflexões desses autores é, portanto, incorrer apenas em um crasso anacronismo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com a perspectiva liberal, o Estado deve desempenhar uma atuação mínima no que concerne às questões econômicas. De fato, ele deve se ocupar de criar as condições propícias para o desenvolvimento das forças produtivas. Isso implica direcionar maiores investimentos para a infraestrutura, como a construção de estradas, portos, pontes, canais navegáveis, instalações de centrais de energia etc. Ademais deve promover a manutenção da ordem social e, sobretudo, salvaguardar os direitos fundamentais dos indivíduos, com especial destaque para a garantia do usufruto da propriedade privada.

Atualmente, tem-se discutido a necessidade de maior participação do Estado na atenuação dos contrastes sociais. Diz-se que cabe ao Estado criar políticas de inclusão social voltadas para atender aos anseios daquelas parcelas da população que historicamente foram excluídas das políticas públicas. Nesse sentido, o Estado Liberal é muitas vezes acusado não somente de ser negligente para com as questões sociais, mas também de ser responsável pela manutenção do *status quo* de alguns indivíduos através da repressão da lei.

Nosso objetivo foi mostrar que nas circunstâncias históricas em que o Estado Liberal foi concebido eram impensáveis os problemas dessa magnitude, pois até o último quartel do século XVIII, quando da publicação de *A Riqueza das Nações*, ainda não eram visíveis nitidamente os efeitos nefastos das rupturas provocadas pela Revolução Industrial.

Além disso, visto que as teorias políticas contratualistas haviam gerado mais polêmicas do que resolvido a questão acerca da origem do governo, Hume e Smith intentaram apenas propor novos fundamentos para explicar a existência do governo, definindo suas áreas de atuação, bem como posicionando-se com relação ao debate em voga envolvendo os mercantilistas e os fisiocratas quanto à melhor forma de governo no que diz respeito à promoção do crescimento econômico.



No entendimento desses autores, o ouro e a prata não eram a base da riqueza das nações. Portanto, não faziam sentido as políticas protencionistas apregoadas pelos mercantilistas. Ademais eles apregoavam que a não intervenção do Estado nas questões econômicas promoveria de fato a ampliação das atividades comerciais. Por isso, o pensamento liberal restringiu o raio de atuação do Estado ao estabelecimento da ordem social como premissa básica para o crescimento econômico, propondo um modelo de Estado alternativo ao absolutismo monárquico.

REFERÊNCIAS

- ARTHMAR, Rogério. Hume, Smith e as etapas da sociedade comercial. **Anais do 41º Encontro Nacional de Economia ANPEC**. Disponível em <http://www.anpec.org.br/novosite/br/encontro-2013#AREA_1>. Acesso em: 20 fev. 2014.
- BRANDÃO, Assis. O Estado de Natureza e o Contrato em Hobbes. **Perspectiva Filosófica**, n. 25, jan./jun. 2006. p. 34. Disponível em: <http://www.ufpe.br/ppgfilosofia/images/pdf/pf25_artigo20001.pdf> Acesso em: 22 fev. 2014.
- CHEVALLIER, Jean Jacques. **As grandes obras políticas: de Maquiavel a nossos dias**. 6 ed. Rio de Janeiro: Agir, 1993.
- HARDIN, Russell. **David Hume: moral and political theorist**. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- HOBBS, Thomas, **Leviatã ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- HUME, David. **Ensaio morais, políticos & literários**. Rio de Janeiro: Liberty Fund: Topbooks, 2004.
- LOCKE, John, **Carta acerca da tolerância: Segundo tratado sobre o Governo Civil; Ensaio acerca do Entendimento Humano**. Tradução de Anoar Aixer e E. Jacy Monteiro. 2. ed. São Paulo: Abril Cultura, 1978. (Os pensadores).
- NAPOLEONI, Claudio. **Smith, Ricardo e Marx**. 6. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1988.
- RODRIGUES, Cláudio E. **O problema da agência moral e política na filosofia de David Hume**. São Carlos: UFSCar, 2010. 236 f. Tese (Doutorado) -- Universidade Federal de São Carlos. p. 17. Disponível em: <<http://www.dfmc.ufscar.br/uploads/publications/4f048d21cbc3a.pdf>> Acesso: 22 fev. 2014.
- SMITH, Adam. **A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas**. Tradução de Luiz João Baraúna - São Paulo: Abril Cultural, II Vol. 1983. (Economistas).



A CULTURA (NEO)LIBERAL E A EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO AMBIENTAL¹

(NEO)LIBERAL CULTURE AND THE EFFECTIVENESS OF ENVIRONMENTAL JURISDICTION

Lorenice Freire Davies²

Resumo

A problemática desse estudo consiste na atual crise da jurisdição ambiental, assentada no paradigma economicista insustentável e não fundamentada na solidariedade. Pois, o sistema judicial moderno, atrelado à economia de mercado e imerso no contexto neoliberal, despolitiza as questões sociais, promovendo alienação e dessimbolização, de modo que as estratégias da modernidade escondem o real objetivo de servir a essência do direito e da justiça. Dessa forma, pergunta-se, como se pode chegar à efetividade da jurisdição sustentável? Como considerações finais, destaca-se, a fim de efetivar a construção das decisões processuais, a necessidade de sedimentá-las no princípio da solidariedade e nas multidimensões da sustentabilidade, com um novo paradigma, que contemple respostas mais eficazes para as complexas questões do ambiente mundial globalizado.

Palavras-chave: Decisão; Hermenêutica filosófica; Jurisdição Ambiental.

Abstract

The problem of this study is in the current crisis of environmental jurisdiction, seated in unsustainable economic paradigm and not grounded in solidarity. The modern judicial system, linked to the market economy and immersed in the neoliberal context, depoliticizes social issues, promoting alienation and loss of meaning, so that the strategies of modernity hide the real purpose of serving the essence of law and justice. Thus, the question becomes, how can one achieve the effectiveness of sustainable jurisdiction? In conclusion, the paper emphasizes that, in order to carry out the construction of procedural decisions, the need to base them on the principle of solidarity and the multiple dimensions of sustainability with a new paradigm that includes a more effective response to the complex issues of the global environment globalized.

Keywords: Decision; Philosophical hermeneutics; Environmental jurisdiction.

¹ Artigo recebido em 21/10/2014, pareceres submetidos em 14/11/2014 e 20/11/2014 e aprovação comunicada em 26/11/2014.

² Mestranda em Direito - PPGD/UFSM. E-mail: <loryfreire1@hotmail.com>.



1 INTRODUÇÃO

O atual sistema jurídico-constitucional é caracterizado pela complexidade oriunda do contexto entre o positivismo e o pós-positivismo, onde o Direito puro de Kelsen não mais tem aplicabilidade. Pois, não há reciprocidade entre as necessidades da população e o Estado, o qual não consegue atender às condições do que é essencial para a dignidade da pessoa humana e sua sobrevivência digna.

É nesse desiderato mundo das transformações, que se encontra o Direito. Direito esse, que se analisado semanticamente, pode ser subjetivado em “subprocesso”. No que tange ao processo civil, visualiza-se uma jurisdição sequelada e solitária, que não atende, como outrora, as demandas conflituosas da sociedade globalizada, especificamente, àquelas relacionadas as questões do meio ambiente. Quiçá, a observância dos princípios norteadores do respeito aos direitos humanos.

Com bases neste cenário, o presente estudo insere-se em uma proposição de cariz hermenêutica filosófica e, nessa premissa, pretende demonstrar a importância da hermenêutica à reconstrução do ordenamento jurídico especialmente no que se refere à problemática da decisão. Parte-se da premissa que “o intérprete não é mais um mero pesquisador que está se apresentando, mas ele é ouvinte ou leitor, e, com isso, está envolvido com um elo de sentido participante”. (GADAMER, 2007, p. 182)

Assim, relevante é saber quais são as implicações da hermenêutica no Direito, em especial, na decisão judicial, bem como, desvelar as especificidades hermenêutico-filosóficas na ordem jurídico-constitucional sustentável, tentando-se assim, efetivar a conversação entre ordenamento jurídico-constitucional e a linguagem.

Em uma modernidade marcada pela desleitura do Direito, baseada em métodos incolores, emerge a hermenêutica-filosófica. Trata-se de uma concepção de rompimento com o positivismo jurídico.



Além disso, a hermenêutica filosófica possibilita o abandono a um dos principais problemas do positivismo jurídico, ou seja, o das respostas a serem dadas antes mesmo de formuladas as perguntas abarcadoras no historicismo.

Desse modo, no presente artigo, a metodologia é vislumbrada por meio da visão hermenêutica filosófica, uma vez que parte-se da hipótese de que a constituição possui um significado complexo para a sustentabilidade como um princípio normativo de aplicabilidade ampla em várias searas da ordem constitucional democrática. Assim sendo, utiliza-se o método dedutivo de abordagem, por meio da pesquisa bibliográfica e da matriz hermenêutica filosófica.

Primeiramente, analisar-se-á a relação entre hermenêutica, linguagem e direito, inserindo-se a problemática processual arraigada na discricionariedade do magistrado, no âmbito do processo civil brasileiro. No segundo momento, a exposição consiste nas contribuições da hermenêutica filosófica gadameriana no ordenamento jurídico nacional. Por fim, aspectos da decisão no processo civil e o protagonismo da Constituição na perspectiva da sustentabilidade.

Busca-se a quebra de fronteiras entre uma prática processual desvinculada da realidade social vigente, privilegiando-se o florescer de uma atuação jurisdicional condizente com os anseios da sociedade globalizada e carente de tutela efetiva de toda ordem.

Faz-se efetiva a reconfiguração do sistema processual civil brasileiro, possibilidade abarcada pela hermenêutica filosófica. Caminho esse, que será condizente com as decisões judiciais inseridas no Estado Democrático Constitucional, sedimentadas em uma nova visão, em um novo colorir de horizontes, em uma nova realidade paradigmática, que se quer justa e repleta pela concretização do direito à tutela jurisdicional efetiva.

2 A CRISE DA JURISDIÇÃO E A INFLUÊNCIA DA CULTURA (NEOLIBERAL) DE MERCADO

A questão da crise da jurisdição se manifesta quando, em pleno século XXI, ainda se crê que ao juiz incumbe à busca do desvelamento da essência (aristotélica) da controvérsia, onde a verdade em processo será alcançada a partir da



correspondência entre a sua consciência e o objeto que está a investigar. Isso tudo através do método da demonstração, do reducionismo puro e sem a interdisciplinaridade entre as várias multidimensões da sustentabilidade.

Na modernidade, a decisão jurisdicional caracteriza-se pela atividade meramente declaratória, para encontrar o sentido e significado da lei, o que é unívoco. Porém, essa é uma postura que contraria o Estado Democrático de Direito, porque instiga a sua própria não implementação e demais garantias constitucionais.

Assim, urge a necessidade de se construir um novo paradigma jurídico-interpretativo substancial, norteado pela interpretação constitucionalmente sistemática, na expectativa de que a decisão supere o legado individualista (histórico) e seja capaz de fornecer respostas mais adequadas, justas e eficazes para os conflitos transindividuais e complexos da sociedade atual, entre eles as questões ambientais.

Consoante a isso, destaca-se a Constituição Cidadã, repositório de direitos fundamentais de minorias, deve prevalecer na defesa contra pretensões da maioria, pretensões essas abarcadas pela ditadura economicista da modernidade (DIERLE, 2011, p. 33).

Assim, toda decisão jurisdicional deve ser percebida em sua perspectiva democrática e garantidora de direitos fundamentais, permitindo, de um lado, uma blindagem (limite) às atividades equivocadas das partes, advogados e juízes e, de outro, garantir a participação e influência de todos os envolvidos e de seus argumentos nas decisões formadas. O processo deve garantir a implementação de direitos, especialmente, fundamentais (DIERLE, 2011, p. 38).

É nesse viés que as questões ambientais, em face de sua complexidade, devem ser protagonizadas por uma nova jurisdição, inaugurando-se uma perspectiva que prime pela participação de todos os atores sociais, que participam do processo e da formação das decisões. Ou seja, considerando-se, não apenas as questões do mercado, sociais, políticas, mas em interação com as demais, de forma que atuem em sedimentos multidisciplinares.

Dessa forma, a hermenêutica contribui como condição de possibilidade para auferir respostas concretamente adequadas a cada caso, bem como garantir e



efetivar os direitos sociais, os quais, em regra, foram esquecidos devidos à força gananciosa do mercado. Ou seja, a jurisdição de um Estado Democrático de Direito acontece, efetivamente, faz-se presente quando os direitos e as garantias fundamentais assumem o seu lugar na roupagem mundana nas esferas jurídicas e sociais.

Para falar em hermenêutica, é impossível partir de uma estaca semântica zero, isto é, onde as coisas são acessíveis em si mesmas, pois como expressa Gadamer, “tudo isso é um diálogo infinito que sempre se reinicia novamente e sempre emudece uma vez mais, sem jamais encontrar um fim” (GADAMER, 2007, p 111).

A Constituição deve transcender o lugar de carta política, de meras intenções e tantas omissões, passando a ter efetiva conduta de ação. Com base nessa, a decisão passa a ter uma nova consideração, que parte do caso concreto, reconhecendo as complexidades das questões ambientais, o que faz eficaz a integridade e a coerência do direito.

Assim, a decisão em sede de direito ambiental, passa a efetivar as políticas públicas, indo ao encontro à coerência e integridade exigidas pelo Estado democrático de direito que em sua efetiva essência, prima pelo reconhecimento dos direitos humanos e fundamentais (ISAIA, 2012, p. 106).

Verifica-se a importância da hermenêutica, a qual aposta na Constituição como instância de autonomia do direito para delimitar a transformação das relações jurídico-institucionais, protegendo-as do constante perigo da exceção (STRECK, 2011, p. 79).

Assim, observa-se a necessidade de que a jurisdição atue com coerência e integridade necessárias para assegurar uma condição de igualdade aos casos submetidos a seu crivo, referentes à solução de conflitos, que reconheçam as questões coletivas, entre essas, a questão ambiental que vem sendo degradada, sacrificada pela leitura e análise descolorida da lei.

Essa realidade muito ocorre quando a decisão é pautada na hermenêutica jurídica enquanto (apenas) um instrumento desvelador de sentidos, onde esses não estão nos textos legais, mas são inseridos pelo intérprete, o qual, numa ‘linguagem



gadameriana', norma e texto entendido a partir da pré-compreensão da Constituição e de sua condição de 'ser-no-mundo', o que evidencia a hermenêutica crítica no instante da interpretação-aplicação do direito (ISAIA, 2012, p. 169).

Corroborando-se a isso, a observância da interpretação e da aplicação constitucional eficaz, funciona como um elemento de protagonismo da vida moral, social e política cidadã, onde a dimensão política ganhará um sentido mais amplo, transformando-se numa possibilidade de debates entre a comunidade, cabendo à decisão primar pelos princípios que norteiam as multidimensões da sustentabilidade e solidariedade.

A crise atual da jurisdição perpassa pela economicidade da vida. Nessa perspectiva, para Karl Marx a vida gira em torno das mercadorias, de modo que, para o proprietário, a mercadoria que possui não tem nenhum 'valor-de-uso' direto. Do contrário, não a levaria ao mercado. Ela tem 'valor-de-uso' para outros. Para ele (proprietário), só tem diretamente um 'valor-de-uso', o de ser depositária de valor e, assim, meio de troca. Por isso, quer aliená-la por mercadoria cujo 'valor-de-uso' lhe satisfaça (MARX, 2011, p.110).

Dinheiro é mercadoria (universal), constitui, assim, uma descoberta apenas para o que analisa sua forma acabada e perfeita, tomando-a como ponto de partida. O processo de troca dá à mercadoria que transforma e dinheiro, não o valor dela, mas sua forma específica de valor (MARX, 2011, p. 115).

A atual racionalidade econômica engendrou a ciência moderna como dominação da natureza, bem como produziu a economização do mundo e implantou a lei globalizadora do mercado, por meio do sistema capitalista.

A globalização econômica e o discurso dominante da sustentabilidade, em sua esquizofrenia discursiva e sua cegueira institucionalizada, desvalorizam estes esforços por construir um saber que integra conhecimentos e valores. O conhecimento, como uma forma de relação com o mundo, foi cooptado pelo interesse prático; o saber se reduz ao propósito de resolver os problemas ambientais por meio de instrumentos tecnológicos e econômicos (LEFF, 2006, p. 187).

Com isso, presentes se fazem as implicações insustentáveis nas multidimensões da sustentabilidade, de modo que, conforme Freitas, a



sustentabilidade prescreve que o progresso material não pode sonegar o imaterial, nem o curto prazo pode ocorrer à custa do longo prazo (FREITAS, 2012, p. 53).

Na compreensão do autor Juarez Freitas sobre 'sustentabilidade como valor constitucional', conforme o constante no preâmbulo do texto constitucional, o desenvolvimento como um dos valores supremos, deve-se "tingir pelas cores éticas (ambientais, sociais e econômicas)", de modo que, "qualquer acepção unilateral ou unidirecional resulta em manifesto desacordo com as linhas mestras da Lei Maior" (FREITAS, 2012, p.109-111).

Conforme o autor Enrique Leff, tem-se uma tentativa equivocada de reconciliar dois aspectos contraditórios da dialética do desenvolvimento, na percepção do meio ambiente e do crescimento econômico (LEFF, 2009, p. 239).

Pois, depois que se começou usar o adjetivo 'sustentável' de forma consoante, a sua banalização faz com que o termo acabe sendo muito usado para qualificar um crescimento econômico não passageiro, nem instável, nem oscilante. Ou ainda, para afirmar a possibilidade 'de crescer sem destruir'. E nesse conflito, a sustentabilidade pressupõe conciliar os objetivos, visto que são interesses conexos. (VEIGA, 2005, p.189).

No âmbito da dimensão econômica da sustentabilidade, sob o enfoque da jurisdição insustentável, destacam-se implicações no sentido de não ocorrer eficiência e equidade, com a dicotomia entre o público e o privado.

A natureza não pode ser vista como simples capital e a regulação estatal se faz impositiva para coibir o desvio comum dos adeptos do fundamentalismo voraz de mercado, que ignoram a complexidade do mundo natural (FREITAS, 2012, p. 66).

Assim sendo, é necessário pensar em alternativas para superar o paradigma dominante da economicidade em rumo a atingir perspectivas condizentes à transformação da jurisdição, conforme apresenta-se a seguir.

3 CONTRIBUIÇÕES DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA AO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Na construção da decisão adequada para o caso concreto, o desafio hermenêutico da jurisdição não pode ser mais um singelo exercício de subsunção do



fato à norma, mas sim uma intensa atividade de construção e ponderação, participativa e dialética, que considera os imprescindíveis aportes cognitivos transdisciplinares e que projeta cautelosamente os efeitos e as consequências da decisão numa perspectiva de futuro. Ou seja, na decisão, as alternativas não estão mais entre o seguro e o inseguro, mas entre opções, com vantagens e desvantagens entre si. (VARELLA, 2005, p. 225)

Conforme Bodnar e Cruz, o compromisso do Direito não mais se resume a garantir âmbitos de liberdade e a equacionar a igualdade formal entre os seres humanos. Não há mais previsibilidade nas ações e comportamentos e nem certezas quanto aos fatos e variáveis intervenientes nos processos de tomada de decisão, ou seja, necessita-se do imprescindível aporte de outros saberes para bem compreender os problemas e para gerir de forma consequente o futuro. Afinal, a finalidade da norma, tanto a editada pelo legislador como a criada para o caso concreto pela jurisdição, ainda tem sido predominantemente a imposição coercitiva de comportamentos, os quais também produzem alterações no entorno e novas situações de risco sistemático e sinérgico. Isso tanto na perspectiva ecológica como também cultural. Nesse agir comunicacional reflexo, e também considerando a dinâmica dos fatos e a velocidade dos acontecimentos, haverá provavelmente uma defasagem contínua da norma idealizada quer seja pelo legislador ou pelo julgador. (CRUZ; BODNAR, 2011, p. 75).

O campo de atuação da hermenêutica judiciária ambiental caracteriza-se, não apenas pela intensidade das colisões, mas pela quantidade de direitos fundamentais implicados, circunstâncias essas, que também exigem especialização, ou seja, o desenvolvimento de uma hermenêutica própria.

Na atividade de cognição, a ser exercida pelo magistrado no momento da avaliação dos danos, deverão ser analisados criteriosamente não apenas os danos, mas principalmente o comportamento lesivo. A realização substancial da justiça, na perspectiva preventiva, e com propósitos de uma justiça que transcendem ao caso concreto, deve objetivar exatamente a melhora contínua do comportamento humano em relação à natureza em uma perspectiva de futuro e, não apenas, a focalização da análise dos danos já consumados e, muitas vezes, irreversíveis, ou seja, deve-se



efetivar o julgamento com fulcro no futuro e não na historicidade já fracassada passada.

Pois, qualquer ação que objetiva a reparar danos já consumados é, de certo modo, uma história deperdas, pois indica a falta ou insuficiência de educação, conduta ética, medidas preventivas, dentre outras políticas públicas que poderiam ter evitado o advento da lesão ao ambiente.

A hermenêutica de cariz filosófica assume intensa importância no discurso jurídico processual civil da pós-modernidade, tendo muito a contribuir na tentativa da libertação do pensamento jurídico substanciado na filosofia de cariz cartesiano.

Nesse contexto, têm-se as contribuições de Gadamer e de sua hermenêutica da faticidade', a qual prima pela utilização da linguagem como condição interpretativa do fato e a aplicação do direito. (DUQUE-ESTRADA, 2006, p. 371).

Soma-se a isso, o reconhecimento da historicidade da compreensão na ordem jurídica processual. Pois, ordem jurídica encontra-se, intrinsecamente, ligada ao historicismo atemporal, que vem ao encontro às acepções propostas pela interpretação e compreensão hermenêutica.

A historicidade do compreender assume a dimensão substantiva a partir da teoria de Gadamer, ao contrário do caráter adjetivo posto em *Ser e Tempo* de Martin Heidegger, pois,

[...] Heidegger somente se ocupou da problemática da hermenêutica histórica e da crítica histórica para a partir daí desenvolver a pré-estrutura o compreender, com intenção ontológica. Nós seguimos, no sentido inverso, os passos da questão de como a hermenêutica [...] pode tornar-se capaz de fazer justiça à historicidade do compreender. (DUQUE- ESTRADA, 2006, p. 371)

Nesse entendimento, a hermenêutica-filosófica emerge através da linguagem, determinando a compreensão e o objeto hermenêutico. Ainda, constituindo o fazer jurídico-processual, relacionando passado e presente, especificamente, no desabrochar das decisões judiciais no âmbito do Direito Processual Civil Pátrio.



É através da hermenêutica-filosófica que se pode chegar a uma nova forma de compreensão da ordem jurídica processual civil, quanto ao processo de tomada de decisão nos Tribunais Pátrios.

A historicidade aflora como um princípio de compreensão, ou seja, a consciência histórica adquire status de princípio hermenêutico, “[...] que antecipa e constitui todas as nossas tomadas de consciência. É o que Gadamer pretende expressar com o seu conceito de consciência histórica ou consciência dos efeitos históricos”. (DUQUE-ESTRADA, 2006, p. 371).

Dessa forma, a historicidade do compreender, princípio hermenêutico na filosofia de Gadamer, tem a função de instância basilar de compreensão, já que a história goza de um status maior de “ser” que de “consciência”, impregnando a substância histórica do próprio ser. Nas palavras de Gadamer, “entendemos por consciência histórica o privilégio do homem moderno de ter plena consciência da historicidade de todo presente e da relatividade de toda opinião”. (GADAMER, 2002, p. 20).

Verifica-se que em processo civil, busca-se fornecer uma resposta ao fato submetido a juízo e, sendo relevante nesse cenário, a atribuição de sentido. Desse modo, importa é buscar o significado do fato que carece de atribuição de conteúdo. Conforme entende Gadamer, “fato é antes um conceito hermenêutico, ou seja, algo sempre referido a um contexto de suposições ou expectativas, a um contexto de compreensão inquiridora de tipo complicado”. (GADAMER, 2002, p. 17).

Nesse leme, compreender não é um simples agir do sujeito, mas um modo de ser que se dá de forma intersubjetiva no mundo empírico, na faticidade e na historicidade do ser. Portanto, não há cisão entre interpretação e aplicação, pois, interpretar é aplicar, o que se dá numa simbiose única de circularidade hermenêutica.

As relações interdependentes e inter-relacionais entre tradição, compreensão e pré-compreensão foram delineadas por Hans-Georg Gadamer:

A compreensão implica sempre uma pré-compreensão que, por sua vez, é prefigurada por uma tradição determinada em que vive o intérprete e que modela os seus preconceitos. Assim, todo encontro significa a ‘suspensão’ de meus preconceitos, seja o encontro com uma pessoa com quem aprendo a minha natureza e os meus limites, seja com uma obra de arte (‘não há um



lugar em que não possa ver-te, deves mudar a tua vida') ou com um texto. (GADAMER, 2002, p.13).

Nessa definição, o ato de interpretar é conferir sentido a uma atividade, interpretar é compreender na essência do significado, pois o próprio ato de interpretar pressupõe que o “objeto” a ser interpretado cumpra um desiderato e uma finalidade.

Assim, o Direito não é construído a partir de um caminho pré-definido, que caminha entre a abstração à concretude. O Direito é construído, em nossa visão, na concretude, na faticidade e na historicidade do ser, sem qualquer tipo de partição procedimental, pois, como disse Gadamer:

[...] na medida em que Heidegger redesperta a questão do ser, ultrapassando assim a toda a metafísica tradicional – e não somente o seu ponto mais alto no cartesianismo da ciência moderna e da filosofia transcendental –, ele alcança uma posição fundamentalmente nova frente às aporias do historicismo. (GADAMER, 2002, p. 13).

O conceito da compreensão já não é mais um conceito, exclusivamente, metodológico. A compreensão não é, tampouco, fundamentar de forma hermenêutica as ciências do espírito, uma operação posterior e na direção inversa, que segue o impulso da vida rumo à realidade. Compreender é o caráter ontológico original da própria vida humana.

Destarte, a norma é construída mediante um processo hermenêutico, compreensivo e desenvolvido pelo intérprete na linguagem, a qual norteia e possibilita a compreensão, onde a interpretação efetiva-se não como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas sim, em um ato de decisão que constitui a significação e os sentidos de um texto.

Assim sendo, isso implica que nenhum intérprete pode pretender reconstruir a intenção do legislador sem assumir que a sua própria pré-compreensão faz, por sua vez, parte desse processo interpretativo, produzindo a cada nova leitura um novo sentido. No entendimento de Gadamer:

A verdade de um texto não estará na submissão incondicionada à opinião do autor nem só nos preconceitos do intérprete, senão na fusão dos horizontes de ambos, partindo do ponto atual da história do intérprete que



se dirige ao passado em que o autor expressou-se. O intérprete não realiza apenas uma atividade 'reprodutiva' do texto, senão que o atualiza de acordo às circunstâncias do momento, por isso fala-se do seu labor produtivo. (GADAMER, 2002, p. 18).

É preciso proceder com muita cautela no processo hermenêutico, tendo em vista que o senso comum teórico tende a oferecer fórmulas prontas de subsunção para que ao intérprete restasse apenas aplicá-las, como se houvesse uma verdade universal oferecida pelo pensamento dominante. Ou então, como se a interpretação somente ocorresse em um único momento *a priori* a norma já viesse pronta para que o intérprete a aplique.

A linguagem é primariamente o mundo interpretado pelo homem, é o acontecimento interpretativo da realidade, oferecendo o meio de universalizar a razão histórica, estética ou jurídica, isto é, o meio de aceder a uma teoria geral da interpretação. Nesse ínterim, reside a importância da teoria de Gadamer para auxiliar o Direito, sendo esse uma ciência social e sedenta de dinamicidade.

Nesse sentido, a importância do estudo da teoria hermenêutica jurídica de Gadamer é fundamental para a análise da nova visão do Direito contemporâneo, uma vez que permite uma aplicação mais justa do Direito. Ademais, entender e compreender um texto é um modo de contribuir à cultura da humanidade e até mesmo a auto compreensão do próprio indivíduo. Feitas essas considerações, a proposta a seguir é analisar o protagonismo da Constituição rumo à sustentabilidade no âmbito do processo civil brasileiro.

4 AS DIMENSÕES DA JURISDIÇÃO AMBIENTALNA PERSPECTIVA DA SOLIDARIEDADE E DA SUSTENTABILIDADE

A efetividade abarca o acesso aos mecanismos de resolução dos conflitos, bem como o bem estar da coletividade, isto é, a efetividade das decisões e das medidas apropriadas ao caso concreto, bem como das aspirações legítimas da coletividade por justiça, ou seja, no conteúdo material e na efetividade das decisões e medidas adotadas.

Nesse cenário, fundamenta-se no princípio da solidariedade e sustentabilidade, princípios esses estruturantes da jurisdição. Na modernidade, a



decisão jurisdicional caracteriza-se pela atividade puramente declaratória, para encontrar o sentido da lei, apenas. Porém, é uma postura que contraria o Estado Democrático de Direito, porque implica em fazer perecer a sua própria implementação, bem como as demais garantias constitucionais.

Toda decisão jurisdicional deve ser percebida em perspectiva democrática e garantidora de Direitos Fundamentais, permitindo, de um lado, uma blindagem (limite) às atividades equivocadas das partes, advogados e juízes e, de outro, garantir a participação e influência de todos os envolvidos e de seus argumentos nas decisões formadas. O processo deve garantir a implementação de direitos, especialmente, fundamentais. (NUNES, 2011, p. 38)

O Estado, emergindo como o ator principal (único e detentor de todas as formas de soluções) caracteriza o artifício, no qual as decisões, politicamente, importantes são tomadas, ganhando tamanho vulto que acaba por sufocar a existência do indivíduo.

Portanto, decidir não é atribuir o sentido que convém ao intérprete, nem tão pouco aplicar as decisões judiciais na forma discricionária e soberano dos juízes e tribunais, por vezes, mascaradas pelas decisões judiciais vazias quanto a relevância de observar o bem da coletividade.

Nesse sentido, a lei não pode ser o que o intérprete quer que ela seja, mas sim vinculada a uma atividade eminentemente interpretativa, de forma a iluminar a solução diante do caso em questão, bem como a situando no contexto social em que está inserida. É nesse rumo que contribuem as palavras de Gadamer:

É preciso interpretar, pois é preciso compreender. Interpretar e compreender, isso significa dizê-lo com as minhas próprias palavras. É por isso que a tradução é o modelo de interpretação, pois traduzir força-nos não somente a encontrar uma palavra, mas reconstruir o sentido autêntico do texto num horizonte lingüístico novo; uma tradução verídica implica sempre numa compreensão que podemos explicar. (GADAMER, 2002, p. 45).

Para isso, emergente é aportar-se na hermenêutica de cariz filosófica, tendo em vista que por meia desta, possam-se satisfazer as sequelas do nosso tempo. Tempo que a muito já vem 'seco' e estarecido pela 'opressão das individualidades'.



A hermenêutica significa, em primeiro lugar, uma práxis relacionada a uma arte. A arte, em questão aqui, é a arte do anúncio, da tradução, da explicação e interpretação, que inclui naturalmente a arte da compreensão que lhe serve de base e que é sempre exigida quando o sentido de algo se acha obscuro e duvidoso. (GADAMER, 2002, p. 111)

A partir desse universo semântico, o atual estágio do direito determina uma transformação no seu modo de ser o qual passa a ser pensado por meio dos valores ambientais e da solidariedade.

Um dos desafios da jurisdição na atualidade, manifesta-se como um grande embate, ou seja, o auxílio na manutenção e preservação ambiental, o que pode ser conquistado através da construção de uma visão global a partir do princípio da solidariedade.

Assim, a solidariedade como princípio jurídico e estrutural pode ser o referencial axiológico em rumo a efetivação de uma nova ética para a convivência pacífica do ser humano na Terra. Ou seja, trata-se de um dever fundamental e ecológico, sendo importante fator de manutenção de vínculos consistentes com o futuro, possibilitando, então, a proteção das futuras gerações.

A solidariedade contempla um substrato ético, enquanto valor fundamental para a organização e para a harmonia das relações entre os seres humanos, o entorno e o porvir. A eticidade não compreende só leis, instituições e conceitos éticos, mas também concepções, princípios ou ideais de vida que dão sustentáculo às leis, instituições e conceitos e que se vinculam a uma cultura (COLL, 2001, p. 05).

Martín Mateo, nesse mesmo sentido, destaca que a solidariedade é um condicionamento, não só de elementares e considerações morais, mas condição para o desenvolvimento sustentável, sob pena de os nossos descendentes terem dificuldades progressivas para assimilar o legado ambiental e os riscos sociais que lhes transmitiremos. (MARTÍN MATEO, 2002, p. 57.)

Seguindo os rumos da solidariedade, emerge também o princípio da sustentabilidade, que vislumbrado como princípio jurídico a partir de suas dimensões ecológica, social, econômica e política-jurídica e, como um imperativo ético tridimensional, implementa também a proteção e o cuidado com as futuras gerações em sintonia com a natureza.



Ademais, Edith B. Weiss, explica que o compromisso assumido na ECO 92, quanto ao desenvolvimento sustentável foi, inerentemente, intergeracional e defende a tese de que cada geração recebe um legado natural e cultural como fideicomisso das gerações anteriores, para que por sua vez seja transmitida às futuras gerações. Esta relação impõe obrigações planetárias para cada geração e também brinda certas gerações com direitos também planetários. O que se pode denominar de solidariedade intergeracional, efetivando assim a jurisdição ambiental na medida que atinge consecução da justiça na perspectiva social e ecológica, ou seja, ao acesso a uma ordem pública ambiental justa nas perspectivas difusa, transgeracional e global. (WEISS, 1999, p. 40).

Da mesma forma, para o autor Juarez Freitas “de fato e de direito, a sustentabilidade é, princípio fundamental que gera novas obrigações e determina, antes de mais nada, a salvaguarda do direito ao futuro [...]”. (FREITAS, 2012, p. 54).

Acredita-se que o maior desafio da decisão processual é pensar a sustentabilidade na sua forma multidimensional. Pois, entender que sustentabilidade é multidimensional, significa considerar o bem-estar de igual forma multidimensional.

Para consolidar a sustentabilidade, nesses moldes, indispensável é cuidar do ambiental, sem ofender o social, o econômico, o ético e o jurídico-político. Assim, todas essas dimensões entrelaçadas compõe o quadro das categorias que formam a sustentabilidade como princípio constitucional e como valor. (FREITAS, 2012, p. 56).

A dimensão ambiental da sustentabilidade trata-se do direito das gerações atuais, sem prejuízo das futuras e remete ao ambiente limpo, em todos os aspectos, ou seja, como expressa a terminologia do ‘meio ambiente ecologicamente equilibrado’, conforme o disposto no artigo 225 do texto constitucional de 1988.

Assim, não pode haver qualidade de vida e longevidade sem que se possa desfrutar de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, e não haverá vida humana se o mesmo não for preservado. (FREITAS, 2012, p. 65).

Nessa perspectiva reside a relevância das decisões “sustentáveis” que, nesse contexto, manifestam a responsabilidade do Estado na concretização da sustentabilidade e da proteção ambiental. Isto é, Estado Socioambiental de Direito, entendido como aquele que respeita todas as formas de vida e o meio ambiente,



bem como a dignidade humana, a fim de preservar a vida e o Planeta para as futuras gerações. (FREITAS, 2012, p. 86).

A sustentabilidade encontra nesse modelo o seu grande desafio, ou seja, para além de uma mudança conceitual, interpretativa. Para a sua verdadeira compreensão, exige-se uma mudança “mental” da sociedade, que para sair dessa ‘rotina’ sem limites, deve transformar-se de uma “sociedade de conhecimento para uma sociedade de autoconhecimento”. (FREITAS, 2012, p. 25).

A partir desse conceito instituído pelo constitucionalismo, entende-se que seja possível reconfigurar as decisões, enaltecendo a democracia e compreendendo-se o Direito hermeneuticamente. É o que expressa Gadamer, no sentido de que “fazer hermenêutica é produzir sentido, atribuir sentido ao texto e nesse trabalho de produção de sentido, o jurista deve levar em conta a Constituição, a sua carga eficaz principiológica” (GADAMER, 2005, p. 105).

Trata-se de abrir espaço ao verdadeiro papel assumido pelo interprete, ou seja, interagir dentro do processo de forma concreta, evidenciando as questões da complexidade social. Desse modo, é necessária a redefinição do papel do processo e dos próprios sujeitos processuais para além do dogma do protagonismo das partes ou do juiz, inaugurando uma perspectiva a fim de considerar-se os valores ambientais, bem como intergeracionais.

A redefinição se justifica pelo fato de que na modernidade, a atuação jurisdicional abarca processos multifacetados (envolvendo a litigância de questões ambientais, especificamente para esse estudo), com vários atores sociais, necessitando-se abarcar a coletividade de forma eficaz.

Em vista disso, Canotilho corrobora no mesmo sentido, ou seja, de que é tempo de considerar a sustentabilidade como elemento estrutural típico do Estado que hoje designamos Estado Constitucional. Mais do que isso, a sustentabilidade configura-se como uma dimensão auto compreensiva de uma constituição que leve a sério a salvaguarda da comunidade política em que se insere. (CANOTILHO, 2010, p. 8).

É assim que a decisão poderá ser reinventada, calcada no mundo do ‘significante’ e ‘significado’, com base no princípio da solidariedade, na



sustentabilidade e em suas multidimensões. Isto é, a decisão processual a partir de características multidimensionais indissolúveis, que considere as dimensões social, ambiental e econômica e que inclua a dimensão jurídica e política, uma vez que se trata de princípio constitucional gerador de novas obrigações, assim como sua dimensão ética. (FREITAS, 2012, p. 24).

De outro modo, sendo o contrário, tem-se enfermidade na feitura e compreensão da decisão, pois, separada encontrar-se-á da historicidade, distante da simbiose, quanto ao aparato Constitucional. Pois, o trabalho para chegar-se a ela, é como o trabalho na arte, um trabalho axiológico de efetivação dos ideais principiológicos constitucionais, ou seja, na perspectiva que assegura o protagonismo da Constituição.

Dessa forma, o impacto do ‘sentir judicial’ dado pela decisão, deve primar pela consciência do que seja o processo na concretização dos princípios da sustentabilidade. Trata-se de princípio-síntese que determina a proteção do direito ao futuro, respeitando as condições multidimensional de uma vida de qualidade, sendo bioética, ecologicamente responsável e segura, que jamais acarrete sacrifícios desproporcionais a qualidade da vida. (FREITAS, 2012, p. 74).

A sustentabilidade como um novo paradigma proposto como princípio constitucional “trata-se do princípio constitucional que determina com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar”. (CANOTILHO, 2010, p. 41).

Assim, a partir desse universo semântico, o atual estágio do direito constitucional determina e carece de uma transformação na forma da configuração de da decisão, o qual passa a ser reanalisada de acordo com o crivo eminentemente constitucional, que permeia todo o horizonte da produção e aplicabilidade do direito. Tem-se, desse modo, a decisão saindo da adequabilidade legislativa e tomando rumo à adequabilidade aplicativa, interpretativa, jurisdicional e sustentável.



5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo abordou a temática dadas decisões judiciais estabelecidas na semântica vazia do bem comum, apontou-se a perspectiva hermenêutica filosófica, consubstanciando os valores da solidariedade e da sustentabilidade.

A teoria jurídica processual contemporânea vive momentos de reconfigurações. Trata-se, pois, de um cenário carecedor de novas denotações ao avanço da jurisdição em busca da proteção e da promoção dos novos direitos, bem como de mudanças que possibilitem análises teóricas e desfragmentadas do contexto processual tradicional.

Eis que emergem novos atores e, conseqüentemente, a necessidade de novas respostas jurídicas. Todavia, o juiz continua atuando na efetivação de políticas sociais que o Estado, por si só, não detém condições de efetivar, adentrando cada vez mais na seara política e, por isso, adquire atuação ativista, de modo a ameaçar a tradicional separação de poderes.

O 'método' continua presente e, ao permitir-se esta atuação ativa e este protagonismo judicial e não constitucional, os juízes acabam tomando decisões com base na subjetividade. As decisões, muitas vezes, são arbitrárias e não permeadas, nas questões ambientais, nem pelos princípios e dimensões norteadores da sustentabilidade e, nem mesmo da solidariedade.

Necessário se faz a verdadeira interação entre os atores sociais, o que é essencial para evitar que o intérprete não aplique o direito, a partir de sua consciência, resolvendo os conflitos judiciais, sedimentados na desfragmentação constitucional, bem como, em bases "secas" de sensibilidade quanto aos valores da natureza.

Em decorrência disso, faz-se necessária a construção de outras leituras e novos valores para o Direito, novas construções. O que faz florescer a importância da hermenêutica filosófica de Gadamer para o ordenamento jurídico em relação as decisões, que se substancia na possibilidade de uma reconstrução de horizontes no contexto da solução dos conflitos (em face do caso concreto).



A perspectiva hermenêutica contribui como condição de possibilidade para auferir respostas, concretamente, adequadas a cada caso, bem como garantir e efetivar os direitos sociais, os quais, em regra, foram esquecidos devidos à força gananciosa do mercado.

Nessa senda, entende-se que é da simbiose existente entre o interpretar e o aplicar a lei é, que irá representar-se a nova reconfiguração das decisões, bem como, as respostas efetivas hermeneuticamente. Pois, a resposta correta sob o ponto de vista hermenêutico será sempre uma resposta conforme a constituição, em consonância e à luz dos princípios da Sustentabilidade “Multidimensional” e da solidariedade.

Para que se tenha uma decisão baseada no paradigma da sustentabilidade, imprescindível que se tenha interpretação multidimensional. Pois, a sustentabilidade está envolvida por diversas dimensões (ética, jurídico-política, social, econômica e ambiental) e estas por sua vez devem receber tratamento integrado, indivisível e interdependente, muito além de mero desenvolvimento econômico, ou oportunista e banalizador do uso do adjetivo “verde” despreocupado e inconsequente. (FREITAS, 2012, p. 71).

A sustentabilidade propõe-se vincular plenamente como princípio jurídico constitucional àqueles a qual submete. E o novo paradigma de sustentabilidade, aplicado à interpretação jurídica, proporciona, de modo inédito, a primazia da qualidade de vida e o bem estar de toda a coletividade.

Encontrar uma solução ao subjetivismo descomedido aplicado na atualidade não é tarefa simples. Todavia, é uma conduta possível, que deve partir da ponderação dos pressupostos hermenêuticos, desfocando-se das teses positivistas aplicadas como verdades absolutas, indo-se além, para iluminar o intérprete.

Dessa forma, interpretar consiste na identificação da face verdadeira do texto analisado e compreendido. Pois, para Gadamer, ‘interpretar é iluminar as condições sobre as quais se compreende’. (GADAMER, 2007, p. 50)

Portanto, mais do que fundamentar uma decisão, é necessário que juízes e tribunais justifiquem o que foi fundamentado.



Inúmeros são os questionamentos na seara das decisões relativas ao meio ambiente, e fazê-los é essencial para encontrar-se um rumo e atingir a ética nas decisões, onde a Constituição seja sentida e lida como ação e não como mera intenção e o meio ambiente, considerado de forma, eminentemente, axiológica.

Na pauta da sustentabilidade, vários são os questionamentos que esse contexto instiga, tendo em vista que, lentamente a ciência jurídica encontra-se com as ciências da linguagem, encontro essencial, talvez doloroso, diante da retórica tradicional em que o processo encontra-se. Todavia, esse é o rumo que nos mostra aportes para que se possa encontrar e abraçar a ética nas decisões, onde a verdadeira tutela ambiental seja anunciada como ação e não como mera promessa.

O protagonismo da constituição consubstanciada na sustentabilidade multidimensional deve observar os princípios constitucionais. E, as contribuições da hermenêutica filosófica de Gadamer representa um caminho para se chegar a uma nova forma de compreensão da ordem jurídica processual civil, com a utilização da linguagem como condição interpretativa do fato e aplicação do direito.

É preciso continuar a discussão sobre essa complexidade de intenções jurídicas e constitucionais, bem como motivar soluções rumo à hermenêutica, onde o Direito, a política, o meio ambiente e os Direitos Fundamentais sejam tratados de forma interdisciplinar, complementares e interligados para a edificação de novos olhares e novos rumos em direção a reconfiguração da sociedade e da humanidade.

Trata-se de buscar a efetividade da jurisdição ambiental consubstanciada nos princípios norteadores da sustentabilidade e solidariedade e, concomitantemente, a real efetivação desses princípios como norteadores da dignidade humana.

Nesse desiderato, busca-se com a perspectiva da sustentabilidade, a extensão do direito à vida, ou seja, caminhos que devem percorrer o princípio ético, social, econômico, ambiental e jurídico-político, que determinam a sonhada revisão e aplicação mais humana da normatividade jurídica. Nesse caminho, que os valores ambientais, unam-se aos valores da solidariedade, como forma de manutenção da vida dos humanos e não humanos no planeta Terra.



REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 set. 2014.
- CANOTILHO, J. J. G.. O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. **Revista de Estudos Politécnicos Polytechnical Studies Review**, vol. VIII, n. 13, p. 7-18, 2010.
- CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. O novo paradigma de Direito na pósmodernidade. Porto Alegre. RECHTD/UNISINOS. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 3, p. 75-83, 2011.
- DUQUE-ESTRADA, Paulo Cesar. Hans-Georg Gadamer. In: BARRETO, Vicente (Org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FREITAS, J. **Sustentabilidade: Direito ao Futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- GADAMER, Hans-Georg. **Elogio da teoria**. Trad. João Tiago Proença. Lisboa: Edições 70, 2001.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Tradução de Ênio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y Método**. Trad. Ana AgudAparicio e Rafael de Agapito. Salamanca: Sígueme, 2005.
- GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em retrospectiva: a virada hermenêutica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2007.
- HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.
- ISAIA, Cristiano Becker. **Processo civil, atuação judicial e hermenêutica filosófica**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2012.
- MARTÍN MATEO, Ramón. La revolución ambiental pendiente. In: PIÑAR MAÑAS, José Luis. **Desarrollo Sostenible y protección del medio ambiente**. Civitas: Madrid, 2002.
- NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva. A litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. **Revista de Processo**, vol. 189. São Paulo: RT, set. 2011.
- RODRIGUÉZ, Cesar. **La decisión judicial: el debate Hart – Dworkin**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Facultad de Derecho – Universidad de los Andes, 1997.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.



VARELLA, Marcelo Dias. A Dinâmica e a Percepção Pública de Riscos e a Resposta do Direito Internacional Econômico. In: VARELLA, Marcelo Dias (Org.). **Governo dos Riscos**. Brasília: UNICEUB, 2005.

WEISS, Edith Brown. **Un mundo Justo para las Futuras Generaciones**: Derecho Internacional, Patrimonio Común y Equidad Intergeneracional. Trad. Máximo E. Gowland. Madrid: United Nations, Mundi-Prensa, 1999.



O MITO DA SUSTENTABILIDADE¹

THE MITH OF SUSTEINABILITY

Mayara Pellenz²

Ana Cristina Bacega de Bastiani³

Resumo

O estudo volta-se para a análise das transformações ocorridas na sociedade nos últimos séculos, no tocante à sustentabilidade e ao desenvolvimento sustentável. A utilização dos recursos naturais de maneira inconsequente em todo o planeta provocou desequilíbrios que ameaçam a vida do ser humano na terra. A partir desse argumento, torna-se necessário um novo olhar à natureza, no sentido de preservar e conservar o meio em que se vive, resgatando sentimentos de pertença, em razão de todos os seres viverem em um lar compartilhado. Assim, muitos cidadãos se engajam em ações sustentáveis, preocupados com a melhor utilização dos recursos naturais, o que reflete no mercado de consumo. As empresas, atentas a esta tendência, pretendem atingir um nicho de mercado que prefere consumir produtos ecologicamente corretos, não pela sustentabilidade, mas pelos interesses econômicos e pelos retornos financeiros. O “mercado verde” atrai consumidores e vários empreendimentos estão em consonância com os princípios sustentáveis, servindo inclusive de exemplo para outros países. O fortalecimento das marcas e dos produtos com este viés e a criação de uma rede para divulgação deste mercado - atingindo o público-alvo da forma mais transparente possível - são exemplos de alternativas para identificar quais empresas mostram-se realmente preocupadas com a sustentabilidade.

Palavras-chave: Sustentabilidade; Natureza; Empresas; Desenvolvimento Sustentável.

Abstract

The study analyses of the changes occurring in Societies in recent centuries, regarding Sustainability and Sustainable Development. The use of natural

¹ Artigo recebido em 08/10/2014, pareceres submetidos em 05/11/2014 e 08/11/2014 e aprovação comunicada em 18/11/2014.

² Mestranda em Direito, Democracia e Sustentabilidade pela Faculdade Meridional de Passo Fundo, Linha de Pesquisa Fundamentos Normativos da Democracia e da Sustentabilidade. Pós-Graduada em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Meridional. Advogada. *E-mail:* <maypellenz@hotmail.com>.

³ Mestranda em Direito, Democracia e Sustentabilidade pela Faculdade Meridional de Passo Fundo, Linha de Pesquisa Fundamentos Normativos da Democracia e da Sustentabilidade. Bolsista CAPES/PROSUP. Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela Faculdade Anhanguera de Passo Fundo. Advogada. *E-mail:* <cristi.bd@hotmail.com>.



resources in an inconsequential manner around the planet has caused imbalances that threaten human life on Earth. Considering such reality, a new look towards nature becomes necessary in order to preserve and conserve the environment in which we live, rescuing the feelings of belonging, as all human beings live in a shared home. Thus, many citizens engage in sustainable actions, worried with a best use of natural resources, which reflects the consumer market. Some companies, aware of these trends, intend to achieve a market niche that prefers to consume environmentally correct products, not of Sustainability, but by economic interests and the financial returns. The “green market” attracts consumers and, in fact, several projects are in line with sustainable principles, serving as an example to other countries. The enforcement of brands and products with this bias and the creation of a network for the dissemination of this market - reaching the target audience in the most transparent way possible - are examples of alternatives to identify those companies that appear to be effectively concerned about sustainability.

Keywords: Sustainability; Nature; Companies; Sustainable Development.

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos séculos, a exploração desmedida da natureza e o caráter antropocêntrico do pensamento do homem moderno, preocupado em satisfazer as próprias necessidades, resultaram num quadro global alarmante. O preço pago pelo desenvolvimento sem limites da humanidade é a situação lamentável enfrentada nos dias de hoje.

O progresso ocorrido por meio dos tempos, como o surgimento de novas tecnologias, de técnicas industriais, de avanços na comunicação, e demais evoluções inerentes ao processo civilizatório, inegavelmente beneficiaram a vida dos homens. Contudo, o modelo de desenvolvimento adotado pela civilização resultou na exploração desmedida da natureza, e acontecimentos históricos – como a Revolução Industrial, o capitalismo⁴, o consumismo⁵ exagerado, o individualismo

⁴ Segundo Lênin (2005, p. 615-616), o capitalismo pode ser entendido como “O capital financeiro, concentrado em muito poucas mãos e gozando do monopólio efetivo, obtém um lucro enorme, que aumenta sem cessar com a constituição de sociedades, emissão de valores, empréstimos do Estado, etc., consolidando a dominação da oligarquia financeira e impondo a toda a sociedade um tributo em proveito dos monopolistas”.

⁵ “Consumismo é o ato de comprar produtos e/ou serviços sem necessidade e consciência. É compulsivo, descontrolado e que se deixa influenciar pelo *marketing* das empresas que comercializam tais produtos e serviços. É também uma característica do capitalismo e da sociedade moderna rotulada como ‘a sociedade de consumo’. Diferencia-se em grande escala do consumidor, pois este compra produtos e serviços necessários para sua vida enquanto o consumista compra muito além daquilo de que precisa. O consumismo tem origens emocionais,



exacerbado (corroborando a expressão de Protágoras de que “o homem é a medida de todas as coisas”) e a globalização⁶ – contribuíram para este processo.

A história das civilizações demonstra que o homem passou a dominar a natureza e utilizá-la como meio para seu próprio desenvolvimento, a assumir uma posição de superioridade. A chegada da modernidade e a utilização dos recursos naturais sem qualquer controle ou limite revelam efeitos perversos.

As preocupações com o meio ambiente e com a sua situação aumentaram nas últimas décadas e o debate ganhou força em todo o mundo. Os impactos negativos tornaram-se fáceis de perceber em qualquer lugar do planeta, pois a Sociedade de Consumo não pode ser considerada exclusividade de poucos países, mas sim um modelo adotado em escala mundial.

As consequências da degradação ambiental atingiram dimensões globais e, hoje, a natureza encontra-se em colapso, pois a humanidade está diante de um limite de crescimento, em razão do estilo de vida adotado. Não é exagero afirmar que o panorama instaurado se apresenta insustentável.

O agravamento da crise ocorreu a partir do final do século XIX, no qual a questão do meio ambiente passou a ser discutida com maior ênfase, em razão da necessidade de uma nova postura, capaz de prolongar a vida do ser humano na terra. Esta mudança de pensamento e de consciência, com intuito de preservar,

sociais, financeiras e psicológicas onde juntas levam as pessoas a gastarem o que podem e o que não podem com a necessidade de suprir à indiferença social, a falta de recursos financeiros, a baixa autoestima, a perturbação emocional e outros. Além de consequências ruins ao consumista, como processos de alienação e exploração no trabalho, multiplicação de supérfluos (que contribuem para o processo de degradação das relações sociais e entre sociedades) e oneomania (distúrbio caracterizado pela compulsão de gastar dinheiro, mais comum nas mulheres tomando a proporção de quatro por um), o meio ambiente também sofre com este ‘mal do século’, pois o aumento desenfreado do consumo incentiva o desperdício e a grande quantidade de lixo” (DEFINIÇÃO DE CONSUMISMO. Disponível em: <<http://sociedade-do-consumo.blogspot.com.br/2008/06/definio-de-consumismo.html>>).

⁶ “Globalização é normalmente associada a processos econômicos, como a circulação de capitais, a ampliação dos mercados ou integração produtiva em escala mundial. Mas descreve também fenômenos da esfera social, como a criação e expansão de instituições supranacionais, a universalização de padrões culturais e o equacionamento de questões concernentes à totalidade do planeta (meio ambiente, desarmamento nuclear, crescimento populacional, direitos humanos, etc.) Assim, o termo tem designado a crescente transnacionalização das relações econômicas, sociais, políticas e culturais que ocorrem no mundo, sobretudo nos últimos 20 anos” (VIEIRA, 2002, p. 72-73).



conservar e proteger a natureza mostrou-se um avanço da humanidade para prolongação de sua própria existência neste planeta.

A exploração do meio ambiente ameaça, também, as gerações que ainda estão por vir. Medidas são sendo tomadas para amenizar os impactos negativos das ações humanas no mundo natural. Os acordos internacionais firmados entre os países e o direito positivo interno auxiliam essa interação.

Para ser possível uma nova realidade, torna-se fundamental, inicialmente, uma nova consciência acerca da natureza e do planeta terra. Os seres humanos precisam associar-se uns aos outros para zelar o lugar onde vivem: trata-se de um lar compartilhado entre tudo que é vivo no planeta.

Uma nova consciência é necessária, pois disso depende o futuro e a prolongação da existência da vida humana na terra. A preocupação com os elementos que envolvem os modelos de desenvolvimento e a proteção da natureza também são uma realidade. Tanto verdadeira se revela essa afirmação que os direitos da mãe terra⁷ são hoje uma tendência mundial devido à importância que o ambiente natural possui.

⁷ A respeito deste tema, Muriel (2014) escreve um artigo sobre a realidade equatoriana. Em suas palavras: “O Art. 71 da Constituição de 2008 do Equador, de maneira inédita no âmbito jurídico e surpreendendo muitos analistas e cientistas sociais, apresentou a natureza como um sujeito de direitos.

‘A natureza, ou Pacha Mama, onde se reproduz e realiza a vida, tem o direito a que se respeite integralmente sua existência e a manutenção e regeneração de seus ciclos vitais, estrutura, funções e processos evolutivos’. Poderíamos perguntar: mas em que esta lei difere-se do direito ambiental, já previsto por diversas constituições e convenções internacionais? O Art. 225 da Constituição Brasileira de 1988, por exemplo, assegura que ‘todos tem o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo [...]’. A questão é que, no caso da nossa Constituição, o sujeito do direito são as pessoas, a quem se garante o usufruto de um ambiente são. A natureza é vista como um bem coletivo. No caso da constituição equatoriana, é a própria natureza, é a Pacha Mama em si, o sujeito dos direitos. Para compreender o art.71 é necessário lembrar que o Equador se define como um Estado Plurinacional. Composto, portanto, por distintos povos entre os quais os quéchua Kitu Kara, Panzaleo, Chibuleo, Salasaka, Kisapicha, Waranka, Kañar. Todos compartilhando a visão de que a Mãe-Terra é muito mais um “alguém”, composto de consciência e animidade, do que um “algo”. O que, conseqüentemente, torna a Pacha Mama um sujeito passível de direitos. Apesar das dificuldades, Equador e Bolívia estão inovando de maneira inimaginada a década e meia atrás, quando a panaceia neoliberal se impunha sobre uma América Latina fragilizada e subordinada aos interesses externos. Ainda que a questão ‘Mas afinal, o que é o Sumák Kawsay/Buen Vivir?’ não possa ser respondida plenamente, já que o conceito-projeto equatoriano - tal qual o boliviano - está em pleno processo de definição e construção. O que, de maneira alguma, o desqualifica. Afinal, ‘alguém’ tinha que intensificar a crítica à contínua opressão aos povos e à natureza, começando por uma reformulação constitucional. Corajosamente, Equador e Bolívia assumiram o desafio. Graças à Deus! Ou melhor, gracias a la Pacha Mama”.



Ações sustentáveis são hoje largamente difundidas e aceitas no contexto social. Muitos cidadãos estão dispostos a efetivar o princípio da sustentabilidade por meio de pequenos gestos, como recolhimento do lixo de forma separada, preferência no consumo de alimentos orgânicos, utilização de produtos reaproveitáveis ou biodegradáveis. Existem pessoas que transformaram radicalmente seu estilo de vida, tornando-se veganas, por exemplo. O aumento de pessoas adeptas a uma dieta sem carne aumentou consideravelmente nos últimos anos. No Brasil, esse fenômeno também é percebido⁸.

Contudo, há também aqueles interessados na pegada ecológica porque a tendência está no auge. Para estes, pouco importa ações que promovam a manutenção da vida humana na terra ou a proteção do meio ambiente. O interesse deturpa-se em razão de interesses privados, geralmente relacionados ao retorno econômico que a sustentabilidade traz. O nicho de pessoas adeptas às ações sustentáveis, empresas utilizam-se do discurso ecológico sustentável como forma de atrair clientela e identificar novos consumidores, e com isso aumentar o lucro.

O “ecologicamente correto” passou a ser um *slogan* atrativo para uma sociedade que questiona o futuro do planeta, e isso pode ser vantajoso quando se

⁸ Segundo Simões e Teixeira (2014), os veganos estão se multiplicando no Brasil e, com eles, as empresas e os negócios que respeitam os direitos dos animais. Segundo os autores, “Criado em 1944, na Inglaterra, por Donald Watson, o movimento vegan, ou vegano, vem ganhando cada vez mais espaço na sociedade brasileira. Essa derivação do vegetarianismo abole o consumo de qualquer subproduto animal (incluindo carne, leite, ovos e mel), defende o direito dos animais e busca uma vida mais sustentável [...]. Estima-se que 4% da população brasileira, cerca de 7,6 milhões de pessoas seja de vegetarianos, muitos deles, veganos. Dados do Instituto Ipsos reforçam que 28% dos brasileiros têm procurado comer menos carne. ‘Há sinais de que esse é um mercado em ascensão’, afirma Marly Winckler, presidente da Sociedade Vegetariana Brasileira (SVB). A entidade é responsável pela certificação de produtos veganos no Brasil, selo entregue mediante uma análise rigorosa da cadeia produtiva, com taxas que variam de R\$ 300 a R\$ 1 mil, dependendo do tamanho da empresa [...]. Nascidas ou não com o DNA vegano, as empresas que atuam nesse mercado sofrem com a carência de fabricantes e com a falta de ferramentas para rastrear a cadeia produtiva. ‘Quando recusei usar couro natural na coleção, o fornecedor não entendeu por quê. Desde o início eu só trabalho com matéria-prima sintética, do tecido aos aviamentos’, afirma a estilista Carolina Caliman, 27 anos, dona da confecção King 55, de São Paulo, com nove anos de mercado e um faturamento médio anual de R\$ 900 mil. Marly, da SVB, estima que dois mil brasileiros se convertem ao vegetarianismo toda semana. Os veganos são o nicho do nicho, porém, um mercado também crescente, que possibilita criar diferentes tipos de produtos e serviços. Desde que o negócio suporte genuinamente sua filosofia de vida, tem grandes chances de sucesso. ‘Os veganos gostam da nossa marca porque defendemos algo em que eles acreditam. Até as pessoas que não são veganas admiram nosso negócio’, diz Carol, da King 55”.



refere a produtos disponíveis para o consumo. Essa abordagem é pertinente, já que é evidente que o consumidor sente-se atraído por produtos e empresas, que, em sua essência, estão fomentando uma sustentabilidade “de carona”, desvirtuando o ideal de proteção e preservação da natureza como ambiente sadio para presentes e futuras gerações.

Sugere, como hipótese, o desenvolvimento de uma nova consciência e responsabilidade por parte daqueles sujeitos que agem no sentido de aproveitar-se do discurso ecológico exclusivamente para benefício próprio ou por interesse financeiro.

Essa condição pode ser viabilizada por meio de um novo paradigma ético e de uma rede que identifique, verdadeiramente, quais são as empresas que estão focadas no viés sustentável, acima de qualquer outro interesse. Faz-se necessário encontrar alternativas neste sentido, pois as relações de consumo são práticas diárias que determinam o estilo de vida dos cidadãos e que podem contribuir para que a sustentabilidade não seja um mito, mas uma ampla realidade social.

2 A SUSTENTABILIDADE COMO NOVO PARADIGMA ÉTICO-JURÍDICO

A era pós-moderna⁹ – período atual da história – se caracteriza por constantes transformações nas relações humanas, devido à velocidade dos acontecimentos e o alcance das informações. Para Bauman (2011, p. 131), a relação entre os indivíduos está cada vez mais “líquida” e fragilizada, assim como a relação existente entre seres humanos e meio ambiente.

⁹ “O pós-modernismo faz a opção pela contingência. E, com ela, opta pelo fragmentado, efêmero, volátil, fugaz, pelo acidental e descentrado, pelo presente sem passado e sem futuro, pelos micropoderes, microdesejos, microtextos, pelos signos sem significados, pelas imagens sem referentes, numa palavra, pela indeterminação que se torna, assim, a definição e o modo da liberdade. Esta deixa de ser a conquista da autonomia no seio da necessidade e contra a adversidade para tornar-se jogo, figura mais alta e sublime da contingência. Mas essa definição da liberdade ainda não nos foi oferecida pelo pós-modernismo; está apenas sugerida por ele, pois definir seria cair nas armadilhas da razão, do universal, do logocentrismo falocrático ou de qualquer outro monstro que esteja em voga. Donde o sentimento de que vivemos uma crise dos valores morais (e políticos)” (CHAUÍ, 1992, p. 356).



Por muito tempo, o homem canalizou seus esforços e suas ações em razão das suas próprias vontades e necessidades: o individualismo exacerbado provocou o distanciamento das pessoas, interessadas somente no seu bem-estar e no crescimento patrimonial e pessoal, seu e de sua família. Houve um impulso do capitalismo e do fenômeno da globalização nesse sentido. Os antigos princípios de comunidade, respeito e cooperação com seus semelhantes, observados em sociedades primitivas, por exemplo, não fazem parte deste contexto.

Segundo Bauman (2011, p. 21), “[...] vivemos em tempos difíceis, pois a própria liberdade do ser humano está em crise”. Neste contexto de colapso¹⁰, levantaram-se questionamentos a respeito da interação entre homem e natureza. O debate ganhou força, em âmbito nacional e internacional, pois o Homem percebeu que uma nova consciência em prol da conservação e preservação do meio ambiente seria indispensável para a manutenção da vida humana na terra. A história demonstra que muitos elementos contribuíram para que a situação chegasse a esse ponto, e o capitalismo, o individualismo, o consumismo e a globalização foram algum destes fatores.

¹⁰ No que se refere ao destino da Humanidade, o panorama atual é desolador. Uma crise mundial sem precedentes se instalou e, de maneira bastante ampla, pode-se afirmar que a qualidade de vida da Humanidade está ruim. Isso se manifesta de diversas formas: desemprego, altos níveis de migração, fome, diminuição nas taxas de produção e produtividade, guerras civis, segregação racial, marginalização, doenças, egoísmo, individualismo, tráfico e consumo de drogas lícitas e ilícitas, criminalidade, altas taxas de suicídio, solidão, incomunicabilidade, destruição e perda da identidade humana, inversão de valores, dissolução de instituições como família, aumento das perversões, da violência e dos vícios, destruição do meio ambiente, além de tantos outros fatores. Ocorre que os avanços também são evidentes e, seguramente, a Humanidade consegue identificar os paradoxos que estão ao seu redor. O Homem, extraordinário em suas realizações, foi capaz de desenvolver a tecnologia, construir obras imensas e de grande porte, possibilitou a comunicação mundial instantânea através da rede de computadores, realizou avanços na medicina - descobrindo medicamentos e curas que antes tiravam a vida de milhares de pessoas -, construiu universidades, escolas, centros de ensinos, laboratórios, observatórios e, inclusive, ultrapassou as fronteiras da Terra conquistando em definitivo o espaço sideral. A Humanidade possui tecnologia, mas populações inteiras morrem de fome; dispõe de recursos na área da saúde, todavia ainda há quem não tenha acesso a este direito; possui organização de governo capaz de determinar as diretrizes de um Estado, enquanto os cidadãos não possuem o mínimo existencial para viver em dignidade; produz material bélico e possui contingente para guerra enquanto seres humanos vivem segregados, alheios à informação e aos acontecimentos do mundo. A Humanidade mergulhou em uma crise que envolve o valor do ser humano e o valor da vida, já que o individualismo passou a determinar as relações humanas. O Homem vive mais, mas também morre mais. De fato, para começar a solucionar a crise instalada em todas as esferas do funcionamento humano, torna-se preciso compreender o período em que se atravessa com uma visão de todo este panorama, a fim de buscar possíveis caminhos que levem a Humanidade a salvar inclusive sua própria condição de existência.



A situação não poderia ser pior. O resultado de séculos de exploração desmedida da natureza é hoje uma preocupação a nível global e que enseja a associação das nações para que haja uma mudança positiva, pois todos compartilham de um lar comum. Nesse sentido, Limberger (2012, p. 278) afirma que “[...] os acontecimentos transcendem as fronteiras dos países, e os fenômenos não ocorrem mais isoladamente, mas globalmente [...]”.

A preocupação com o futuro da humanidade passou a ser um fenômeno compartilhado por diversos países. Trata-se de uma tendência contemporânea a associação entre pessoas e, também, Estados no sentido da diminuição dos impactos ambientais. Os acontecimentos ocorrem globalmente e trazem consequências à humanidade, como um todo.

A expressão “sustentabilidade” foi usada pela primeira vez em 1979, em um simpósio das Nações Unidas sobre as relações entre o meio ambiente, o desenvolvimento e os recursos naturais. Mas só depois do relatório Brundtland, publicado em 1987, ela se tornou mais conhecida e adquiriu conotações políticas (MARIOTTI, 2013, p. 154).

Muitos consideram o Relatório Brundtland como sendo o marco inicial no que se refere à sustentabilidade e ao desenvolvimento sustentável. Para Oliveira e Loureço (2012, p. 305)

Em 1983, a ONU cria a Comissão Mundial para o Meio Ambiente e Desenvolvimento, então presidida por Harlem Brundtland, ex-primeira ministra da Noruega. Da atuação desta comissão surge, em 1987, o relatório *Nosso futuro comum*, que apresentou uma definição de desenvolvimento sustentável como sendo “o desenvolvimento que atende as necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem suas próprias necessidades”. Afirma ainda o mesmo relatório que “satisfazer as necessidades e aspirações humanas é o principal objetivo do desenvolvimento”

Como se percebe, o conceito de desenvolvimento sustentável¹¹ surgiu nesse contexto e tem significado importante para as questões ambientais. Cabe destacar que sustentabilidade e desenvolvimento sustentável possuem significados distintos,

¹¹ Por ocasião do encontro, o desenvolvimento sustentável foi conceituado como sendo “[...] aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades” (CMMAD, 1991, p. 46).



sendo o primeiro. Para Freitas (2012, p. 73), um “[...] princípio constitucional-síntese” que representa os anseios pela melhoria das condições de vida humana, e que demanda a participação direta do homem para sua efetivação em suas várias dimensões. Já desenvolvimento sustentável, desvela uma:

[...] importância decisiva porque engloba as diversificadas necessidades, expectativas e recursos com os quais se relaciona o ser humano, particularmente a correta e criteriosa utilização dos recursos ambientais, as relações familiares e culturais, a organização e as expectativas de ordem econômica, a complexa arquitetura política interna e externa e o cuidado especial para com as necessidades e as condições para as futuras gerações (ZAMBAM, 2012, p. 150).

No mesmo sentido, desenvolvimento sustentável e sustentabilidade não devem ser tratados como sinônimos. Conforme Giddens (2010, p. 79), “[...] lós dos términos básicos ‘sostenibilidad’ y ‘desarrollo’, tienen significados hasta cierto unto contrapuestos. ‘Sostenibilidad’ implica continuidad y equilibrio, mientras que ‘desarrollo’ implica dinamismo y cambio”. Ainda, sob esta perspectiva:

A sustentabilidade é um fenômeno do mundo natural. O desenvolvimento sustentável é um fenômeno cultural. A natureza não precisa do homem para ser sustentável. Mas as práticas ditas sustentáveis precisam, pois são uma forma humana de continuar a explorar a natureza, que deveriam incluir a preocupação de até quando isso pode ser feito sem gerar prejuízos de parte a parte (MARIOTTI, 2013, p. 100).

Apesar das ações positivas já realizadas, os desafios permanecem. A efetivação de ações em prol da natureza deve ser encarada como um processo demorado, porque depende diretamente de um pensamento coletivo, menos individualista, capaz de promover mudanças positivas na sociedade. Cabe ressaltar que:

[...] a ideia de “suportabilidade” (ou sustentabilidade) acrescenta ao desenvolvimento um conjunto de ações voltado à salvaguarda da biosfera e, correlativamente, à salvaguarda das gerações futuras. Essa noção contém um componente ético importante, mas não poderia aperfeiçoar em profundidade a própria ideia de desenvolvimento (MORIN, 2013, p. 32).

Logo, as preocupações com o futuro não devem limitar-se a um determinado local ou comunidade. Por estar no planeta terra, compartilhando de um lar comum,



faz-se necessário que o engajamento em prol do desenvolvimento sustentável seja um pensamento comunitário e não individualista. Este deve ser considerado o cerne da nova consciência que se pretende consolidar mundialmente.

À longo prazo, pode-se afirmar que a existência do homem estará comprometida se novas posturas não forem adotadas. Um contexto favorável para ações positivas em prol da natureza é uma necessidade. Contudo, “[...] não são poucas as evidências de que em algum momento do futuro a natureza continuará a se sustentar sem a nossa presença, como acontecia antes da nossa chegada [...]” (MARIOTTI, 2013, p. 100). Ocorre que a manutenção de meio ambiente sadio e de uma boa qualidade de vida depende, diretamente, das ações humanas sustentáveis.

Quando se pronuncia a expressão “sustentabilidade”, de maneira geral, a primeira concepção originada remete à ideia de desenvolvimento, no tocante a preservação de recursos ambientais naturais. Esta visão não está errada, mas não pode ser considerada única. O termo sustentabilidade possui ampla abrangência e permite uma infinidade de teorizações a respeito.

Sobre o tema, Freitas (2012, p. 71) explica que a sustentabilidade possui cinco dimensões e que: “[...] tais dimensões (ética, jurídico-política, ambiental, social e econômica) se entrelaçam e se constituem mutuamente, numa dialética da sustentabilidade, que não pode, sob pena de irremediável, ser rompida”. Na sustentabilidade, os cinco pilares descritos devem estar interligados e promover o bem-estar, associado à melhora da qualidade de vida, bem como, a recuperação e a preservação dos recursos naturais. A sustentabilidade não procura “salvar o planeta” (como referido anteriormente, o planeta terra se auto sustenta, sem a presença da humanidade), mas sim, salvar a própria humanidade das consequências de sua busca pelo progresso a qualquer custo.

Sem dúvida, a sustentabilidade ambiental sozinha não faz sentido, assim como não se considera sustentável a abordagem focada apenas no pilar econômico ou no pilar social. O que faz sentido é produzir o desenvolvimento realmente integrado, isto é, social, econômico, ambiental, ético e jurídico-político (FREITAS, 2012, p. 304).

Dessa forma, é primordial o entendimento destas concepções para que o homem possa integrar o meio social ao qual está inserido, a partir de ações sustentáveis e de interações positivas. Para a sustentabilidade ser viabilizada a



partir da natureza e da ação humana, necessita-se que o homem seja capaz de agir ao considerar os interesses e o bem-estar de todos os elementos que lhe rodeiam, fomentando a fraternidade e não somente seus interesses privados

Sob esta perspectiva, para o homem empreender ações, seja no desenvolvimento da sociedade ou qualquer outra, precisa considerar a fragilidade da vida e do próprio universo. O destino do homem está atrelado à natureza, não apenas por questão de sobrevivência física, mas, também, da integridade de sua essência.

A humanidade, diante das incertezas, necessita determinar o que deve ser valorizado. O pensamento de ir além de conservação, preservação, proteção e regeneração da natureza tem alicerce na necessidade do respeito recíproco, do respeito às pessoas, ao meio ambiente e a todos os seres vivos. Para que haja essa condição, é preciso exercitar uma ética ambiental que permita a reflexão coletiva e a reflexão pessoal, com a superação do antropocentrismo no sentido de uma nova compreensão de mundo.

É nesse contexto que emerge a existência de uma ética que não apenas se restrinja ao comportamento dos seres humanos entre si, mas se estenda à sua relação para com o meio ambiente (ar, terra, água, animais, florestas, processos produtivos, etc.) (BOFF, 2009, p. 34).

De fato, uma nova consciência ecológica deve ser pautada por ações que viabilizem o cuidado em relação ao ambiente como um todo (condições climáticas, geográficas, aquáticas, sociais, econômicas, antropológicas, mentais, entre outros). Outras dimensões de qualidade e sustentabilidade da vida de todos habitantes do planeta são fundamentais, ao mesmo tempo o mundo natural deve estar em comunhão com as tecnologias e com a criação de condições de preservação da natureza.

Neste sentido, a sustentabilidade veio para manter as bases vitais da produção e da reprodução humana e conservar as atividades do homem em consonância equilibrada com o meio ambiente. Assim:

[...] o desenvolvimento sustentável tem por conteúdo a manutenção das bases vitais da produção e reprodução do homem e de suas atividades, garantindo igualmente uma relação satisfatória entre os homens e destes com o seu ambiente, objetivando que as futuras gerações também possam



desfrutar dos mesmos recursos que temos hoje à nossa disposição (FIORILLO, 2006, p. 27-28).

Apesar de, ao longo da história, os recursos naturais terem sido utilizados de maneira desmedida e sem nenhum tipo de cuidado, essa situação encontra-se redimensionada. A sustentabilidade chama a atenção para esse cenário. Na perspectiva aqui estudada, demonstra-se o desenvolvimento/progresso de forma sustentável.

A partir desse argumento, é necessário conhecer-se por meio do outro, pois através do seu semelhante o sujeito torna-se capaz de desvelar suas próprias necessidades. Nesse sentido, Morin (2005, p. 103) esclarece que “[...] o ser humano percebe o outro como um eu simultaneamente diferente e igual a ele. O outro partilha assim uma identidade comigo embora conservando a sua diferença”.

Desta forma, atinge-se o ponto chave do paradigma da sustentabilidade: olhar o outro e ao mesmo tempo compreender a prevalência do todo em relação às partes no corpo social. O ser individual vive sob a influência dos outros e isto deve formar a sociedade. A noção de “estar junto” revela-se primordial, pois uma ação individual reflete na vida dos demais seres humanos. Neste viés, Bortoloti e Zambam (2013, p. 229), esclarecem que “[...] pensar a sustentabilidade é crivar de que forma o ser humano se relaciona com os demais seres vivos”, pois todos compartilham de um mesmo lar, com as mesmas interações e as mesmas necessidades.

Ressalta-se que diante de tantas implicações a respeito da sustentabilidade, que pode ser entendida a partir da previsão constitucional do artigo 225 da Constituição Federal brasileira¹², cabe ao ser humano o reconhecimento de sua responsabilidade neste processo de construção de uma vida saudável em um meio ambiente equilibrado. Dessa forma, nos dias de hoje, a vida do indivíduo deve ter

¹² “O capítulo sobre o meio ambiente (artigo 225 e seus diversos incisos e parágrafos) da Constituição assegura a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. É a primeira vez na história brasileira que uma constituição dedica um capítulo inteiro ao meio ambiente, fundamentado no princípio do desenvolvimento sustentável [...]” (SANTILLI, 2005, p. 58).



em si a dimensão da alteridade, onde um sujeito depende do outro para a preservação da própria existência.

A mudança do olhar antropocêntrico – que vigorou por muito tempo - para a construção de uma visão solidária, viabilizará a evolução do homem no contexto ao qual está inserido, sem degradar as condições de existência da presente e futuras gerações. “Logo o desenvolvimento só faz sentido exatamente quando auxilia a concretização de todos os valores de uma ‘sociedade fraterna’, no presente e no futuro”. (FREITAS, 2012, p. 114)

O novo paradigma da sustentabilidade apoia-se na ideia de uma consciência adotada pela coletividade, amparada no respeito à natureza, na finitude dos recursos naturais e na necessidade da mudança de atitude a partir do momento presente. Caso a exploração desmedida continue sendo uma realidade, os recursos naturais com o passar dos anos tendem a diminuir, enquanto a população no planeta aumenta constantemente.

Essa equação possui um resultado desastroso. Diante de ações irresponsáveis, a Humanidade será brutalmente afetada. Quem padecerá pelos próprios erros será a humanidade. Assim, a sustentabilidade é um novo paradigma ético, jurídico e de responsabilidade em relação ao presente, às gerações futuras e ao planeta como um todo.

O homem está mais cauteloso com as questões ambientais, pois da natureza decorre sua própria sobrevivência. A fim de evitar situações extremas e caóticas, a sustentabilidade surge como alternativa à civilização humana, no sentido de proteção, conservação e preservação do ambiente natural como necessidades dos novos tempos.

O desenvolvimento humano precisa ser viabilizado através de um modelo atento às necessidades dos novos tempos. O processo civilizatório exige a solução de problemas sociais, políticos, culturais e ambientais; e a sustentabilidade surge como alternativa para que tal processo permaneça em continuidade.

O novo paradigma da sustentabilidade é um conceito moderno que direciona o pensamento do presente para o futuro. Porém, não pode servir simplesmente



como garantia às condições para o atendimento de necessidades do porvir, mas sim de um novo padrão comportamental que enseja compromisso com a preservação ambiental em todos os segmentos da sociedade¹³ desde já.

Passos importantes já foram dados, mas infelizmente, a ideia de que os recursos naturais são bens a serem explorados não ficou no passado. Ainda hoje ações humanas de exploração dos recursos naturais são uma realidade, pouco importando as consequências.

A sustentabilidade, o novo paradigma deste século, desvela um grande desafio a ser incorporado e vivenciado no dia-a-dia de todas as pessoas, para, em um segundo plano, adquirir uma dimensão global. O desafio complexo de superar o individualismo – o grande mal da sociedade pós-moderna – em prol de uma compreensão sistêmica da sustentabilidade, enseja uma “[...] tomada de consciência de pertencimento a uma mesma ‘terra pátria’” (MORIN, 2005, p. 166-167), além de exigir participação e ações positivas neste sentido.

Neste momento, o sujeito depara-se com indagações à cerca da própria capacidade, do seu poder de construir e destruir, do seu papel diante à natureza e principalmente do quanto às ações humanas tem capacidade de alterar o curso da história, de forma positiva e negativa. Estes questionamentos têm suas respostas nas posturas sustentáveis, como ações que evitam a aceleração da extinção da vida do homem na terra, porém não o salva em definitivo.

O mundo natural precisa estar em comunhão com as tecnologias, com criação de condições de preservabilidade da natureza e a necessidade de enraizar os sentimentos de pertença. Mostra-se fundamental resgatar o “vínculo comum” antropológico em prol de uma vida comunitária.

[...] as grandes questões ambientais do nosso tempo devem ser entendidas como questões naturais, sociais e econômicas, simultaneamente, motivo pelo qual só podem ser equacionadas mediante uma abordagem integrada,

¹³ “A sociedade, enquanto fenômeno humano, decorre da associação dos homens, da vida em comum, fundada na mesma origem, nos mesmos usos, costumes, valores, cultura e história. Constitui-se a sociedade no e pelo fluxo das necessidades e potencialidades da vida humana, o que implica a experiência tanto da solidariedade, do cuidado, quanto da oposição, da conflitividade. Organização e caos são polos complementares de um mesmo movimento – dialético – que dá dinamismo à vida da sociedade” (BARRETO, 2010, p. 487).



objetiva, fortemente empírica e, numa palavra, sistemática (FREITAS, 2012, p. 31).

A abordagem integrada dos impactos ambientais causados pela ação do homem viabiliza a união das nações com a finalidade da preservação, conservação e proteção da natureza. Dessa forma, conjugar estratégias entre os países resulta em benefícios para toda a humanidade, no que diz respeito à prolongação da vida do homem na terra.

A crise vivida resulta na necessidade de uma nova consciência ecológica, caracterizada pelo aumento de cuidado em relação ao meio ambiente. De fato, já se percebe a valorização de princípios¹⁴ que protegem a natureza e sua incorporação ao ordenamento jurídico interno, corroborando o novo paradigma da sustentabilidade.

O papel da Constituição brasileira nesse sentido se mostra claro, pois o artigo 225 preconiza o meio ambiente como direito fundamental do cidadão e dever de todos. Isso revela a preocupação do legislador constitucional, como reflexo dos anseios da sociedade, desde 1988, com as questões ambientais. Assim, no ordenamento jurídico interno, está legitimada a preocupação com os recursos naturais.

Destaca-se que o desenvolvimento sustentável – apenas um, dentre os vários modelos de desenvolvimento – caminha lado a lado com o princípio da sustentabilidade. Trata-se de um exemplo capaz de conciliar integridade do meio ambiente ecologicamente equilibrado, com crescimento econômico, social, tecnológico, político, etc.; compatibilizando avanços econômicos com a proteção ao meio ambiente. Neste sentido:

[...] a noção corrente de sustentabilidade deriva justamente da necessidade de preservação dos ecossistemas diante do processo produtivo com o fim último de se alcançar um desenvolvimento compatível com a capacidade de sustentação e resiliência dos sistemas naturais tendo em vista os seus

¹⁴ No Brasil, a Sustentabilidade é, segundo Freitas (2012), um princípio constitucional, conforme artigo 225 da nossa Carta Magna. Para Alexy (2008, p. 90), “[...] princípios são mandamentos de otimização, ou seja, normas que ordenam que algo seja feito na maior medida do possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto”.



benefícios agregados para o bem-estar humano (OLIVEIRA; LOURENÇO, 2012, p. 306).

Sob este viés, há vedação do crescimento de maneira desenfreada e sem limites, de forma a transmitir às gerações futuras os recursos naturais disponíveis hoje. Isso reforça a ideia de que todos “[...] temos deveres no que respeita à humanidade presente, à humanidade passada e à humanidade futura” (NABAIS, 2007, p. 194).

A ética ambiental precisa ser exercitada e a reflexão coletiva e pessoal viabilizada, para que haja a superação do antropocentrismo, no sentido de uma nova compreensão de mundo. Precisa-se ainda fortalecer, reintegrar, reestabelecer laços de interdependência entre o meio ambiente e tudo que o integra.

Há necessidade de uma política de civilização e humanidade que substituam a política do desenvolvimento a qualquer custo. Ações individuais mais conscientes e responsáveis são, de fato, o que podem transformar esta realidade individualista em prol do direito a um meio ambiente saudável, essencial à vida humana de uma forma geral. Neste contexto, Aquino (2013, p. 166) afirma que o novo paradigma da sustentabilidade ganha força e “[...] se torna um novo Valor a ser depurado e construído historicamente no século XXI”.

Como a preservação do meio ambiente condiciona a perpetuação da vida humana no planeta, cabe ao homem tomar iniciativas para modificar o rumo de sua evolução, fazendo com que seu desenvolvimento possa ser sustentável e responsável para todas as formas de vida. “A ideia de sustentabilidade [...] requer que pensemos em termos de globalidade, diversidade, diferença, qualidade e prazos longos” (MARIOTTI, 2013, p. 100). Trata-se do grande desafio dos novos tempos.

3 SUSTENTABILIDADE “DE CARONA”: REFLEXÕES SOBRE OS INTERESSES ECONÔMICOS À FRENTE DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

A exploração desmedida dos recursos naturais não ficou no passado: trata-se de uma realidade bastante perversa. Mas, para Freitas (2012, p. 309), “[...] por mais resiliência que tenha, a Natureza guarda limites intransponíveis”. Como já



referido anteriormente, medidas estão sendo tomadas para que tal situação seja amenizada. Observam-se cidadãos, empresas, corporações e entidades preocupadas com a questão ambiental¹⁵ e engajam-se, cada qual da sua maneira, para agir positivamente em prol da sustentabilidade.

Porém, a relação entre desenvolvimento sustentável e empresas tem uma relação tensionada. A tendência contemporânea da sustentabilidade se choca, muitas vezes, com interesses econômicos e privados que inviabilizam a implementação de ações neste sentido. Os empresários comumente reclamam da dificuldade de desenvolver seus negócios sob o viés sustentável, e muitos sequer têm interesse nisso.

Ocorre que o perfil do consumidor também se modificou. Um número expressivo de pessoas aderiu ao movimento ecológico, no sentido de diminuir os impactos ambientais que seu consumo pode causar no meio ambiente. Aderiram a práticas que revelam preocupação com o meio ambiente e com a sustentabilidade, corroborando as reflexões do capítulo anterior deste artigo.

Muitos sujeitos identificam-se com essa nova postura, por meio de interação social e do consumo de produtos com essas características. Assim, um novo nicho de mercado se forma: de pessoas que procuram saber a procedência dos produtos,

¹⁵ A Nike pode ser considerada um exemplo de grande empresa que incorporou a Sustentabilidade em seus produtos. Ela desenvolveu os uniformes da Seleção Brasileira para a Copa do Mundo que acontece no Brasil em 2014. Segundo a notícia, que data de 25 de novembro de 2013: “A Nike lançou neste domingo (24.11) em evento no Forte de Copacabana, no Rio, o novo uniforme da seleção brasileira para a Copa do Mundo que acontece no Brasil em 2014. Com novo desenho da gola em Y, acabou ficando com cara de peça vintage, muito provavelmente para resgatar o imaginário em torno da seleção no seu tempo áureo, nos anos 1960 e 1970. Porém, como na moda, as maiores novidades estão menos na parte de estilo e mais na tecnologia dos materiais e de sua construção. Este uniforme é promovido como o mais leve de sua história (16% mais leve do que o anterior) e também com apelo sustentável. Os shorts são feitos de 100% de poliéster reciclado, as camisas com 96% do mesmo material somado a 4% de algodão orgânico e as meias com 78% de poliéster reciclado. Para você ter uma ideia, são recicladas cerca de 18 garrafas plásticas na confecção de cada uniforme completo. Desde 2010, a Nike desviou mais de 2 bilhões de garrafas PET de aterros sanitários por conta disso. O corpo dos jogadores foi escaneado não apenas para que as peças tivessem caimento exato sobre cada um deles, mas para identificar as regiões com maior nível de tensão durante os jogos, como peito, ombros e pernas, onde foram reforçados resistência e elasticidade. Os tecidos são projetados de modo que o suor evapore mais rapidamente por meio de zonas de ventilação por pequenos furos cortados a laser (nas axilas, no quadril e até no número que vai nas costas) [...]” (VAL, 2014).



como foram fabricados e qual o processo utilizado, preferindo sempre aqueles que estão em consonância com a sustentabilidade.

Dessa forma, os consumidores vão preferindo essas novas marcas, alterando a maneira de consumir os produtos. Tal ato reflete diretamente nas vendas e, portanto, na lucratividade. Esse interesse desvela uma identificação que une empresa e consumidor, fidelizando um mercado que está realmente preocupado com a questão ambiental. Atentos a isso, empresários perceberam que “[...] a sustentabilidade pode ser considerada um bom negócio porque, como se costuma argumentar, se não houver sustentabilidade, não haverá negócios” (MARIOTTI, 2013, p. 101).

Sob esta perspectiva, a sustentabilidade passou a ser um atrativo interessante. As empresas mostram-se preocupadas com a questão ambiental, identificam novos consumidores, aumentam as vendas e a visibilidade do produto, e assim, geram mais lucros. Eis que surge uma questão a ser debatida: algumas empresas mostram-se preocupadas com a sustentabilidade, mas na verdade não estão. São empresas que não se importam com os valores que estão por detrás da sustentabilidade, colocando o fator econômico à frente do humano e do natural.

Em uma época onde está presente o mito de que todos (ou quase todos) estão preocupados com o meio ambiente, com os animais (não humanos), quando todos preconizam a sustentabilidade, forja-se a ecologia simbólica ou o animalismo simbólico. Algo como, sem qualquer menção ideológica, a apropriação da figura de Che Guevara pelo imaginário e pelo comércio. Camisas, bandeiras, botons, souvenirs, e muito palavrorio vazio (OLIVEIRA; LOURENÇO, 2012, p. 302).

Utilizam-se do discurso ecológico para passar uma imagem totalmente deturpada, como se estivessem realmente preocupados com os impactos ambientais. Para Mariotti (2013, p. 101), “Em termos econômicos, tudo indica que, ao menos em termo de *marketing*, hoje em dia levantar a bandeira da sustentabilidade é um bom negócio para as empresas”. Ocorre que para além da bandeira verde, os interesses são puramente econômicos.

Primeiramente, torna-se preciso afirmar que a realidade em que vivida hoje se volta para o consumo e para o consumismo exacerbado. Novas “necessidades” são lançadas a todo tempo, seja no mercado tecnológico, imobiliário,



automobilístico, etc. As pessoas estão dispostas a consumir aquilo que lhes atrai, conforme seu estilo de vida e suas preferências. Assim, o mercado se expande e os espaços são abertos para todo tipo de produto, aumentando as opções disponíveis para o consumidor.

A gama de produtos ecológicos disponíveis também aumentou. Trata-se de um dado positivo, pois isso demonstra que o consumo, apesar de sua constante crescente, está mais responsável. Vive-se em uma sociedade onde novas ofertas surgem todos os dias. Muitas vezes, os produtos colocados à disposição, geralmente supérfluos e sem necessidade, acabam cativando o público.

A sustentabilidade está inserida neste contexto, pois muitas empresas estão atentas a essa nova realidade. O nicho de consumidores adeptos às posturas sustentáveis e ao ecologicamente correto está crescendo no Brasil. Por certo, muitas empresas também se preocupam com esse viés. Sua produção, seus fornecedores e seu produto final são caracterizados por causar o menor impacto ambiental possível.

No entanto, estas práticas saltaram os olhos de muitas empresas que também estão preocupadas com este novo nicho de consumidores, mas não no sentido da sustentabilidade, e sim do lucro. Sob esta perspectiva, “[...] a vida se transforma em um *business*: não existem valores intrínsecos, mas sim valores de mercado” (MARIOTTI, 2013, p.148). Aproveitam-se da pegada ecológica como *marketing* empresarial, divulgando sua preocupação com a sustentabilidade, enquanto na verdade, tem como grande interesse o lucro auferido e a captação de uma nova fatia de consumidores.

Essa situação revela-se preocupante, pois as empresas possuem uma responsabilidade muito grande no contexto social. Tanto as maiores quanto as menores são geradoras de renda e de emprego. Imaginar que a responsabilidade destas fique à margem de uma temática tão relevante, a questão ambiental, é alarmante. Encarar a sustentabilidade como um chamarisco para consumidores encontra entraves até mesmo em preceitos, como ética e moral, sem contar às implicações que isso poderia acarretar no âmbito da responsabilidade civil.

Sobre empreendimentos sustentáveis e o consumo em excesso, faz-se necessário considerar que:



Os empreendimentos sustentáveis são a única forma de garantirmos que os recursos naturais planetários conseguirão sustentar a humanidade por muitas gerações ainda. Se levarmos em consideração que um terço da população mundial consome o que seria necessário para manter todo o planeta, percebemos claramente que o consumo global, principalmente nos países ricos, está muito além do que o planeta comporta (ABREU, 2014).

Dessa forma, as empresas podem ser aliadas nesta caminhada rumo ao futuro. Mas ao fazer uso de um discurso (auto) enganador em prol da sustentabilidade, elas atingem o mercado e, especialmente os consumidores. Acabam por expressar uma preocupação com as questões ambientais e a qualidade de seu produto (livre de agrotóxico, sem resíduo químico, feito de produto reciclável, etc.) que, na verdade, revela-Se Vazia E Falsa. Estas Organizações Empresariais, De acordo Com Oliveira e Lourenço (2012, p. 299) fazem uso de “[...] nomenclaturas insuspeitas, bem manifestas conquanto disfarçadas”¹⁶, prejudicando o mercado de consumo como um todo.

Estes *slogans* tem o condão de incluir o produto no mercado para que seja consumido por um nicho que está em desenvolvimento, do qual fazem parte pessoas adeptas a consumir àquilo que cause menor impacto possível ao meio ambiente. Tal gama de consumidores vem aumentando muito nos últimos anos e interferem no mercado de consumo determinando aquilo que será ou não consumido.

Por certo, o objetivo das empresas é o lucro, acima de qualquer prática que contribua para a conservação, preservação, proteção e regeneração da natureza. O respeito ao meio ambiente e aos demais seres vivos, o exercício de uma ética ambiental que permita a superação do antropocentrismo e uma nova compreensão de mundo, não parecem ser prioridades empresariais.

Por exemplo, na opinião de muitos empresários, suas indústrias já contribuem de modo efetivo para o desenvolvimento sustentável. Em muitos casos, porém, trata-se de retórica vazia, limitada à repetições de chavões e à apresentações de ações cosméticas a um mercado e a um público que

¹⁶ Oliveira e Lourenço (2012, p. 299) citam um evento sobre Sustentabilidade ocorrido no Rio de Janeiro, promovido por uma grande instituição bancária, onde o discurso era de que “A natureza é uma parceira fantástica”. Parceira para qual propósito? – questionam. E complementam: “[...] a natureza concede o produto e não pede nada em troca. E assim, a exploração se sucede”.



querem ouvir esses discursos e apreciar a superficialidade dessas iniciativas (MARIOTTI, 2013, p. 205).

Ainda sob esta perspectiva, Mariotti (2013, p. 205) exemplifica que “[...] quando uma empresa (há exceções, claro) ou alguém diz: ‘já faço a minha parte’, essa frase, mesmo quando sincera, no fundo é um artifício de autoengano”. Isso precisa ser questionado, pois não parece tão difícil compatibilizar os objetivos empresariais com a sustentabilidade.

De fato, muitas empresas têm percebido “[...] que ações socioambientais, na realidade, não eram custos e podiam ser transformadas em atividades com retorno financeiro ou em oportunidades em novos mercados mais sensíveis a questões socioambientais” (OLIVEIRA, 2008, p. 115). Dessa forma, abraçaram a causa ambiental, pois os retornos financeiros são evidentes, além dos benefícios em relação à Natureza.

Exemplos de sucesso estão espalhados pelo Brasil e são referência para outros países do mundo. Trata-se de grandes empresas¹⁷ que não mediram esforços, investiram em tecnologia e encontraram alternativas possíveis para diminuir o impacto de sua produção no meio ambiente e são reconhecidas por isso. Entre essas instituições, pode-se citar o funcionamento da Faber-Castell:

Estima-se que cerca de 20 bilhões de lápis pretos e coloridos para todos os tipos de escrita, desenho e pintura sejam produzidos em todo o mundo a cada ano usando diferentes tipos de madeira. Desse número, cerca de 50% dessa produção ocorre na China. Os fabricantes europeus fabricam por volta de 2 bilhões por ano. Para obter sua independência em relação às madeiras e, ao mesmo tempo, conseguir manter a demanda crescente, a Faber-Castell iniciou um projeto pioneiro de plantio há mais de duas décadas em um antigo pasto com solo arenoso pobre. Essa ação provou ser um projeto florestal único no setor, localizado no meio do cerrado brasileiro, na região de Prata (Minas Gerais), a mais de 2500 km de distância da floresta amazônica. Atualmente, o projeto cobre 10 mil hectares e está certificado desde 1999 pelo seu manejo ambientalmente adequada, socialmente benéfico e economicamente viável. O pinus usado para a plantio é de uma espécie tropical chamada de *Pinus caribea*, que cresce rapidamente, mesmo em condições desfavoráveis e tem fácil replantio. Utilizando tecnologias modernas de plantio e levando totalmente em

¹⁷ A Vale do Rio Doce, a Petrobrás e a WalMart (que possui um eco-centro de distribuição de produtos) são as empresas consideradas as mais sustentáveis do país. Em segundo plano, aparecem a Natura S.A, o Banco Bradesco e o Itaú-Unibanco (SUSTENTABILIDADE NAS EMPRESAS BRASILEIRAS, 2014).



consideração o solo, a água, a flora e a fauna existentes, esse projeto florestal representa um ciclo fechado ecologicamente perfeito, renovando cerca de 20 m³ de madeira por hora (EM HARMONIA COM A NATUREZA, 2014).

Além disso, a identidade que estas empresas criam fideliza o consumidor atraído pela atenção conferida à natureza. Quem consome, está permanentemente buscando informações disponibilizadas de maneira mais rápida e mais facilitada do que antigamente, de quais empresas são ou não efetivamente sustentáveis¹⁸. Geralmente estas informações estão nos *sites* oficiais e nas embalagens dos produtos, por exemplo. A partir do momento em que a sustentabilidade da empresa torna-se divulgada, atrai um maior número de consumidores, muito propensos a fidelização de marcas.

Convém ressaltar também que os empreendimentos empresariais possuem uma função social no contexto a qual estão inseridos. Por este motivo, a empresa não pode determinar seus rumos e ações pensando apenas na lucratividade. Ela possui responsabilidades para com a sociedade e com o meio ambiente. Sob este viés:

A marca distintiva do ser humano, de ser o único capaz de ter responsabilidade, significa igualmente que ele deve tê-la pelos seus semelhantes, eles próprios, potenciais sujeitos de responsabilidade, e que realmente ele sempre a tem, de um jeito ou de outro: a faculdade para tal é a condição suficiente para a sua efetividade. Ser responsável efetivamente por alguém ou por qualquer coisa em certas circunstâncias (mesmo que não assuma e nem reconheça tal responsabilidade) é tão inseparável da existência do homem quanto o fato de que ele seja genericamente capaz de responsabilidade da mesma maneira que lhe é inalienável a sua natureza falante [...] (HANS, 2006, p. 175-176).

¹⁸ Para aprofundar o tema: “Por que o *marketing* verde não convence. E daí que sua empresa é sustentável? Segundo especialista em responsabilidade empresarial, para conquistar o consumidor, é preciso vender mais do que o ‘verde’. Você acredita em tudo que se diz sustentável e ecologicamente correto por aí? Se sua resposta for “não”, bem-vindo ao clube da imensa maioria de descrentes do *marketing* verde. Pesquisas feitas no Brasil e no mundo já mostraram que mais de 80% das pessoas desconfiam que as empresas cumpram as ações de responsabilidade socioambiental que anunciam em suas propagandas. O que deu errado? Especialista no assunto, Giles Gibbons, cofundador e CEO da britânica Good Business, uma das consultorias líderes em responsabilidade empresarial, tem a crítica na ponta da língua. ‘Não é só porque uma companhia abraça iniciativas verdes, que deve sair contando para todo mundo. É preciso uma comunicação mais sofisticada, que converse com as necessidades do consumidor’, diz” (BARBOSA, 2014).



Ainda sobre o tema:

Na vida real, a sustentabilidade é muitas vezes explicada por meio da velha e eficaz metáfora da galinha dos ovos de ouro: para continuar a abater os ovos, a ave precisa ser bem tratada, pois sua morte interromperia os ganhos. Mas não é o que se vê na prática. Ao que parece, a maioria das pessoas alimenta a fantasia de que a galinha é imortal, ou pelo menos tem uma resistência infinita a toda espécie de abusos. Como disse Karl Menninger, não é novidade que o ódio sempre permeou o mundo, que os seres humanos destroem uns aos outros há milênios, que essa destruição se estende à natureza e que nossa civilização foi construída às cinzas de populações espoliadas e recursos naturais destruídos. Diante dessas evidências, é claro que os questionamentos devem ser dirigidos não apenas ao ato de matar a galinha, mas também aos agentes dessa ação (MARIOTTI, 2013, p. 154).

Empresas são organizações dirigidas por seres humanos. Logo, deve haver uma compatibilização das atividades empresariais com responsabilidade ambiental e isso, aos olhos dos empresários, parece ser uma tarefa impossível. Culturalmente, a natureza esteve à disposição do homem durante muitos séculos, para ser explorada como bem ele entendesse, não havendo qualquer cuidado no sentido da preservação ou da conservação do meio ambiente.

Por certo, mais fortemente desde 1980, uma nova consciência tem surgido, e isso acabou refletindo nos tratados internacionais firmados entre os países e no direito positivo do Brasil (artigo 225 da Constituição Federal). Ocorre que só isso não basta. Precisa-se realizar o resgate ao vínculo antropológico comum que une todos os seres e a superação do egocentrismo. Contudo, no âmbito empresarial, ainda que haja uma preocupação sincera com o meio ambiente, o lucro insiste em imperar, acima de qualquer outro interesse. O empresário fica dividido entre o cuidado com o meio ambiente e o prejuízo do seu negócio. Dessa forma:

A auto-organização é um fenômeno do mundo natural. O desenvolvimento sustentável é um fenômeno da mente humana – um construto cultural. A natureza não precisa do homem para ser sustentável. Logo, o desenvolvimento sustentável pode ser visto como uma forma de continuar a explorá-la, agora com a preocupação de até quando isso poderá ser feito sem gerar consequências letais contra nós mesmos. Assim, quando alguém pergunta se uma determinada ação é sustentável, na maioria das vezes quer saber até que ponto poderá continuar a obter vantagens econômicas (MARIOTTI, 2013, p. 201).



Em contrapartida, existem empresas preocupadas com o meio ambiente, que se concentram naquilo que o consumidor deseja, propagando iniciativas sustentáveis com intuito de aumentar a lucratividade e fidelizar o público-alvo. Assim, uma alternativa ao problema da “sustentabilidade de carona” seria fortalecimento de marcas engajadas e a criação de uma rede de divulgação do efetivo “mercado verde”, para que os consumidores não caiam em falsas promessas ou enganos. Não se pode fomentar o mito da sustentabilidade. Empresas com ideais semelhantes são passíveis de parcerias, e essa divulgação seria benéfica a quem participasse desta rede de divulgação. Porém:

Não é possível mudar tantas coisas em escala tão ampla sem levar em conta a condição do homem como animal político, como disse Aristóteles – o que implica em contrariar interesses econômicos de grande porte. Ademais, para fazer tantas mudanças seria preciso mudar antes o modo de pensar que predomina em nossa cultura (MARIOTTI, 2013, p. 206).

As transformações já são visíveis, pois muitas empresas estão em harmonia com os princípios da sustentabilidade. Apesar da lentidão, característica das mudanças culturais, ela está ocorrendo. O processo está em construção e atinge cidadãos, comunidades, empresas, municípios, estados, países e o planeta terra, como um todo, pois todos fazem parte um lar compartilhado. Reafirma-se a ideia de que “[...] a melhoria da qualidade do meio ambiente está diretamente associada a uma mudança de postura, de atitude do homem frente aos problemas naturais e envolve o da consciência ecológica que reconhece a unidade de humanos, plantas, animais e a própria Terra” (OLIVEIRA; LOURENÇO, 2012, p. 311).

As interações sociais entre Estados e indivíduos, ou indivíduos entre si, e as relações que envolvem consumidores e organizações empresariais, estão diretamente relacionadas.

[...] com a melhora da vida que levamos e das liberdades que desfrutamos. Expandir as liberdades que temos razão para valorizar não só torna nossa vida mais rica e mais desimpedida, mas também permite que sejamos seres sociais mais completos (SEN, 2000, p. 29).

Assim sendo, o desenvolvimento econômico, inerente ao processo civilizatório, deve continuar ocorrendo desde compatibilizado com a sustentabilidade.



Empresas que optarem por ações sustentáveis devem fazê-lo de forma verdadeira e transparente, não havendo aqui qualquer espaço para falseabilidades. A sustentabilidade não pode ser desvirtuada e utilizada para aproveitamentos diversos, sob pena de tornar-se um mito que não convence a ninguém. Deve ser uma realidade, dispersa em todos os segmentos sociais e embora o processo seja longo e lento, já está iniciado.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao findar este trabalho, torna-se possível concluir que foram muitos os fatores contribuintes para a crise vivida na sociedade pós-moderna. Nos últimos séculos, as transformações do mundo são evidentes e os avanços também. Porém, há um preço a ser pago pelo progresso desmedido. Os recursos naturais estão cada vez mais escassos e preocupam a humanidade, que depende diretamente dela para sobreviver.

O novo paradigma da sustentabilidade surge em 1980 e ganha força em todo o mundo, como uma forma de limitar a exploração do meio ambiente e de preservar os recursos naturais para as gerações presentes e futuras, pois disso depende a manutenção da vida humana neste planeta. Muitas pessoas, países, comunidades e empresas compreenderam o sentido dessa mudança de consciência, pois a relação destes com a natureza, da forma como se encontra, são insustentáveis. Assim há necessidade do resgate de um sentimento de pertença, que permita a identificação de um ser humano com o outro em prol de uma vida plural. No entanto, essa vida plural vai além do conceito de sociedade que se vive hoje.

As posturas sustentáveis são ações que evitam a aceleração da extinção do homem na terra, porém, não o salvam em definitivo. O mundo natural precisa estar em comunhão com as tecnologias, com criação de condições de preservação da natureza, por meio de uma consciência ecológica, caracterizada pelo aumento de cuidado em relação ao ambiente como um todo (condições climáticas, geográficas, aquáticas, sociais, econômicas, antropológicas, mentais, entre outros) e com novas



dimensões de qualidade e sustentabilidade da vida de todos que habitam esse mundo.

Ocorre que muitas corporações e empresas estão aproveitando a tendência ecológica, característica dos novos tempos, para aumentar seus lucros e cativar mais consumidores. Não estão efetivamente engajados na causa ambiental, fomentando uma “sustentabilidade de carona”. Interesses econômicos ficam sobressaídos em relação ao humano e ao natural, e assim a sustentabilidade torna-se um mito, iludindo quem consome e desequilibrando o mercado. Embora esta prática seja bastante comum, pode-se observar, em nível de Brasil, que muitas empresas estão em consonância com os princípios sustentáveis e são exemplos para outros países, devido seu cuidado e atenção com o meio ambiente.

Para identificar quais empreendimentos estão realmente preocupados com a sustentabilidade, sugere-se, *a priori*, o fortalecimento destas empresas e dos produtos e a criação de uma rede para divulgação deste mercado. Dessa forma, pretende-se atingir o público-alvo sem qualquer tipo de engano (tanto para consumidores quanto para concorrentes).

Espera-se que a nova uma nova consciência, em prol do desenvolvimento sustentável atinja também o setor empresarial, que pode, a exemplo de muitas outras empresas, desenvolver-se sem degradar, contribuindo para a conservação e preservação do meio ambiente. Certamente ajustes terão que ser feitos, mas benefícios serão percebidos, tanto pelo nicho que consome e prefere consumir produtos ecologicamente corretos, quanto pelo planeta terra, que depois de tanta exploração, agradece as ações que auxiliem na manutenção dos ciclos naturais.

REFERÊNCIAS

ABREU, Carlos. Empreendimentos **Sustentáveis, a saída para o Planeta**. Disponível em: <www.atitudessustentaveis.com.br/sustentabilidade/sustentabilidade>. Acesso em: 19 abr. 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. A Amizade como fundamento Raciovital à Sustentabilidade de uma sociedade-mundo. In: TRINDADE, André Karam; ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira; BOFF, Salete Oro (Orgs.). **Direito,**



Democracia e Sustentabilidade: Anuário do Programa de Pós-Graduação da Faculdade Meridional. Passo Fundo: IMED, 2013. p. 131-175.

ATÉ 2050 SERÃO NECESSÁRIOS TRÊS PLANETAS PARA SUPRIR NECESSIDADES DA POPULAÇÃO MUNDIAL, ALERTA ONU. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/ate-2050-serao-necessarios-tres-planetras-para-suprir-necessidades-da-populacao-mundial-alerta-onu/>>. Acesso em: 14 jun. 2014.

BARBOSA, Vanessa. **Por que o marketing verde não convence.** Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/mundo/noticias/por-que-o-marketing-verde-nao-cola>>. Acesso em: 15 jun. 2014.

BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia política.** São Leopoldo, RS: Unisinos, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. **A ética é possível em um mundo de consumidores?** Tradução: Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

BOFF, Leonardo. **Ética da vida: a nova centralidade.** Rio de Janeiro: Record, 2009.

BORTOLOTTI, José Carlos Kraemer; ZAMBAM, Neuro José. A Democracia, os Direitos Fundamentais e o Desenvolvimento Sustentável. In: BORTOLOTTI, José Carlos Kraemer; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Direitos Fundamentais e Democracia Constitucional.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2013.

CHAUÍ, Marilena de Souza. Público, privado e despotismo. In: NOVAES, Adauto (Org.). **Ética.** São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

CMMAD - Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. **Nosso Futuro Comum.** 2. ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991.

DEFINIÇÃO DE CONSUMISMO. Disponível em: <<http://sociedade-do-consumo.blogspot.com.br/2008/06/definio-de-consumismo.html>>. Acesso em: 31 maio 2014.

EM HARMONIA COM A NATUREZA. Disponível em: <http://www.faber-castell.com.br/54313/Sustentabilidade/Em-harmonia-com-a-natureza/fcv2_index.aspx>. Acesso: 15 jun. 2014.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro.** 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GIDDENS, Anthony. **La Política del Cambio Climático.** Tradução: Francisco Muñoz de Bustillo. Madrid: Alianza, 2010.

HANS, Jonas. **O Princípio Responsabilidade: ensaio de uma ética para uma civilização tecnológica.** Rio de Janeiro: PUC Rio, 2006.

LÊNIN, V. I. **O imperialismo: fase superior do capitalismo.** 3. ed. São Paulo: Centauro, 2005.

LIMBERGER, Têmis. Estado, administração, novas tecnologias e direitos humanos: como compatibilizá-los? In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e**



doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado. Editora São Leopoldo: Unisinos, 2012. p. 277-294.

MARIOTTI, Humberto. **Complexidade e sustentabilidade**: o que se pode o que não se pode fazer. São Paulo: Atlas, 2013.

MORIN, EDGAR. **A via para o futuro da humanidade**. Tradução: Edgard de Assis Carvalho e Mariza Perassi Bosco. Rio de Janeiro: Bertrand do Brasil, 2013.

MORIN, Edgar. **O método 6**: ética. Porto Alegre: Sulina, 2005.

MURIEL, Bruna. **O Equador, rumo a uma nova existência social**. Disponível em: <<http://www.cartamaior.com.br/?/Opiniao/O-Ecuador-rumo-a-uma-nova-existencia-social/28587>>. Acesso em: 27 jun. 2014.

NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade**: estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa de; LOURENÇO, Daniel Braga. Sustentabilidade insustentável? In: FLORES, Nilton Cesar (Org.). **A sustentabilidade ambiental em suas múltiplas faces**. Campinas: Millenium, 2012.

OLIVEIRA, José Antonio Puppim de. **Empresas na sociedade**: sustentabilidade e responsabilidade social. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 12. ed. Florianópolis: Conceito Editorial/Millenium, 2011.

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos**. São Paulo: Peiropolis, 2005.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SIMÕES, Katia; TEIXEIRA, Rafael Farias. **Cresce o mercado vegano**. Disponível em: <<http://revistapegn.globo.com/Revista/Common/0,,EMI130934-17153,00-UM+MERCADO+DE+RAIZES.html>>. Acesso em: 14 jun. 2014.

SUSTENTABILIDADE NAS EMPRESAS BRASILEIRAS. Disponível em: <<http://revista.brasil.gov.br/especiais/rio20/desenvolvimento-sustentavel/sustentabilidade-nas-empresas-brasileiras>>. Acesso em: 16 jun. 2014.

VAL, André do. **Nike lança uniforme da Seleção Brasileira de Futebol feito de material reciclado e com reforço nas áreas de maior impacto**. Disponível em: <<http://chic.ig.com.br/homem/noticia/nike-lanca-uniforme-da-selecao-brasileira-de-futebol-feito-de-material-reciclado-e-com-reforco-nas-areas-de-maior-impacto>>. Acesso: 16 jun. 2014.

VIEIRA, Liszt. **Cidadania e Globalização**. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2002.

ZAMBAM, Neuro José. **Amartya Sen**: liberdade, justiça e desenvolvimento sustentável. Passo Fundo: IMED, 2012.



CONCILIAÇÃO ENTRE CONSTITUIÇÃO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO: CRESCIMENTO ECONÔMICO OU DESENVOLVIMENTO HUMANO?¹

BALANCING THE CONSTITUTION, ECONOMY AND DEVELOPMENT:
ECONOMIC GROWTH OR HUMAN DEVELOPMENT?

Laura Melo Vilhena²

Melina Fachin³

Resumo

Face aos inúmeros conflitos socioambientais relacionados ao modo de vida da sociedade atual examina-se o paradigma atual econômico, baseado na busca por crescimento econômico, na competição por recursos e no consumo ilimitado. Indaga-se como conciliar crescimento econômico e Desenvolvimento Humano em seus vários aspectos. Como estabelecer uma consonância (Justiça) diante de um paradigma de desenvolvimento que preconiza o crescimento da estrutura econômica e se sobrepõe aos aspectos políticos, sociais e ambientais? Buscou-se, com este trabalho, demonstrar a íntima relação entre realização de direitos fundamentais, economia, desenvolvimento e meio ambiente. Aponta que a estrutura econômica está intrinsecamente relacionada com a proteção dos direitos fundamentais e com a garantia destes em um Estado Democrático, conforme prevê nossa Constituição Federal. E nesse sentido propõe a reflexão de que há condições para haver a sustentabilidade e a realização constitucional, sendo a principal delas a mudança econômica, necessário o decrescimento. A noção de que o Desenvolvimento Humano está aliado ao decrescimento vem como um novo paradigma que orienta o desenvolvimento nesse sentido, compreendendo as relações que sustentam os direitos humanos fundamentais e atuando de acordo com suas características universais, indivisíveis e interdependentes.

Palavras-Chaves: Constituição; Economia; Crescimento Econômico; Desenvolvimento; Direitos Fundamentais.

Abstract

Facing numerous environmental conflicts related to the way of life of the current society, this article examines the current economic paradigm, based on the

¹ Artigo recebido em 23/10/2014, pareceres submetidos em 15/11/2014 e 20/11/2014 e aprovação comunicada em 30/01/2014

² Advogada, bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. Pós-graduanda em Direito Constitucional pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania. *E-mail:* <laura_vilhena@hotmail.com>.

³ Advogada, Professora de Direito no Instituto de Direito Constitucional e Cidadania. Mestre e Doutora em Direito pela PUC/SP. *E-mail:* <melinafachin@gmail.com>.



pursuit for economic growth, in the competition for resources and unlimited consumption. It is asked how to reconcile economic growth and human development in its various aspects. How to establish a Justice on a paradigm of development that favours the growth of economic structure and overlaps the political, social and environmental aspects? Sought, with this work, demonstrate the intimate relationship between realization of basic rights, economy, development and the environment. Points out that the economic structure is intrinsically related to the protection of fundamental rights, as it is previewed for the Federal Constitution. And in this sense, it is proposed that there are conditions to be sustainable and achieve constitutional realization, being the main condition the economic change. The notion that human development is coupled with the decrease comes as a new paradigm that guides the development in this direction, understanding the relationships that underpin the fundamental human rights and acting according to their universal, indivisible and interdependent.

Keywords: Constitution; Economy; Economic Growth; Development; Fundamental Rights.

1 INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea se depara com inúmeros conflitos em que tanto o bem ambiental quanto a saúde humana se encontram em risco. Verifica-se um profundo desrespeito no relacionamento entre os seres humanos em seus diversos grupos nos ambientes nos quais vivem e convivem.

De forma mais ampla a sustentabilidade da vida com dignidade e saúde está sendo afetada e comprometida devido a condutas humanas condicionadas pelo modo de produção e consumo desta sociedade. O Direito e o Estado têm sido chamados a se posicionar e responder a estes conflitos de natureza socioeconômica, pois não se pode conceber o fenômeno da vida – com dignidade e saúde – sem um ambiente natural saudável e equilibrado.

Ainda que a forma de perceber o meio ambiente como bem humano seja limitada, na valoração dada pela ciência jurídica ao meio ambiente este é classificado como um terceiro gênero de bem, que não se confunde com bens privados, nem com bens públicos. De acordo com a contribuição dada pela doutrina italiana (FIORILLO, 2007, p. 49-79), percebe-se que, de fato, o bem ambiental tem características próprias, quais sejam o de ser de fruição coletiva e que desperta interesse público em sua conservação. Transcende a noção de bens materiais, tratando-se de patrimônio público e conduzindo à afirmação de que os bens



ambientais são aqueles fundamentais à garantia da dignidade humana e necessários à coletividade.

De tal forma que, a proteção contemporânea dos direitos humanos fundamentais – núcleo de direitos essenciais à dignidade humana, envolve consequentemente a proteção do bem ambiental. O ambiente suporta e envolve a teia de relações em que a vida acontece e em que ela é mantida, estando presente nas questões mais vitais e elementares da condição humana, sendo essencial à sobrevivência de todas as espécies, não só a humana. Tanto é que, a nossa Carta Magna, a Constituição Federal de 1988, elencou em seu artigo 225 como direito de todos, essencial à sadia qualidade de vida, o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Considerado patrimônio público fundamental para as questões mais vitais e elementares da condição humana, o meio ambiente está, sem sombra de dúvidas, intimamente relacionado a direitos e deveres fundamentais. A dimensão ecológica dos direitos humanos abarca as teias de relações que permitem que a vida e a dignidade humana sejam respeitadas e garantidas. É basilar, portanto, o reconhecimento das inter-relações entre os direitos e deveres e a conciliação de direitos e deveres liberais, sociais e ambientais na hora de aplicação das leis. Tratar de sustentabilidade é deste modo, falar na imprescindibilidade e interconexão da dimensão ambiental, econômico-social e política no processo de busca de melhores condições de vida para as pessoas.

A proteção contemporânea dos direitos humanos depende de que estas dimensões não sejam vistas de modo isolado. O reconhecimento dessas inter-relações, ou seja, da dimensão ecológica dos direitos e deveres fundamentais é necessário para vivermos em uma sociedade fraterna, fundada na harmonia social e comprometida interna e internacionalmente com a solução pacífica das controvérsias.

Ocorre que a economia global contemporânea ainda opera em níveis que ignoram a dimensão ecológica gerando danos. As crescentes limitações que o processo da globalização econômica impõe à soberania dos estados nacionais e das comunidades locais aponta para a necessidade de cooperação e associação



entre pessoas e entre estados como a única forma de preservar a margem de afirmação das escolhas e das ações políticas.

O *modus vivendi* predominante ainda não está em conformidade com a dimensão ecológica, sendo dever do Direito encontrar meios hábeis de identificar as atitudes econômicas que estão em desacordo com os princípios e direitos fundamentais e propor alternativas consonantes.

Tamanha é a mudança de hábitos requerida que perpassa diversas relações. Envolve o que as pessoas comem, como se alimentam, onde moram, como vivem, como se divertem, o que vestem e vai até o que faz com que as pessoas se sintam bem, felizes, realmente satisfeitas, contentes e o que as motiva a se moverem para um lado ou outro e até qual sentido e valor dão à vida. Ou seja, envolve até qual a visão e referências de prosperidade e riqueza que está no imaginário das pessoas.

Mostra-se, portanto essencial haver uma mudança de paradigma econômico, que abrange a transformação das referências e indicadores de crescimento atuais, como PIB no nível nacional e a quantidade de renda familiar em nível familiar e chega até o imaginário de desenvolvimento, até promover a modificação do modo de vida e das relações que se estabelecem no meio em que se vive, bem como transformação dos processos produtivos.

O presente trabalho tem como objetivo principal demonstrar a relação entre o modelo de desenvolvimento econômico vigente - baseado na premissa da escassez, os danos gerados ao ambiente e conseqüentemente as limitações que provoca à realização de direitos fundamentais, apontando para a necessidade de um decrescimento, entendido como a submissão, a ligação dos fins econômicos ao pleno desenvolvimento da dignidade de toda pessoa humana.

O propósito do presente trabalho não é discorrer sobre todas as mudanças exigidas, apesar de interessante, mas sim trazer a atenção e foco de percepção para a íntima relação existente entre as escolhas econômicas em todos os níveis e a garantia de direitos fundamentais, com enfoque ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.



A metodologia utilizada é de natureza bibliográfica, reflexiva e investigativa, com levantamento de dados e informações sobre a temática, em livros, periódicos e documentos internacionais. Através de pesquisa bibliográfica pretende-se investigar como inserir a perspectiva ecológica para as soluções jurídicas dos conflitos socioambientais atuais. Utiliza-se ainda o método dialético principalmente dedutivo, pois a partir da análise dos dados gerais chega-se a conclusões pontuais e ligadas à realidade.

2 ECONOMIA GLOBAL E A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL

Em uma pretendida economia globalizada que se pauta na necessidade de geração de lucro acima de quaisquer outras prioridades é possível alcançar a realização de direitos fundamentais? Algumas das razões que determinam a condição de vida das pessoas que por sua vez, se encontra diante de vários conflitos, estão fundamentadas em escolhas econômicas.

Um dos objetivos da existência da Constituição Federal é orientar ações e escolhas para a realização de direitos fundamentais. As ações deveriam se orientar pela Carta Magna. Das orientações trazidas pelo Direito, destaca-se o artigo 170 da Constituição Federal, mandamento superior na hierarquia do ordenamento jurídico nacional:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, **tem por fim assegurar a todos existência digna**, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI-**defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.**

Em consonância com os mandamentos constitucionais, portanto, está uma ordem econômica que tenha como fim a existência digna e por meio da valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, tendo como princípio a defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.



A orientação trazida por nossa Constituição Federal aponta que a ordem econômica deve ter como objetivo a dignidade da pessoa humana, respeitando sua dimensão ecológica, sendo que, ocorrendo conflito entre a produção e geração de lucro e a realização da dignidade humana, esta deve sobressair e alternativas econômicas devem ser encontradas. Ninguém está autorizado a causar danos ao meio ambiente, pois assim agride-se um bem de todos e essencial à sadia qualidade de vida.

Ocorre que o atual padrão de apropriação (DERANI, 2003), produção e consumo de bens se baseia na premissa da escassez, exploração, elaboração e acumulação de “recursos naturais”. Predomina a visão de que a prosperidade é adquirida através do crescimento econômico. E uma gama de desrespeitos é permitida sob a bandeira do “desenvolvimento com o crescimento econômico”.

Já se tem um número suficiente de relatórios mostrando que a busca indefinida do crescimento é incompatível com as condições de vida no planeta. O famoso relatório do Clube de Roma “Os limites do crescimento” (MEADOWS, 1978), de 1972, faz uma análise dos problemas vistos como dilema da humanidade, provocados pela cultura econômica tecnológica, passando a examinar de forma detalhada a situação do meio ambiente em relação a qualidade dos solos, quantidade de minerais, produção de alimento, entre outros parâmetros. Corroborando esse entendimento, o economista Serge Latouche (LATOUCHE, 2009):

Na verdade estamos totalmente a par da situação. [...] Todos os dias ou quase todos os dias, novos relatórios aterradores, provenientes dos mais diversos horizontes, confirmam esse diagnóstico de bom senso. Assim, depois da declaração de Wingspread (1991) - declaração de vinte e dois biólogos denunciando os perigos dos produtos químicos; do Chamado de Paris de 2003 – declaração internacional para alertar os perigos sanitários provocados pelo crescimento econômico; do Millennium Assessment Report (2005) – relatório da ONU baseado no trabalho de 1360 especialistas de 95 países, que demonstra que a atividade humana abusa das capacidades de regeneração dos ecossistemas a ponto de comprometer os objetivos econômicos, sociais e sanitários fixados pela comunidade internacional para 2015; foram redigidos os do Grupo Intergovernamental de Especialistas sobre a Evolução do Clima, os das ONG especializadas (WWF, Greenpeace, Friends of Earth, Worldwatch Institute, etc.).[...] Dizer que um crescimento infinito é incompatível com um mundo finito e que tanto nossas produções como nossos consumos não podem ultrapassar as capacidades de regeneração da biosfera são evidências facilmente compartilháveis.



Economistas como Serge Latouche e Tim Jackson destacam a estrutura econômica atual como razão para tal quadro e fazem uma crítica contundente à maneira como os “recursos” naturais vêm sendo utilizados pela sociedade contemporânea em função do consumismo e do imperativo de crescimento econômico. A própria visão dos elementos da natureza e do ambiente como recursos já demonstra o foco utilitarista presente.

Com o propósito de gerar lucro para alguns e manter padrões de vida privativos e exclusivos, o modelo de desenvolvimento adotado, com ênfase no viés econômico, leva ao esgotamento dos bens naturais, provoca a degradação do ambiente e acaba por diminuir a qualidade de vida da maioria da população, que sofre os efeitos de tal desgaste. Podem ser observados os riscos promovidos por este padrão de crescimento e desenvolvimento econômico global, em que a forma e a intensidade do consumo são baseadas na exploração ambiental e no princípio da escassez.

As consequências são a pobreza, a degradação e poluição do ar, da terra, das florestas e matas, das fontes de água, a extinção de espécies de plantas e animais (perda da biodiversidade) e com ela a perda da complexidade adaptativa dos ecossistemas. Tudo pelo mau uso das riquezas naturais e artificiais. Ou seja, o atual sistema econômico e social se mostra contraposto ao desenvolvimento humano, ao propósito de caminhar no caminho da Justiça e conseqüentemente da paz. Nesse sentido, o professor Paulo Bonavides, aclara, *o direito a paz é concebido ao pé da letra qual direito imanente à vida, sendo condição indispensável ao progresso de todas as nações, grandes e pequenas, em todas as esferas* (BONAVIDES, 2008, p. 81-93).

Aliado a isso, a atuação liberal dos Estados na economia, em que a gestão dos bens naturais é feita sem compromisso com a renovação dos mesmos, permite o agravamento desse quadro, de maneira que não se consegue fazer o uso sustentável da biodiversidade, tampouco conservá-la e garantir o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e demais direitos fundamentais interconectados, como direito à vida, à saúde, à educação, à liberdade, à igualdade, ao trabalho, até à água, entre outros.



De acordo com Jackson (JACKSON, 2013), esse modelo gerou uma grave crise econômico-ecológica e resultou numa distribuição desigual dos benefícios alcançados, revelando-se incapaz de trazer prosperidade. Por isso, afirma o autor, o Produto Interno Bruto (PIB) não deve ser utilizado como parâmetro de bem-estar e felicidade, assim como a sustentabilidade financeira deve ser pensada a partir da sustentabilidade ambiental, à qual está intimamente ligada.

O economista, autor do livro “Prosperidade sem Crescimento – Vida Boa em um Planeta Finito” demonstra que as orientações basilares sobre as quais a política econômica global vem sendo conduzida geram sua própria insustentabilidade, em face da forma como se faz o uso dos bens naturais. Apresenta propostas de como fazer a transição para uma economia sustentável, que torne possível alcançar a prosperidade sem passar pelo ideário de crescimento.

3 ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO

Os parâmetros que movem a economia atual estão contrapostos aos que mantém o meio ambiente ecologicamente equilibrado, base material no qual o desenvolvimento dos seres ocorre. Latouche se inspirou na teoria da economia ecológica ou também chamada de evolucionária de Nicholas Georgescu-Roegen:

[...] a economia neoclássica nutre uma visão limitada e parcial do fenômeno econômico, desprezando a complexidade característica da relação entre economia e natureza. Nicholas Georgescu-Roegen foi um dos poucos economistas a criticar os fundamentos mecânicos da economia neoclássica e talvez o único que tenha desenvolvido uma teoria capaz de explicar o fenômeno econômico a partir da segunda lei da termodinâmica, a lei da entropia. Roegen mostrou que a produção econômica é uma transformação entrópica, de modo que a economia não pode ser vista como um sistema isolado, uma vez que a sua realização envolve necessariamente a elevação da entropia do sistema maior que a contém, ou seja, o sistema natural (SOUZA, 2014).

O sistema produtivo o que faz? Transforma recursos naturais em produtos que a sociedade valoriza. Mas não é somente isso. Essa transformação produz necessariamente algum tipo de resíduo, que seguindo a lógica linear de crescimento, não entra de novo no sistema produtivo (SOUZA, 2014). Se a economia pega recursos de qualidade de uma fonte natural e despeja resíduos,



considerados sem qualidade para a economia, de volta para a natureza, então não é possível tratar a economia como um ciclo fechado e isolado da natureza. Conforme explica Latouche, baseado nos ensinamentos de Nicholas Georgescu-Roegen (LATOUCHE, 2009, p. 14):

[...] Ao adotar o modelo da mecânica clássica newtoniana, nota Georgescu-Roegen, a economia exclui a irreversibilidade do tempo. Assim, ignora a entropia, ou seja a não reversibilidade das transformações da energia e da matéria. Por isso, os resíduos e a poluição, apesar de serem produtos da atividade econômica, não entram nas funções padrão de produção.

A maior contribuição de Georgescu-Roegen foi mostrar, a partir da segunda lei da termodinâmica, *que a ocorrência de mudanças qualitativas na economia não é de forma alguma uma questão periférica*, segundo revela economistas como Jose Eli Veiga que se aprofundaram no pensamento de Nicholas Georgescu-Roegen (CECHIN; VEIGA, 2010).

Há sempre algum tipo de mudança qualitativa a partir dos processos produtivos, também no nível físico elementar, qual seja a transformação de energia “útil” em energia “inútil”. De forma que em todas escolhas e processos econômicos de transformação da matéria em algo que satisfaça as necessidades dos seres humanos, há resíduos gerados.

A economia ecológica mostra que a economia não deve ser vista como sistema isolado e deve considerar o sistema maior que a contem, qual seja o sistema natural. Para estar contida na ecologia, portanto é necessário o decrescimento econômico, que vai no mesmo sentido de integrar direitos humanos fundamentais. Por isso é apontado como caminho para uma existência digna. É necessária uma mudança.

Esse paradigma de desenvolvimento, que justamente não é humano, em que o crescimento econômico se sobrepõe aos aspectos sociais, ambientais e ecológicos nas relações entre os seres onde vivem e convivem, ganhou contornos na Idade Moderna, com as revoluções liberais, e vem sendo cultivado há bastante tempo. De tal forma que na pós-modernidade se vivencia a sociedade de risco, segundo termo do sociólogo alemão Beck, aonde já não se consegue mais fazer



uma gestão efetiva dos danos causados pela cultura de consumo e dos riscos gerados pelas intervenções tecnológicas na natureza (BECK, 1998).

No tocante à sadia qualidade de vida, Paulo Affonso Leme Machado observa que “só pode ser conseguida e mantida se o meio ambiente estiver ecologicamente equilibrado. Ter uma sadia qualidade de vida é ter um meio ambiente não poluído” (MACHADO, 1992). O princípio primeiro da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento sublinha esta amarração. “Os seres humanos constituem o centro das preocupações relacionadas com o desenvolvimento sustentável” (SARLET, 2011). Como proteger então e garantir os direitos fundamentais? Como sustentar a existência dos mesmos em uma economia globalizada que não respeita a cultura local, quiçá a ordem constitucional dos países?

A sociedade contemporânea se depara com inúmeros conflitos em que tanto a vida quanto a saúde humana se encontram em risco. O relacionamento entre os seres humanos em seus diversos grupos nos ambientes nos quais vivem e convivem determina a dinâmica e saúde ecossistêmica do ambiente e dos mesmos. A forma como os grupos humanos estão se relacionando no meio em que vivem está gerando conflitos ecológicos que põem em risco a vida como um todo.

Nota-se que os seres humanos ainda não se percebem, em todas suas escolhas, como parte integrante dos ecossistemas e passam assim a explorar e utilizar os elementos da natureza (recursos naturais) de qualquer forma, e estes por sua vez são vistos como insuficientes e tendentes a acabar. De maneira que se observa a tendência de comportamento da sociedade em agir em sentido linear de explorar os ecossistemas, orientando-se pelo consumo imediato e privativo, acumulando assim os recursos, competindo, conservando o poder, agindo e produzindo de forma ilimitada tendo como base a extração e uso dos recursos. Competindo, explorando e empobrecendo o sistema ao invés de enriquecê-lo.

4 CRESCIMENTO ECONÔMICO OU DESENVOLVIMENTO HUMANO?

A escassez dos bens e riquezas naturais se tornou fato impeditivo da satisfação dos anseios de todos, além da permanência da vida com saúde e paz no



planeta. O atual padrão de apropriação, produção e consumo de bens que se baseia na premissa da escassez, preconizando o consumo imediato, gerando competição, e empobrecendo o ecossistema ao invés de enriquecê-lo, visto como um modelo de desenvolvimento humano com foco no crescimento econômico mundial gera a própria escassez, e conseqüentemente, inúmeros conflitos, sendo necessária uma mudança, anteriormente vislumbrada.

Uma mudança de paradigma econômico abrange a transformação das referências e indicadores de crescimento atuais, como PIB no nível nacional e a quantidade de renda familiar em nível familiar e chega até o imaginário de desenvolvimento, até promover a modificação do modo de vida e das relações que se estabelecem no meio em que se vive, bem como transformação dos processos produtivos.

O presente trabalho tem como objetivo principal demonstrar a relação entre o modelo de desenvolvimento econômico vigente - baseado na premissa da escassez, os danos gerados ao ambiente e conseqüentemente as limitações que provoca à realização de direitos fundamentais, apontando para a necessidade de um decrescimento, entendido como a submissão, a ligação dos fins econômicos ao pleno desenvolvimento da dignidade de toda pessoa humana.

O propósito do presente trabalho não é discorrer sobre todas as mudanças exigidas, apesar de interessante, mas sim trazer a atenção e foco de percepção para a íntima relação existente entre as escolhas econômicas em todos os níveis e a garantia de direitos fundamentais, com enfoque ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Para tanto, necessário é pensar e realizar os direitos aplicados no ambiente, ou seja, considerar as inter-relações que o sustentam, as condições fundamentais e como garantir a manutenção destes. Sendo os direitos humanos fundamentais inter-relacionados, ou seja, possuindo uma dimensão ecológica, ao se aplicar o direito, tem que se pensar tanto o que é concernente à resolução daquela causa quanto o que é fundamental a toda pessoa, prezando pelo respeito à dignidade da pessoa bem como na garantia dos direitos fundamentais, como roga a Constituição Federal de nosso Estado.



É necessário que a economia caiba no ambiente, pois como visto anteriormente, a economia está contida na natureza. Basear-se numa economia ecológica vai ao encontro à realização dos direitos fundamentais.

A percepção de que todos têm o direito ao desenvolvimento pleno da dignidade humana é importante como instrumento na busca por mudanças a favor da realização do mínimo existencial básico. Há uma necessidade de adequação da economia à ecologia, à vida. Com base na teoria da economia ecológica de Nicholas Georgescu-Roegen, ou também chamada de economia evolucionária, seria necessário descolonizar o imaginário econômico e passar para uma desaceleração econômica, um decrescimento.

A proteção contemporânea dos direitos humanos depende de que estas dimensões não sejam vistas de modo isolado. Tão grande é a mudança de hábitos requerida que perpassa diversas relações. Envolve o que as pessoas comem, como se alimentam, onde moram, como vivem, como se divertem, o que vestem e vai até o que faz com que as pessoas se sintam bem, felizes, realmente satisfeitas, contentes e o que as motiva a se moverem para um lado ou outro e até qual sentido e valor dão a vida. Ou seja, envolve até qual a visão e referências de prosperidade e riqueza que estão no imaginário das pessoas.

O reconhecimento dessas inter-relações, ou seja, da dimensão ecológica dos direitos e deveres fundamentais é necessário para vivermos em uma sociedade fraterna, fundada na harmonia social e comprometida interna e internacionalmente com a solução pacífica das controvérsias. O *modus vivendi* predominante ainda não age em conformidade com a dimensão ecológica, sendo dever do Direito encontrar meios hábeis de identificar as atitudes econômicas que estão em desacordo com os princípios e direitos fundamentais e propor alternativas consonantes.

O direito humano ao desenvolvimento, com enfoque na realização das potencialidades humanas e na efetivação das liberdades substanciais, alia, lado a lado, e em patamar de igualdade, direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais é a categoria que auxilia nessa busca (FACHIN, 2013).

Assume-se que não há verdadeira cidadania sem a garantia de um substrato socioeconômico mínimo, porque desprovidos deste as liberdades civis e políticas ganham contornos meramente formais. Do mesmo modo, os



direitos sociais, econômicos e culturais, sem a plena vivência pública, esvaziam-se de sentido porque exauridos do potencial emancipatório que esses direitos trazem consigo. Não há, portanto, na prática, verificação do cumprimento da promessa erigida contemporaneamente em relação aos direitos humanos uma vez que, para maior parte da população mundial, os direitos humanos não são interdependentes, nem universais. Sob pena de descrédito e falência do discurso dos direitos humanos, faz-se mister comprometer a prática com o legado de 1948, reiterado, em especial na Conferência de Viena em 1993. [...] Nesse influxo de conciliar a prática emancipatória com o discurso contemporâneo dos direitos humanos – centrado na universalidade e interdependência desses direitos – exsurge o direito ao desenvolvimento como instrumento possível da realização de direitos (FACHIN, 2013).

O artigo 22 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (UNICEF, 1950) já declarava o conceito do desenvolvimento atrelado à segurança social e a realização de um conjunto básico de direitos, conforme se nota pela leitura do mesmo:

Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social, **à realização** pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, **dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.** (Grifo nosso)

A despeito do que muitos acham, o termo decrescimento, que se refere a decrescimento econômico, não significa ausência de evolução por aconselhar a reduzir o que se entende atualmente por crescimento econômico. Pelo contrário, é um conceito que aponta que a busca pelo crescimento econômico sem limites é oposto ao ritmo da vida, que se dá em ciclos, ou seja, não se sustenta a longo prazo.

A submissão dos fins econômicos aos sociais e ambientais é essencial ao pleno desenvolvimento da dignidade de toda pessoa humana. O respeito ao Direito ao Desenvolvimento Humano se dá com a realização do pleno desenvolvimento da dignidade humana de toda pessoa humana, que por sua vez ocorre com o respeito a um grupo de direitos que estão integrados. Nas palavras da professora Melina Fachin:

[...] A categoria do direito humano ao desenvolvimento determina a igual oportunidade de todos os seres humanos acessarem as garantias mínimas do suprimento de suas necessidades mais básicas. Ao assegurarem-se, por meio dessa visão interdependente dos direitos, condições materiais



universais mínimas de um padrão digno de existência, atenuam-se os laços gerados pela dependência econômica e há espaço para o florescimento de verdadeira participação e construção política da cidadania, promotoras da emancipação social.

Dessa forma, indaga-se não será o Direito ao Desenvolvimento Humano, o próprio direito à evolução da humanidade? Entendido de forma ampla, o Direito ao Desenvolvimento Humano pode ser visto como o direito ao desenrolar da vida em seus inúmeros e variados ciclos contínuos para as presentes, mas também para as gerações vindouras, de forma que, para que todos possam viver de forma digna, muito há que ser respeitado.

Na medida em que o foco está em suprir o mínimo existencial para a existência digna de todas as pessoas humanas, respeitando as relações que sustentam a vida em detrimento das relações que mantêm o crescimento monetário isolado, pode-se inferir que isso se dá a realização do direito ao desenvolvimento humano. Para que seja possível um desenvolvimento pleno é necessário que a economia respeite o sistema natural.

Necessário é o decrescimento para que o Direito ao Desenvolvimento Humano seja garantido, através da realização dos direitos humanos fundamentais, ou seja, do mínimo- existencial da vida das pessoas desta e de futuras gerações.

É preciso mudar o arcabouço conceitual ao se tratar dos modelos econômicos quando se refere à espécie humana. A qualidade de vida humana dessas e de futuras gerações acontece dentro dos limites da capacidade de suporte dos ecossistemas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito e o Estado têm importante papel na organização e sobrevivência de nossa espécie, de forma que estão necessariamente envolvidos nas questões essenciais, sendo corresponsáveis pela solução dos atuais conflitos ambientais, bem como pelo constante trabalho pela Harmonia Social e pela manutenção de uma Cultura de Paz e respeito pelos Direitos Fundamentais e Dignidade da Pessoa humana. E a Teoria Constitucional, conseqüentemente, neste contexto, vem sendo marcada por um processo de constante transformação e aprimoramento.



Tais transformações são modeladas a partir das relações sociais que legitimam toda a ordem constitucional, trazendo novas feições e tarefas incorporadas ao Estado e ao Direito de um modo geral, sempre na busca de uma salvaguarda mais ampla dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana.

O princípio da solidariedade aparece nesse cenário expressando a necessidade fundamental de cooperação entre os seres humanos. A justiça ambiental busca conciliar direitos e deveres liberais, sociais e ambientais, além de realizar direitos humanos fundamentais por estar em sintonia com a tese de indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, pois tal tese percebe os direitos humanos como universais, indivisíveis e inter-relacionados (ver declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento).

Portanto as decisões dos tribunais e os atos administrativos devem considerar não só os direitos, mas a sua dimensão ecológica e universal que permite que a dignidade da pessoa humana seja respeitada. Assim tem-se um sistema jurídico integrado de tutela à dignidade da pessoa humana.

Em presença dos inúmeros conflitos socioambientais que vivemos hoje, para conseguirmos conviver neste planeta, mantendo o elo vital entre os seres humanos e a natureza, respeitando os direitos humanos fundamentais é necessário aos seres humanos resgatarem a noção de pertencimento e agir com consciência ecológica, o que significa agir com respeito às relações universais existentes, respondendo de forma responsável e solidária – postura que parece idealista em um primeiro momento, mas totalmente viável.

Perante esse cenário, a Constituição é chamada a responder aos problemas e desafios que se apresentam como essenciais com a missão de colocar-se em relação a essas novas ameaças que põem em risco os direitos humanos fundamentais e a ordem de valores e princípios que constituem o Estado Democrático de Direito, ameaças que comprometem fortemente a sobrevivência e qualidade de vida, bem como todos os direitos a ela inerentes.

Sendo a foco motriz da economia, o Desenvolvimento Humano, o decrescimento vem como novo paradigma, ampliando a compreensão da relação e



dos fundamentos dos direitos humanos fundamentais, suas características universais, indivisíveis e interdependentes.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ALTIERI, Miguel citado por GOMES, Ivar. Sustentabilidade social e ambiental na agricultura familiar. **Revista de Biologia e ciências da terra**, vol. 5, n. 1, jan./jun. 2004. Disponível em: <http://eduep.uepb.edu.br/rbct/sumarios/pdf/agricultura_familiar.pdf>.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**: Rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 1998.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1993.

BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. **Revista Direitos Fundamentais e Justiça**, n. 3, p. 81-93, abr./jun., 2008. Disponível em: <http://dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/3_Doutrina_5.pdf>. Acesso em: 18 set. 2014.

BRANDENBURG, Alfio em GOMES, Ivar. Sustentabilidade social e ambiental na agricultura familiar. **Revista de Biologia e ciências da terra**, vol. 5, n. 1, 1º Semestre de 2004. Disponível em <<http://eduep.uepb.edu.br/rbct/sumarios/pdf/agriculturafamiliar.pdf>>.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Curso de direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002.

CECHIN, Andrei Domingues; VEIGA, José Eli da. A economia ecológica e evolucionária de Georgescu-Roegen. **Rev. Econ. Polit.**, São Paulo, v. 30, n. 3, Sept. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31572010000300005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 27 set. 2014. DOI: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0101-31572010000300005>>.

DERANI, Cristiane. Tutela Jurídica da Apropriação do Meio Ambiente e as Três Dimensões da Propriedade. **Hileia Revista de Direito Ambiental da Amazônia**. 2003

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DIEGUES, Antônio Carlos S. **Desenvolvimento sustentável ou sociedades sustentáveis da crítica dos modelos aos novos paradigmas**. Disponível em: <http://www.ppgcasa.ufam.edu.br/pdf/Diegues_sustentabilidade.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2014.

FACHIN, Melina Girardi. **Fundamentos dos direitos humanos**: Teoria e práxis na cultura da tolerância. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos Fundamentais e proteção do ambiente**: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.



- FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- FREITAS, Juarez. Licitação e Sustentabilidade: ponderação obrigatória dos custos e benefícios sociais, ambientais e econômicos. **Revista Interesse Público**, Ano XIII – 2011, n. 70. Editora Fórum.
- FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- GOMES, Ivar. Sustentabilidade social e ambiental na agricultura familiar. **Revista de Biologia e ciências da terra**, vol. 5, n. 1, 1º Semestre de 2004. Disponível em: <<http://eduep.uepb.edu.br/rbct/sumarios/pdf/agriculturafamiliar.pdf>>.
- JACKSON, Tim. **Prosperidade sem crescimento: Vida boa em um Planeta Finito**. São Paulo: Abril, 2014.
- LAWAND JUNIOR, Antônio Elian. Introdução do fator ambiental no contemporâneo direito humanitário. In: Revista Mestrado em Direito, Osasco, ano 11, n. 1, p. 119-138.
- LATOUCHE, Serge. **Pequeno Tratado do Decrescimento Sereno**. Tradução Cláudia Berliner. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- LEROY J. et al. **Tudo ao mesmo tempo agora: desenvolvimento, sustentabilidade, democracia: o que isso tem a ver com você?** Petrópolis: Vozes, 2002.
- MEADOWS, D. L., MEADOWS, D. H., RANDERS, J. & BEHRENS, W.W. **Limites do crescimento: um relatório para o Projeto do Clube de Roma sobre o dilema da humanidade**. São Paulo: Perspectiva, 1972.
- NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do; VIANNA, João Nildo. **Dilemas e Desafios do Desenvolvimento Sustentável no Brasil**. Rio de Janeiro: Garamond, 2007.
- PERALTA, Carlos E. A justiça ambiental como novo paradigma da sociedade de risco contemporânea. **Revista Direito Ambiental e sociedade**, v. 1, n. 1, jan./jun. 2011, p. 251 -271.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- SACHS, Ignacy. **Caminhos para o Desenvolvimento Sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Direito Constitucional Ambiental: (estudos sobre a Constituição, os Direitos Fundamentais e a Proteção do Ambiente)**. Ingo Wolfgang Sarlet, Tiago Fensterseifer. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- SCHAEFER, Fernanda. Direitos Humanos e Globalização Econômica: Compatibilidade De Princípios? **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2009, n. 1, ago-dez./2009, p. 76-96. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista/revista_completa.pdf>.
- SENGUPTA, Arjun. **O Direito ao desenvolvimento como um Direito Humano**. Disponível em: <http://ww1.psd.org.br/opartido/ltv/revista/revista_02/p7292_o_direito.pdf>.



SOUZA, Kelly Schaper Soriano de. **A defesa do meio ambiente na ordem econômica constitucional brasileira:** o direito por uma economia ecológica. Orientadora: Cristiane Derani. Florianópolis, 2014.

SOUZA, Washington Luis. Ensaio sobre a noção de poder em Michel Foucault. **Revista Múltiplas Leituras**, v. 4, 2, 2011, p. 1-2 ISSN 1982-8993. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/ML/article/viewFile/3160/2911>>. Acesso em: 18 set. 2014.

UNITED NATIONS (UN). **Declaration on the Right to Development.** Disponível em: <<http://www.un.org/en/events/righttodevelopment/declaration.shtml>>. Acesso em: 11 ago. 2014. Tradução disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-aoDesenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html>>.

VITA, Juan Alvarez. **Derecho al Desarrollo.** Lima: Cuzco, 1998.

YUNNUS, Muhammad. **Um mundo sem pobreza:** a empresa social e o futuro do capitalismo. Tradução de Creating a world without poverty por Juliana A. Saad e Henrique Amat Rêgo Monteiro. São Paulo: Ática, 2008.



SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: DELINEANDO O ELEFANTE¹

SUPREME FEDERAL COURT: DESCRIBING THE ELEFANT

Aimée Guimarães Feijão²

Resumo

O artigo insere-se no campo de estudo concernente à Filosofia do Direito. A proposta por este veiculada consiste em realizar uma análise político-filosófica da atuação do STF visando a delinear a real natureza dessa instituição. Por meio da análise dos votos proferidos e das manifestações enunciadas no âmbito da ADPF 186 extraem-se três pontos principais de questionamento. O primeiro versa sobre o misticismo que envolve a Constituição Federal de 1988, considerada o mártir da defesa dos direitos e das garantias fundamentais dos indivíduos. O segundo explicita as técnicas de decisão utilizadas pela nossa Suprema Corte, consubstanciadas em uma utilização quase abusiva de princípios como argumentos de autoridade. O terceiro, por sua vez, consiste na análise da posição que a Corte ocupa na separação de poderes. Como resultado, tem-se que o STF, apesar do idealismo que o circunda, é mais um ator político inserido no jogo de poder.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; Filosofia do Direito; Separação de poderes; ADPF 186; Sistema de cotas.

Abstract

This paper relates to the field of study of Legal Philosophy. The proposal conveyed by this piece is to conduct an analysis, both political and philosophical, of the Supreme Court's procedure in order to outline the true nature of this institution. By the analysis of the votes and arguments listed in the ADPF 186 one may extract three points of inquiry. The first deals with the mysticism involving the Federal Constitution of 1988, conceived as the ultimate defender of fundamental rights. The second points to the decision techniques used by our Supreme Court, consistent in an abusive use of principles as arguments of authority. The third consists in the analysis of the position held by the Court on the separation of powers. As a result, we have that the Supreme Court, despite the idealism that surrounds it, is an active agent in the political scenario.

Keywords: Supreme Court; Legal Philosophy; Separation of powers; ADPF 186; Quota system.

¹ Artigo recebido em 23/10/2014, pareceres submetidos em 06/11/2014 e 06/11/2014 e aprovação comunicada em 18/11/2014.

² Mestranda em Direito, Estado e Constituição pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, *E-mail:* <aimeegfeijao@gmail.com>.



1 INTRODUÇÃO

O folclore popular, por meio de imagens simples, é capaz de transmitir conhecimentos de profunda sabedoria. Para nortear as reflexões levadas a cabo neste artigo, valemo-nos de uma lenda do folclore hindu que explicita com propriedade o embaraço causado pela deficiência na definição de determinado instituto ou fenômeno quando apenas um aspecto deste é considerado ao ser observado pelos interlocutores a partir de lentes não só diversas, mas divergentes.

Essa lenda é divulgada em várias versões. A mais comum conta-nos que em uma aldeia distante viviam seis sábios cegos. Apesar de serem muito arrogantes, os sábios eram conhecidos pelos seus bons conselhos. Um deles ficou aborrecido com a prepotência de seus companheiros e resolveu ir morar sozinho em uma montanha. No dia seguinte, chegou à cidade um comerciante montado em um enorme elefante. Os cegos nunca antes tinham tocado nesse animal e correram ao seu encontro. O primeiro sábio apalpou a barriga do animal e declarou tratar-se de um ser gigantesco e muito forte, pois, a partir do toque em seus músculos, constatou que eles não se moviam, pareciam paredes. O segundo, por sua vez, tocando na presa do animal, afirmou que na realidade ele era pontiagudo como uma lança, uma verdadeira arma de guerra. O terceiro exclamou que ambos os seus colegas estavam equivocados, pois, apertando a tromba do elefante, reconheceu ser ele idêntico a uma serpente, mas sem dentes na boca. O quarto assustou-se com os discursos de seus amigos e acusou-os de estarem alucinados; tocando as orelhas do elefante, constatou que seus movimentos são bamboleantes, como se o seu corpo fosse uma enorme cortina ambulante. O quinto cego, por fim, tateando a pequena cauda do elefante, afirmou ser esse animal como uma rocha com uma corda presa no corpo. E os cinco amigos ficaram horas debatendo, cada qual amparado em sua percepção da realidade, tomando-a como representativa da totalidade. Até que o sexto sábio apareceu conduzido por uma criança. Ouvindo a discussão, pediu para que a criança desenhasse o tal animal na areia. A criança assim o fez e, ao tatear os contornos do desenho, esse sábio percebeu que todos os seus colegas estavam certos e enganados ao mesmo tempo.

A conceituação deficiente, baseada em aspectos parciais da realidade, provoca a distorção do objeto de estudo. Objetiva-se por meio deste artigo realizar



uma interpretação holística da atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) na proteção dos direitos fundamentais. Reconhece-se, todavia, a falibilidade de qualquer abordagem que se pretenda absoluta. Almeja-se, acima de tudo, contribuir para o debate em torno da definição da natureza do nosso elefante. Qual o papel desempenhado efetivamente pela Suprema Corte brasileira? Defensor máximo dos direitos fundamentais? Prolator da última palavra no que diz respeito aos conflitos e indefinições que esgarçam o tecido social? Órgão isento de pretensões políticas no qual a democracia é defendida das ambições políticas do Executivo e do Legislativo?

Para responder a esses questionamentos, valemo-nos metodologicamente da análise do julgamento da APDF 186, em que é discutida a constitucionalidade do sistema de reserva de vagas com base exclusivamente no critério étnico-racial para acesso ao ensino superior instituído pela Universidade de Brasília. A escolha específica da ação em tela deveu-se à necessidade tanto de delimitar o foco de análise quanto de selecionar um caso representativo das tensões que mobilizam a população brasileira.

Salienta-se que não é a pretensão deste artigo examinar os argumentos propriamente jurídicos que circundam a controvérsia, mas extrair, a partir dos votos proferidos, como a Corte define sua própria atuação. Tal análise levou-nos a levantar três pontos principais de investigação que estruturam este artigo. O primeiro versa sobre o idealismo e o misticismo que circunda a Constituição Federal de 1988, elevada ao *status* quase sagrado de defensora maior dos direitos e garantias fundamentais dos homens. O segundo destina-se a avaliar as técnicas de decisão utilizadas pela nossa Suprema Corte, marcadas pela utilização exaustiva de princípios como argumento de autoridade. O terceiro, por sua vez, surge da concatenação dos dois anteriores e consubstancia-se na análise da posição que o STF ocupa no sistema de pesos e contrapesos.

Os elementos colhidos permite-nos afirmar o papel eminentemente político da Corte. Apesar do idealismo que envolve os seus trabalhos e do véu de isenção que reforça a legitimidade das decisões então proferidas, o STF é, sim, mais um importante e ativo ator no cenário político brasileiro.



2 ADF 186: BREVE RELATO DA CONTROVÉRSIA SUSCITADA

A título de contextualização, faz-se necessário realizar um breve relato da controvérsia suscitada pela ADF 186.

Em 2009, o Democratas (DEM), partido político com representação no Congresso Nacional, ajuizou uma ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental questionando a constitucionalidade de atos do Poder Público que institucionalizaram um sistema de cotas para negros no processo de seleção para ingresso de estudantes na Universidade de Brasília.

Mais especificamente, os atos impugnados foram os seguintes: a ata da reunião extraordinária do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da UnB (CEPE) realizada no dia 06 de junho de 2003, a Resolução n. 38, de 18 de junho de 2003, do CEPE, o Plano de Metas para a Integração Social, Étnica e Racial da UnB e o Edital do 2º Vestibular de 2009 do CESPE – Centro de Seleção e de Promoção de Eventos, órgão integrante da Fundação Universidade de Brasília que organiza a realização do vestibular de ingresso à UnB.

Alega-se na peça exordial que a utilização de critérios exclusivamente raciais é perniciosa, pois contribuiria para a implementação de um Estado Racializado. Afirma-se que, no Brasil, o fator racial não é determinante para a dificuldade encontrada pelos negros no acesso à educação e a posições mais elevadas na sociedade. Segundo os autores, a exclusão nessa seara dar-se-ia, sobretudo, em decorrência de questões econômicas, independentemente da cor da pele. Questionava-se, ainda, a constitucionalidade da Comissão que, instituída pelo CESPE, tinha a incumbência de avaliar se o candidato ao sistema de cotas se enquadrava na definição de negro.

Os argumentos enunciados pelos *amici curiae* em sentido contrário àqueles dispostos na petição inicial foram das mais diversas ordens. Apenas para fornecer um panorama, pois não é o objetivo deste artigo examinar o conteúdo em si das manifestações, apresentaram-se argumentos de cunho histórico, social, cultural, econômico e filosófico. Alegou-se que não se pode ignorar o fato de que no Brasil a raça constitui, sim, um fator de exclusão, apresentando uma dimensão distinta daquela baseada em fatores econômicos. Os dois fatores estão interconectados,



mas possuem consequências diferentes que devem receber tratamentos também distintos.

Essa foi, em linhas gerais, a questão que se colocou perante a Corte.

3 CONSTITUIÇÃO DE 1988: NEM TANTO AO CÉU NEM TANTO À TERRA

Em alguns pronunciamentos percebe-se o exacerbado idealismo que reveste a Constituição de 1988. A Vice-procuradora-geral da República Déborah Duprat afirmou o seguinte: “Nunca é demais repetir o que significou a Constituição Federal de 1988 em termos de ruptura com todo o direito que a antecedeu. Nós saímos de uma igualdade meramente formal para uma igualdade material”. A Ministra Rosa Weber seguiu a mesma linha de raciocínio e assinalou que a Constituição de 1988 representou uma “quebra de paradigmas”, por meio da qual “se afastou a homogeneidade e se celebrou a diversidade, a pluralidade no Brasil”. A Ministra Carmén Lúcia pronunciou-se no sentido de exaltar a grande diferença produzida pela Constituição de 1988 em relação aos outros textos, pois “essa Constituição parte da igualdade para o processo dinâmico da igualação”.

Observa-se claramente uma idealização tanto da Constituição como do processo constituinte de 1988. Isso pode conduzir a falácias perigosas. Ao se rememorar o período histórico que culminou com a promulgação da chamada Constituição cidadã, percebe-se que esta representa a complexidade da época da qual foi fruto, apresentando tanto rupturas como continuidades com a ordem anterior.

Pode-se afirmar que a Constituição atual representa uma ruptura com a ordem político-constitucional anterior, na medida em que, como salienta Leonardo Barbosa em tese apresentada ao Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da UnB, todo o processo que culminou na abertura da Constituinte não foi obra do acaso ou da generosidade dos nossos representantes. “Ela (a abertura da Constituinte) foi conquistada após a aplicação de intensa pressão popular sobre o Congresso, cujo ápice se deu entre 1984 e 1985, com a votação da ‘Emenda Dante de Oliveira’ e da Emenda Constitucional n. 26, que convocava a Assembleia Nacional Constituinte.” (BARBOSA, 2009, p. 198)



A mobilização popular repercutiu não apenas no processo formal de instituição da Constituinte. Meios de participação institucional da sociedade civil foram assegurados pelo Regimento Interno dos trabalhos da Constituinte, quais sejam, “a possibilidade de apresentação de sugestões oriundas de entidades representativas de segmentos da sociedade, de audiências públicas perante as comissões e subcomissões e, principalmente, de oferecimento de emendas populares”. (BARBOSA, 2009, p. 198)

Não se pode negar, todavia, as continuidades que marcaram o processo constituinte. Não apenas pelo fato de ter sido precedido pela auto anistia dos próprios membros do Estado que torturaram e cometeram verdadeiras atrocidades contra a dignidade física e psíquica dos presos políticos, mas também, como explicita Ferreira Filho, pelo aspecto jurídico concernente à instauração da Constituinte. O mencionado autor desestrutura a percepção de quebra com a ordem anterior, sustentando a inexistência de descontinuidade entre o AI n. 5 e a Constituição Federal de 1988. Isso ocorre devido ao fato de a convocação da constituinte ter sido realizada como forma de autorização por meio de emenda constitucional para a reforma total da constituição então vigente. Esse seria o fio de ligação entre o regime autoritário e a nova ordem democrática. A emenda, nos dizeres de Ferreira Filho:

disciplinou a composição (os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal – inclusive os eleitos em 1982) e o procedimento (reunião unicameral do Congresso Nacional, dois turnos de discussão e votação, necessidade de maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional para a aprovação do texto etc.) (da Assembleia Nacional Constituinte). (FERREIRA FILHO, 2007, p. 37)

A mistificação da Constituição de 1988 vem acompanhada da exaltação do STF como seu maior defensor e porta-estandarte. A manifestação do Ministro Ayres Britto é a clara ratificação desta assertiva, ao declarar que:

este STF tem vitalizado a Constituição, tem tirado a Constituição do papel, tem dado à Constituição de 1988 uma interpretação humanística, porque ela é uma Constituição humanística, a partir desta decisão, Ministro Lewandowski, tão magistralmente conduzida por Vossa Excelência, o Brasil tem mais um motivo para se olhar no espelho da história e não corar de vergonha.



O pronunciamento acima transcrito remete-nos a analisar qual o efetivo papel que a nossa Suprema Corte assumiu na elaboração do novel texto constitucional. Estudo realizado por Andrei Koerner e Lígia Barros de Freitas recupera esse período e proporciona-nos revelações interessantes. Segundo os autores, os ministros do STF assumiram posicionamentos que variavam de centro-direita à direita ao observar a Constituinte de modo reservado, visando a manter o STF a salvo de modificações institucionais mais drásticas. (KOERNER; FREITAS, 2013, p. 145)

O Ministro Oscar Corrêa, em maio de 1985, proferiu um pronunciamento no sentido de considerar injustificada a Constituinte, visto que não haveria ruptura na ordem jurídica. Também o Ministro Néri da Silveira foi partidário da concepção de que a Constituição de 1988 seria um *continuum* da ordem anterior ao destacar a possibilidade de o STF ser provocado para avaliar a legitimidade da convocação da Constituinte (KOERNER; FREITAS, 2013, p. 146). O Ministro Moreira Alves, então presidente do STF quando da instalação da Assembleia Nacional Constituinte, adotou igualmente a perspectiva da continuidade, enunciando na sessão de instalação daquela que “Aquele momento significaria ‘o termo final do período de transição com que, sem ruptura constitucional, e por via de conciliação, se encerra o ciclo revolucionário’”. (KOERNER; FREITAS, 2013, p. 148)

Durante o processo constituinte, o STF fora mobilizado pelos dirigentes políticos como recurso estratégico. Ao se manifestar quanto à soberania e à liberdade da Assembleia, aquela Corte adotou uma posição bastante conservadora, considerando que esses atributos estariam limitados apenas ao estabelecimento de suas próprias regras internas:

à medida que, embora a ANC pudesse determina-las, estas eram, por sua vez, enquadradas pelas normas da ordem constitucional vigente. Embora o STF não declarasse explicitamente, deixava aberto o campo para examinar e controlar os trabalhos da ANC e para determinar o alcance das mudanças criadas por esta em face dos poderes constituídos. (KOERNER; FREITAS, 2013, p. 162)

Percebe-se, portanto, que os ministros do STF foram importantes personagens no processo constituinte, adotando por vezes posicionamentos



conservadores de modo a preservar sua autoridade e o formato do tribunal constitucional.

Conclui-se que a Constituição de 1988 incorpora relevantes modificações sociais, todavia deve ser retirada do altar em que é colocada e analisada sobre bases mais realistas, reconhecendo-se suas mazelas. Encobrir de certa dose de misticismo nossa Constituição Federal é uma forma de criar também um mito sobre o próprio trabalho da corte constitucional. Esse é o discurso propagado pelos seus membros. Nos dizeres do Ministro Fux, os juízes do STF são missionários de fazer justiça e o tribunal tem “efetivamente lutado pelas vidas das pessoas que sofrem, pela esperança das pessoas que tentam viver”.

4 PRINCÍPIO, UMA FACA DE DOIS GUMES

Igualmente para legitimar sua posição como intérprete maior da Constituição Federal o STF lança mão do uso abusivo de princípios em suas decisões.

Somente no julgamento da ADPF 186 foram aplicados nove princípios, todos desacompanhados de uma explicação substancial sobre a constituição de seu núcleo essencial: o princípio da igualdade formal, o princípio da igualdade material, o princípio da igualação, o princípio da justiça distributiva ou compensatória, o princípio meritocrático, o princípio da realidade, o princípio da autonomia universitária, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da proporcionalidade e, ainda, o subprincípio da necessidade.

Deve-se, contudo, proceder a um uso cauteloso dos princípios, pois, por não terem estes um conteúdo normativo determinado, podem ser equiparados a uma faca de dois gumes. Por um lado, eles permitem uma flexibilidade maior na interpretação da norma quando da apreciação de demandas concretas dos mais diversos graus de complexidade e dinamicidade. Por outro lado, abrem uma brecha para a inconsistência do sistema jurídico, na medida em que um mesmo princípio pode ser utilizado para embasar posicionamentos opostos a depender do alcance e do sentido fornecido pelo intérprete.

Alertando para o perigo da utilização abusiva dos princípios afirma Marcelo Neves que:



no caso brasileiro, o fascínio pelos princípios sugere a superioridade intrínseca desses em relação às regras. A essa compreensão subjaz a de que as regras constitucionais (completas, quando já superada as questões de exceções e /eventual ponderação) podem ser afastadas por princípios constitucionais em virtude da justiça inerente às decisões neles fundamentadas. Mas um modelo desse tipo implica uma negação fundamental de um dos aspectos do sistema jurídico que possibilita o processamento de decisões 'justas': a consistência. Um afastamento de regras a cada vez que se invoque retoricamente um princípio em nome da justiça, em uma sociedade complexa com várias leituras possíveis dos princípios, serve antes à acomodação de interesses concretos e partícules, em detrimento da força normativa da Constituição. (NEVES, 2010, p. 191)

Não se pretende com essa observação defender que a conclusão do julgamento foi equivocada. Ao contrário, entendemos que a resposta fornecida pelo STF foi socialmente adequada à realidade brasileira. O que se critica é o fato de o STF não assumir o caráter político de seu pronunciamento, revestindo-o com uma roupagem jurídica a partir de uma leitura excessivamente principiológica do texto constitucional.

O resultado do julgamento foi adequado, entretanto, ainda conforme os ensinamentos de Marcelo Neves, “no contexto brasileiro a invocação retórica de princípios para afastar regras é (...) superadequada socialmente, mas corre no sentido contrário do desenvolvimento na direção de um sólido Estado constitucional e da força normativa da Constituição”. (NEVES, 2010, p. 193)

5 STF E O SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS

O STF, além de assumir o papel de corte constitucional e órgão de cúpula do Poder Judiciário, teve seus poderes ampliados com a EC n. 3/93, que instituiu a ação declaratória de constitucionalidade, e com a EC n. 45/04, responsável pela inserção no texto constitucional da repercussão geral e da súmula vinculante. Complementando esses diplomas legais, seguiu-se o entendimento jurisprudencial de admissão do mandado de segurança impetrado por parlamentar para assegurar o direito líquido e certo do devido processo legislativo. Em última análise, permite-se que a Corte Constitucional freie projetos de lei ainda em tramitação.

Para exemplificar o quanto o cenário ora delineado permite o exercício arbitrário do juízo de admissibilidade, segue o entendimento do STF quando do julgamento da Questão de Ordem na ADPF n. 1/RJ:



Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Lei n. 9.882, de 3.12.1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da referida medida constitucional. 2. Compete ao Supremo Tribunal Federal o juízo acerca do que se há de compreender, no sistema constitucional brasileiro, como preceito fundamental. 3. Cabimento de o requerente apontar a lesão ou ameaça de ofensa a preceito fundamental, e este, efetivamente, ser reconhecido como tal, pelo Supremo Tribunal Federal.

Por esse sistema, as mais variadas questões podem ser submetidas ao STF. As controvérsias que carecem de maturidade deliberativa são encaminhadas para aquele grupo de onze juízes incumbidos de pronunciar a última palavra sobre o tema. A Suprema Corte torna-se, como observou Ingeborg Maus, o superego da sociedade (MAUS, 2000). Debates que deveriam ser firmados na esfera pública, submetidos ao amplo debate popular, são frequentemente delegados à esfera máxima do Judiciário.

Segundo Oscar Vieira, vivemos no que se pode chamar de Supremocracia, termo que reflete a ampliação da esfera de ação da Corte Constitucional brasileira.

A ampliação dos instrumentos ofertados para a jurisdição constitucional tem levado o Supremo não apenas a exercer uma espécie de poder moderador, mas também de responsável por emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva, ora validando e legitimando uma decisão dos órgãos representativos, outras vezes substituindo as escolhas majoritárias. Se esta é uma atribuição comum a outros tribunais constitucionais ao redor do mundo, a distinção do Supremo é de escala e de natureza. Escala pela quantidade de temas que, no Brasil, têm natureza constitucional e são reconhecidas pela doutrina como passivos de judicialização; de natureza, pelo fato de não haver qualquer obstáculo para que o Supremo aprecie atos do poder constituinte reformador. (VIEIRA, 2008, p. 445)

Observa-se a gradativa superposição do STF sobre os demais Poderes. A Corte tem seu âmbito de atuação ampliado e a tal fato não se segue uma medida de contrapeso. Manifestando-se sobre o assunto na ADPF 186, o Ministro Fux posicionou-se no sentido de ser incabível qualquer pretensão de controle pelos outros poderes, pois esbarraria nas chamadas cláusulas pétreas:

a Constituição Federal tem limites a sua revisão, limites materiais imanentes, dentre os quais as denominadas cláusulas pétreas nas quais se incluem a harmonia e a independência dos Poderes. Então, é absolutamente impossível essa pretensão de outros Poderes empreenderem a revisão dos atos judiciais.



No quadro ora apresentado, caracterizado pela inflação das atribuições do STF acompanhada da propagação do discurso de sua intangibilidade, continuar a afirmar a função meramente jurídica deste Tribunal é, no mínimo, ingenuidade. Ele tem cada vez mais assumido uma função política e preponderante na sociedade brasileira, desacompanhada de qualquer freio por parte dos demais Poderes.

Roberto Gargarella, ao analisar o cenário das cortes constitucionais latino-americanas, assevera que, devido ao poder e às garantias concedidas aos juízes, eles possuem ampla margem para julgarem como bem entenderem. Eles possuem largos poderes institucionais e, dada à ausência de uma teoria interpretativa comum e à tradição do *civil law*, há grande espaço para discricionariedade. Os juízes encontram-se distanciados do povo. A eles são garantidos salários excelentes, que os colocam acima de todos os cidadãos, e fortes imunidades. A eles é afiançada, ademais, a última fala institucional. Em suma, eles podem realizar muito por meio de suas decisões e ao mesmo tempo existe pouco controle sobre eles. Não surpreende, portanto, o forte caráter político dessas instituições. (GARGARELLA, 2003, p. 193)

O perigo da situação acima exposta reside na sua não percepção, pois escamoteada pelo discurso de se estar analisando apenas o lado “estritamente jurídico” das questões apresentadas à Corte e de ser o Judiciário caracterizado pela sua inércia, só agindo quando provocado. Ora, se os gatilhos que permitem a provocação do STF são cada vez mais ampliados, qualquer questão essencial à sociedade pode a ele ser levada.

6 COMO FICA NOSSO ELEFANTE?

De todo o exposto, evidencia-se o esforço discursivo em dissimular o caráter essencialmente político da Corte. Contribuem para tanto a mistificação da Constituição de 1988 e, conseqüentemente, do papel do STF como seu fiel intérprete e porta-estandarte, bem como o uso abusivo de princípios, que constitui instrumento hábil a revestir de constitucional qualquer questão a partir do labor interpretativo.

O adjetivo político não representa nenhum demérito. Barry Friedman, inclusive, acentua a necessidade de a teoria constitucional considerar em seus



estudos o caráter político dos pronunciamentos da Corte para dotá-los de maior completude e profundidade (FRIEDMAN, 2005). No mesmo sentido, Louis Fischer afirma que o diálogo constitucional consiste mesmo no reconhecimento de que o constitucionalismo democrático é caracterizado pela influência mútua entre os diferentes poderes, todos eles de caráter claramente político. (FISCHER, 1988)

A resistência a esse reconhecimento parece ser decorrente do assinalado por Robert Dahl em 1957 na obra *Decision-making in a democracy*. Segundo esse autor, a Corte não é, nem deveria ser de cunho meramente jurídico devido à natureza das questões que a ela são submetidas. A legitimação das decisões da Corte, todavia, reside na ficção de que ela não é uma instituição política, mas uma instituição exclusivamente jurídica. Aceitá-la como política, portanto, resolveria um problema à custa de outro. (DAHL, 1957, p. 280)

7 CONCLUSÃO

Observa-se hodiernamente uma crescente idolatria em torno do órgão máximo do Poder Judiciário. Isso é um reflexo do discurso que assegura ao STF a condição de entidade isenta de aspirações políticas em tempos de descrédito do Poder Legislativo diante da população brasileira. Nesse cenário de insatisfação, a palavra “política” encerra em si uma conotação negativa, transmudando-se em sinônimo de corrupção. O Parlamento é concebido como o local em que os interesses individuais imperam em detrimento do bem-estar coletivo.

É mais aceitável socialmente construir a imagem do STF como uma corte politicamente isenta e sacralizá-la como suprema protetora dos direitos fundamentais. Além de não se perturbar a ordem imposta pela tradicional divisão de poderes e atribuições, dispensando-se a formulação teórica de novos modelos de interações institucionais, esse mito previne o esgarçamento do tecido social que encontra um contrapeso em face dos interesses egoísticos franquados pelo Congresso Nacional.

Entendemos, todavia, que revelar e assumir o real papel da Corte é essencial tanto para lealdade e honestidade institucionais como para o fortalecimento da democracia que exige a transparência dos poderes instituídos. Adornar um elefante com vestes de formiga não o destitui de sua natureza.



REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **Mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964**. 2009. 409 p. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília.
- BRASIL, 26 de abril de 2012, **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=ZbOcW5oF2fQ>>. Acesso em: nov. 2013.
- DAHL, Robert A. (1957). “Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker.” **Journal of Public Law** 6: 279-95.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Poder Constituinte**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FISHER, Louis. **Constitutional Dialogues. Interpretation as Political Process**. Princeton: **Princeton University Press**, 1988.
- FRIEDMAN, Barry. The Politics of Judicial Review. **Texas Law Review**. Vol. 84, n. 2, 2005.
- GARGARELLA, Roberto. In Search of a Democratic Justice - What Courts Should Not Do: Argentina, 1983-2002. **Democratization and the Judiciary**, 2003: 181–197.
- KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na constituinte e a constituinte no Supremo. **Lua Nova**, São Paulo, n. 88, 2013.
- MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade: O Papel da Atividade Jurisprudencial na Sociedade Órfã. **Novos Estudos**, n. 58, 2000.
- NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais**. 2010. 252 p. Tese (Concurso para professor titular). Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 4, n. 2, p. 441–464, dez. 2008.



O ATIVISMO JUDICIAL EM FACE DO TENSO E FRÁGIL EQUILÍBRIO ENTRE INCLUSÃO SOCIAL E LIVRE-INICIATIVA: O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA CONSTRUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E SUA INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO¹

THE JUDICIAL ACTIVISM AND THE TENSE AND FRAGILE BALANCE OF SOCIAL INCLUSION AND FREE ENTERPRISE: THE ROLE OF THE JUDICIAL BRANCH ON CONSTRUCTION OF PUBLIC POLICIES AND ITS INTERVENTION IN THE ECONOMICAL DOMAIN

Antonio Celso Baeta Minhoto²

Resumo

O ativismo judicial, especialmente aquele produzido pelas mais altas cortes em seus países – e no caso do Brasil de forma marcante pelo Supremo Tribunal Federal – é um dos temas mais ricos para um debate contemporâneo dentro do direito, de modo especial quanto à concretização de políticas públicas, bem como a potencial inclusão social que tais políticas acarretem ou possam acarretar. Há que se ponderar, contudo, que a inclusão social não pode ser um valor absoluto, devendo se harmonizar com outros valores igualmente relevantes, sendo que no caso destacamos a livre iniciativa e a atividade empresarial. Ao final, como um referência analítica, trazemos o caso da Reserva Raposa Serra do Sol, demarcada em julgamento do STF.

Palavras-chave: Ativismo judicial; Minorias; Atividade econômica; Livre-iniciativa.

Abstract

The judicial activism, specially the one that comes from the highest courts all around the world – and, in Brazil's example, in a remarkable way by the Supremo Tribunal Federal –, is certainly one of the richest issues for a contemporary debate inside law studies, specially towards the public policies concretization, as well the social inclusion that its policies could bring. We must consider, in the other hand, that social inclusion couldn't be a absolute value, ought to be harmonized with other

¹ Artigo recebido em 13/10/2014, pareceres submetidos em 28/10/2014 e 28/10/2014 e aprovação comunicada em 18/11/2014.

² Doutor em Direito Público pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru, SP; Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP; Professor Titular de Direito Público na Universidade Municipal de São Caetano do Sul, SP; Professor de Defesa Jurídica das Minorias na Faculdade Zumbi dos Palmares, São Paulo, SP; Advogado; autor de obras jurídicas. *E-mail:* <antonio@baetaminhoto.com.br>.



relevant values, and, in this case, we contrasted the free enter enterprise and the business activity. At the end, as a analytical reference, we brought the Raposa Serra do Sol leading case, delimited on a STF judgment.

Keywords: Judicial activism; Minorities; Economical activity; Free enterprise.

1 INTRODUÇÃO

O ativismo judicial vem sendo objeto de discussões não somente no campo jurídico, seu campo de manifestação evidente, mas do mesmo modo em outras áreas, especialmente na política, na sociologia e também na economia, que, neste estudo, será objeto de uma atenção mais detida.

Parece evidente, conquanto se revele útil frisar, que a abordagem econômica aqui pretendida é aquela voltada especificamente ao desenvolvimento econômico, tal como estampado e tratado no artigo 170 e seguintes da Constituição Federal, e não algo mais afeto a uma teoria econômica.

Esse olhar para o desenvolvimento econômico em intercruzamento com o ativismo judicial recebe, ainda mais, a questão das minorias como um tema-base do estudo presente, afinal, o julgamento ocorrido no STF para delimitar a Reserva Raposa Serra do Sol – adotada aqui como base analítica concreta – envolveu de modo direto uma minoria, no caso os indígenas.

Referido julgamento, conquanto aplaudido por muitos como uma suposta demonstração do que se poderia nominar de “bom ativismo”, teve forte impacto sobre a economia local, especialmente com relação a atividade agrícola, cuja localização completa se dava justamente na área demarcada pelo Supremo Tribunal Federal, passando a ser, de tal julgamento em diante, terra indígena, e local de onde os produtores rurais tiveram que se retirar.

Saber até que ponto o julgamento em foco atingiu os objetivos esperados de uma decisão tão ampla e com consequências tão profundas para a realidade local em que se encontra a reserva, descortinar as características do ativismo judicial e como sua manifestação está se dando em solo brasileiro e, por fim, projetar que tipo de consequências podem ser intuídas do inter-relacionamento de todos esses elementos, é o objetivo central deste estudo.



2 ATIVISMO JUDICIAL E SEPARAÇÃO DOS PODERES ESTATAIS

Pela expressão ativismo judicial se buscou e ainda se busca caracterizar aquela conduta de protagonismo adotada pelo Poder Judiciário quanto à consecução, implementação e concreção de políticas públicas ou mesmo princípios e/ou valores estampados, via de regra, na constituição.

Essa ideia, no entanto, deve ser melhor entendida e, inclusive, ver-se inserida na questão da teoria da separação dos poderes estatais, a fim de se evitar juízos superficiais ou apressados quanto aos seus caracteres mais destacados.

Como é de conhecimento comum, a separação dos poderes não é um instituto exatamente de criação de Montesquieu, tal como exposto em sua conhecida obra o “Espírito das Leis”, mas foi ali que a simples noção de repartição do poder estatal ganhou um tratamento mais detido, mais efetivo e até mais dedicado.

O móvel fundamental da separação ou repartição dos poderes estatais é a limitação do poder. Sob a fórmula dos “freios e contrapesos” (*checks and balances*), ou seja, da mútua fiscalização exercida por um poder em relação ao outro, repousa o que parece ser o real motivo de tal concepção: gerar ou obter uma real limitação do poder estatal.

A obra acima destacada é de 1748 e se voltava, como não poderia ser de outro modo, às condições sócio-políticas dadas àquela altura, fundamentalmente ligadas a uma estrutura de um poder absolutista, no que se refere ao campo político, e ainda buscando um rumo em busca da modernidade, relativamente ao campo social.

Montesquieu sabia – ecoando um sentimento que ia se sedimentando naquele momento – que o poder praticamente ilimitado do rei era conclusivamente um incômodo para uma sociedade que aspirava desenvolvimento e principalmente liberdade e, nesta linha conceitual, projetou a repartição desse poder político como forma de se conceber uma nova estrutura política, bem como social. Separar os poderes estatais, assim, surgiu fundamentalmente como forma de se evitar o arbítrio e limitar esses poderes.



Com o advento da Revolução Industrial (1756-1850, *circa*), mas especialmente com as mudanças sociais, econômicas e políticas consolidadas notadamente do início até meados do século XX, o Estado foi chamado a cumprir funções muito mais diversificadas e complexas em relação àquelas observadas no século XVIII, quando surge a teorização da separação dos poderes.

E neste ponto podemos agregar à limitação do poder também o conceito de um ganho administrativo, de um ganho em termos de eficiência para as ações estatais com a adoção da separação dos poderes.

De fato, parece claro que a segmentação de atividades, em qualquer estrutura administrativa, tem por consequência a especialização de cada setor ou área em relação às atividades típicas ali desenvolvidas, o que redundará num aprofundamento do *expertise* típico de tais funções, seja em relação ao desenvolvimento de métodos e procedimentos próprios, seja no incremento técnico em si, no avanço tecnológico e de conhecimentos relativamente a tais atividades.

Esse ganho administrativo ganhou especial relevo com a mudança da configuração estatal observada especialmente na primeira metade do século XX. De um Estado *absenteísta* e imerso num liberalismo de feição ainda bastante ortodoxa, com, ainda mais, poucas ou limitadas funções a desempenhar, o começo do século passado vê surgir um Estado de feição mais social, gradativamente voltado à implementação e proteção de direitos coletivos.

Além desses direitos, o Estado que surge dessa inflexão de forças e de eventos históricos – 1ª Guerra Mundial, Revolução Russa, Constituição Mexicana, Constituição de Weimar – também assume um papel muito mais protagônico na atividade econômica, algo que encontrará uma espécie de síntese na política do *New Deal* de Roosevelt, nos EUA.

Esse “novo” Estado, tal como acima exposto, se vê assim às voltas com muitas outras atividades inexistentes ao tempo da teorização primitiva da separação dos poderes. A limitação do poder segue sendo importante neste contexto, mas o ganho de eficiência em termos administrativos, a obtenção de uma burocracia estatal mais eficiente, é um ponto a ser levado em conta, especialmente quando buscamos uma análise mais contemporânea da repartição do poder estatal.



Outro aspecto de relevo, ainda neste contexto de contemporaneidade, é que os elementos acima destacados, limitação do poder e ganho em eficiência administrativa, são como que inspirados por uma ideia que passa a ser um verdadeiro princípio informativo: equilíbrio entre os poderes estatais. Equilíbrio e harmonia.

Sai de cena a separação estanque, a noção de compartimentos rigorosamente independentes que, por vezes, lutam para demarcar com a máxima rigidez seus próprios limites, e os limites dos outros poderes, para se adotar uma visão de convívio entre independência e equilíbrio como elementos inerentes a esta segmentação de poderes estatais.

Esta visão, a bem da verdade, nem é exatamente tão contemporânea assim, eis que Carl Schmitt, por exemplo, já a indicava como sendo um elemento vital, anotando que *“a constituição inglesa representada por Montesquieu garante a liberdade dos cidadãos não através da separação dos poderes, mas através do equilíbrio dos poderes”*. (SCHMITT, 1992, p. 85) E na mesma linha segue Madame de Staël-Holstein:

O equilíbrio dos poderes não significa o jogo dos contrapesos, que nada mais seria do que um equilíbrio de forças que originaria um conflito ininterrupto entre os poderes para obter a supremacia. Equilibrar os poderes significa a série de combinações que os leva a encontrar um acordo. (STAËL-HOLSTEIN 1788, *apud* SCHMITT, 1992, p. 86)

O equilíbrio harmônico defendido pelos doutrinadores destacados, bem de se ver, se encontra previsto em nossa Constituição Federal que não apenas contempla a repartição de poderes do Estado, mas expressamente defende que esta seja harmoniosa entre os elementos componentes dessa separação (Executivo, Legislativo e Judiciário), sem prejuízo da independência de cada um deles no desempenho de suas funções (art. 2º, CF).

Não é, portanto, exatamente na avaliação estrita e rigorosa do desempenho das funções tidas como típicas de cada poder estatal que se encontra o âmago ou mesmo a necessidade de tal separação. Nem mesmo na observação detida dos limites de cada poder na articulação das ações que lhe são próprias ou peculiares,



mas, ao menos com muito mais força, é no equilíbrio e no convívio harmônico entre tais poderes que está o real foco de interesse de suas repartições.

O contraponto acima se afigura relevante, pois, se aos juízes e magistrados de um modo geral recomenda-se cautela na condução da prestação jurisdicional, justamente para se evitar “invasões” sobre procedimentos próprios de outros poderes estatais, não menos certo é se observar que estes chamados – frequentemente de modo desproporcional e bastante adjetivado – “excessos” ou “abusos” do ativismo judicial, nada mais são que atos perfeitamente normais ou pelo menos aceitáveis no contexto contemporâneo de um Estado de Direito, mais ainda quando à sua natureza jurídica (de direito) se agrega o elemento da democracia (democrático de direito).

Contemporaneamente, às muitas atividades que o Estado passa a desempenhar ou aos muitos atos e procedimentos que lhe são titularizados, ainda devemos agregar o exercício de um papel ativo na concreção de direitos fundamentais, de elementos integrantes da democracia, ou a própria democracia como um todo, mas, de modo vital, na consecução de políticas públicas, especialmente aquelas disposta ou contempladas em normas positivadas.

É precisamente neste último aspecto que se insere, no final, o âmago do que se poder nominar como sendo um verdadeiro ativismo judicial. Como já se disse acima, não é qualquer ato pretensamente heterônomo praticado pelo Poder Judiciário que poderá ser classificado, e no mais das vezes criticado, como sendo a prática do ativismo judicial, mas fundamentalmente aquele que, descolando-se do ato jurisdicional mais ortodoxo ou clássico, visa o atingimento de um alvo exclusiva ou precipuamente político por meio de um julgamento.

Neste contexto, a prestação jurisdicional – especialmente dos tribunais superiores e ainda mais especialmente do Supremo Tribunal Federal – cumpre o papel de dar uma solução definitiva para a lide ali contida, mas, também, e até principalmente em alguns casos, se posiciona como um ator ativo, relevante e eficaz na tarefa de tornar realidade certos valores e princípios públicos contemplados pelo Estado de um modo geral em suas normas.

Se isso é feito com excesso ou de modo desaconselhável, não apenas pelo excesso, mas por sua própria manifestação, é algo a ser analisado numa abordagem



caso a caso, justamente o foco desse nosso estudo, com o estudo, mesmo limitado, de um julgamento referencial produzido pelo STF.

Antes, porém, se analisará o ativismo judicial no Brasil de um modo mais amplo, objeto de estudo de nosso próximo tópico.

3 ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL E SEUS REFLEXOS

O transporte de funções entre os poderes não é algo novo e nem deveria causar surpresa, como já se referenciou acima. A questão que parece relevante é observar a intensidade desse fenômeno, especialmente no Brasil.

Assim, e ilustrativamente, a figura da medida provisória, de tão larga utilização em solo brasileiro, teve clara inspiração no *decreto-legge* italiano onde, sob a égide da constituição de 1947, ainda vigente, segue sendo instituto posto à disposição do presidente da República. Contudo, como ali vigora, desde aquele momento, o regime parlamentarista, observa-se que a amplidão de tal instituto é ali, até de modo natural, muito mais contida.

No Brasil essa amplidão de atuação do executivo tampouco é algo tradicional e linear. Com efeito, somente as constituições de 1937, 1967 e a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, considerada por alguns como uma nova constituição, traziam o instrumento da medida provisória, o que foi retomado pela Constituição Federal de 1988.

A exposição acima não é articulada no sentido de se justificar eventuais excessos do STF no exercício de suas funções, uma espécie de paralelo analógico com a atuação do executivo, mas tão-somente mostrar a realidade político-institucional em que o exercício das atividades típicas dos poderes estatais se desenvolve no Brasil. Há, inegavelmente, uma dinâmica toda própria ou peculiar no sentido ora exposto.

A Constituição Federal, como é de conhecimento comum, foi proposta, debatida e finalmente promulgada num ambiente pós-ditadura, num “clima” de recente democratização do país, processo que, muito embora infundável por natureza, no caso brasileiro ainda mostra claras lacunas a reclamar integração.



Em locução que acabou por se consagrar na doutrina, o professor Lenio Streck se refere ao Brasil como exemplo de nação “*de modernidade tardia*” (STRECK, 2003, p. 257-301), ou seja, integrante de um grupo de estados que ainda não completaram a tarefa já concluída por países desenvolvidos de garantir a concretização de direitos fundamentais – destacadamente os individuais de primeira e segunda geração – e implementação definitiva da democracia.

O precitado professor defende que, para lidar com essa realidade, devemos ter aqui uma postura ativista de nossos tribunais, com o escopo central de concretizar direitos e políticas públicas, especialmente aquelas dispostas na Constituição Federal, o que atrai naturalmente o STF para um papel de destaque neste sentido.

Como parece ser bastante evidente, a linha adotada acima não é livre de resistências, dentro e fora do Brasil. Talvez o mais destacado crítico dessa postura ativista (e também “substancialista”), seja o filósofo Jürgen Habermas, que, nesta discussão, ficou alinhado ao que se usou nominar de “procedimentalistas”.

Para os “procedimentalistas”, o verdadeiro espaço de construção da democracia é o parlamento, e isso não somente porque sua composição partiu de uma escolha popular, mas também porque se trata de um órgão de proporções muito maiores que uma corte constitucional, composta, normalmente, de alguns poucos juízes ou ministros, e também porque o parlamento, justamente por ser órgão de composição popular, está muito mais permeável às interferências críticas da população, o que não ocorre com uma corte constitucional ou mesmo com a atividade jurisdicional de um modo geral.

Habermas critica duramente o papel desempenhado especialmente pelas cortes constitucionais na dinâmica político-social, chegando a afirmar que “ao deixar-se conduzir pela ideia da realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária” e mais adiante ainda completa sua crítica vendo na atuação do Judiciário relativamente às grandes questões da cidadania uma “colonização do mundo da vida” (HABERMAS, 1997, p. 245 e ss.).

De modo bastante direto, Habermas defende que o tribunal constitucional “deve ficar limitado à tarefa de compreensão procedimental da Constituição (...)



limitando-se a proteger um processo de criação democrática do direito” (HABERMAS, 1997, p. 247).

Em contrapartida, os “procedimentalistas” são criticados por se isolarem demasiadamente numa realidade de nações já desenvolvidas, incluindo aí o campo político e social. Habermas, assim, estaria fazendo uma abordagem excessivamente centrada na realidade europeia, notadamente alemã, ignorando outras realidades em que o papel do Judiciário pode ser relevante na construção de uma sociedade mais desenvolvida e avançada em termos humanísticos.

Com relação ao Brasil, já se registrou algumas manifestações importantes de ministros do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, seja em votos de ações ou recursos, seja em manifestações extra autos. Vejamos:

Justificar-se-á, como procedimento já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico – a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado (ADPF 45/DF, Relator Min. Celso de Mello)

Enfatizo tão-somente que, tendo em vista as imperiosas balizas constitucionais que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, este Tribunal não pode se abster de reconhecer que, assim como se estabelece o controle judicial sobre a atividade do legislador, é possível atuar também nos casos de inatividade ou omissão do legislativo (MI 712-8, Rel. Min. Eros Grau, voto de Gilmar Mendes)

Existem três situações em que cabe a intervenção do Judiciário nas políticas públicas: quando a omissão ou a política já implementada não oferecer condições mínimas de existência humana; se o pedido de intervenção for razoável; e, do ponto de vista administrativo, a omissão ou a política seja desarrozoada. Em todos os casos, é preciso que haja verba para a implementação das medidas (Limites ditados pelo voto do Ministro Celso de Mello na ADPF 45)

Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatórios, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais empregados na estrutura constitucional (AI 677.274-8/SP, Rel. Min. Celso de Mello)

Práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de



pura passividade (Min. Celso de Mello, discurso de posse do Presidente do STF, Ministro Gilmar Mendes, abril de 2008)

Mas, ainda que o ativismo possa ser visto como uma espécie de necessidade para países como o Brasil, o fato é que a fixação de limites para tal atividade – e o próprio questionamento sobre sua relevância como elemento edificador da democracia brasileira – segue sendo tema candente, imerso em polêmica ainda bastante viva e cujo equacionamento não parece ser nem simples e nem de alcance fácil num horizonte mediano de tempo.

Bem por isso, iremos destacar, logo adiante, caso submetido ao crivo do Supremo Tribunal Federal em que o ativismo judicial se mostrou bastante presente. Trata-se do caso que ficou conhecido como “*Reserva Raposa Serra do Sol*” em que a corte maior do país determinou a demarcação contínua de reserva indígena já existente e o fez colocando de lado certos direitos para prestigiar outros.

4 O CASO DA RESERVA INDÍGENA “RAPOSA SERRA DO SOL”

Raposa Serra do Sol (Raposa) é uma área de terra indígena situada no nordeste do estado brasileiro de Roraima, nos municípios de Normandia, Pacaraima e Uiramutã, entre os rios Tacutu, Maú, Surumu, Miang e a fronteira com a Venezuela, foi criada destinada à posse permanente dos grupos indígenas ingaricós, macuxis, patamonas, taurepangues e uapixanas³.

A Raposa foi demarcada pelo Ministério da Justiça, através da Portaria 820/98, posteriormente modificada pela Portaria 534/2005. A demarcação foi homologada por decreto de 15 de abril de 2005, da Presidência da República⁴.

A reserva destacada é uma das maiores porções de terra indígena do país, com 1.743.089 hectares e 1000 quilômetros de perímetro. Quase 27% do território amazônico hoje é ocupado por terras indígenas, sendo que 46,37% de Roraima correspondem a estas áreas⁵.

³ Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Raposa_Serra_do_Sol>. Acesso em: 19 nov. 2014.

⁴ Disponível em: <http://www.justica.gov.br/Acesso/auditorias/arquivos_auditoria/pf/parana/relatorio_gestao_2008_dpf_pr.pdf/view>. Acesso em: 19 nov. 2014.

⁵ Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj031397.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2014.



Formada por imensas planícies, semelhantes às das regiões de cerrado, e por cadeias de montanhas, na fronteira entre Brasil, Venezuela e Guiana, a Raposa acabou atraindo produtores rurais que passaram a se dedicar ao cultivo de arroz, eis que as terras eram de boa qualidade.

Esses produtores de arroz teriam chegado à região no início da década de 1970, quando compraram as terras de antigos fazendeiros. Até 2008/2009, eram produzidas ali 160.000 toneladas de grãos por ano, em uma área de aproximadamente 100 mil hectares, na borda sul da reserva Raposa Serra do Sol, às margens do Rio Surumu (ALBANO, 2014).

O impacto da produção agrícola na região era de tal magnitude que o governo estadual de Roraima incentivava a vinda de novos produtores e também lhes fornecia calcário – para utilização na lavoura – a preços subsidiados ou mesmo gratuitamente em certos casos.

Como resultado dos conflitos constantes entre produtores rurais e índios, foi determinada a desocupação de toda a área da reserva em 2007. Em 2008, contudo, o Estado de Roraima interpôs uma representação no STF (Pet 3388) reivindicando a suspensão da ordem de desocupação. A representação foi acatada por unanimidade no Supremo e a chamada Operação Upatakon III foi suspensa até o julgamento de todos os processos relativos à homologação das terras indígenas.

Em 20 de março de 2009, julgamento do STF, no bojo da já citada Pet 3388, confirmou a homologação contínua da Reserva Indígena Raposa Serra do Sol, determinando a retirada dos não indígenas (produtores rurais) da região. O Relator designado, Ministro Ayres Brito, liderou o entendimento acima destacado e suas considerações acabaram integrantes a ementa do julgamento, valendo destacar alguns trechos relevantes:

Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente “reconhecidos”, e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa pré-existente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de “originários”, a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. Atos, estes, que a própria Constituição declarou como “nulos e extintos” (§ 6º do art. 231 da CF).



O modelo de demarcação das terras indígenas é orientado pela ideia de continuidade. Demarcação por fronteiras vivas ou abertas em seu interior, para que se forme um perfil coletivo e se afirme a auto-suficiência econômica de toda uma comunidade usufrutuária. Modelo bem mais serviente da ideia cultural e econômica de abertura de horizontes do que de fechamento em “bolsões”, “ilhas”, “blocos” ou “clusters”, a evitar que se dizime o espírito pela eliminação progressiva dos elementos de uma dada cultura (etnocídio).

Cada etnia autóctone tem para si, com exclusividade, uma porção de terra compatível com sua peculiar forma de organização social. Daí o modelo contínuo de demarcação, que é monoétnico, excluindo-se os intervalados espaços fundiários entre uma etnia e outra. Modelo intraétnico que subsiste mesmo nos casos de etnias lindeiras, salvo se as prolongadas relações amistosas entre etnias aborígenes venham a gerar, como no caso da Raposa Serra do Sol, uma condissão empírica de espaços que impossibilite uma precisa fixação de fronteiras interétnicas. Sendo assim, se essa mais entranhada aproximação física ocorrer no plano dos fatos, como efetivamente se deu na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, não há como falar de demarcação intraétnica, menos ainda de espaços intervalados para legítima ocupação por não-índios, caracterização de terras estaduais devolutas, ou implantação de Municípios.

Especificamente com relação aos aspectos de desenvolvimento econômico e impacto da demarcação na realidade produtiva local, o julgamento em foco posicionou-se no sentido de haver aí um “falso dilema” entre desenvolvimento e demarcação de reservas indígenas, ponderando que ao poder público

de todas as dimensões federativas o que incumbe não é subestimar, e muito menos hostilizar comunidades indígenas brasileiras, mas tirar proveito delas para diversificar o potencial econômico-cultural dos seus territórios (dos entes federativos). O desenvolvimento que se fizer sem ou contra os índios, ali onde eles se encontrarem instalados por modo tradicional, à data da Constituição de 1988, desrespeita o objetivo fundamental do inciso II do art. 3º da Constituição Federal, assecuratório de um tipo de “desenvolvimento nacional” tão ecologicamente equilibrado quanto humanizado e culturalmente diversificado, de modo a incorporar a realidade indígena

Por outro lado, registre-se, especificamente quanto ao âmago do julgamento em comento, não existir consenso nem mesmo entre os índios quanto à desocupação dos não índios, no caso produtores rurais. Aqueles organizados em torno do Conselho Indígena de Roraima apoiam, enquanto outros ligados à Sociedade de Defesa dos Indígenas Unidos do Norte de Roraima (Sodiur) são contrários à saída dos não índios da região⁶.

⁶ Romero Jucá, senador por Roraima, se pronunciou sobre este aspecto: <<http://www.senado.gov.br/atividade/pronunciamento/detTexto.asp?t=369812>>. Acesso em: 10 set. 2014.



Estes últimos argumentam que vários índios trabalhavam nas lavouras de arroz e que a relação com os produtores rurais era ao menos estável. Mas, tudo leva a crer que esse grupo não foi ouvido ou não foram consideradas as suas colocações como razões de decidir por parte do Supremo Tribunal Federal.

O que se observa, num olhar crítico, é que o julgamento em foco parece não ter levado em conta alguns aspectos:

A. Não parece ter sido considerado no bojo do julgamento o fato de que muitos produtores rurais ali estavam instalados há muito tempo e o faziam de boa-fé e, ainda mais, apoiados em títulos regulares. Parece ser de pouca juridicidade, ainda mais, contrastar tais títulos com o direito dos índios que seria *meta-jurídico* ou *transcendental*, eis que, se assim fosse, estariam os índios, então, acima das próprias disposições de um Estado Democrático de Direito, configurando uma espécie de demiurgos reunidos em grupo;

B. A ocupação das terras pelos não-índios era com claro viés produtivo, algo que impactava positivamente não somente na atividade econômica do Estado de Roraima, mas na vida de muitos índios, ligados de algum modo a atividade rural desenvolvida naquela região. Tudo leva a crer que estes indivíduos, também índios, simplesmente não foram ouvidos;

C. Como bem observou o Ministro Marco Aurélio Mello em seu voto divergente, nenhum prejuízo experimentaríamos os índios com a demarcação descontínua de suas terras, eis que já há entre eles uma divisão natural em subgrupos étnicos, compostos por povos com dialeto, hábitos, costumes e cultura diferenciadas entre si. A demarcação contínua não parece ter representado, pois, qualquer ganho neste sentido. E falar em marcação contínua para se evitar um “etnocídio” revela abordagem excessivamente subjetiva e até mesmo panfletária, algo inadequado no contexto de um julgamento como esse;

D. O julgamento não revela, como deveria, ter ocorrido aqui uma real ponderação de valores, buscando-se uma solução parcimoniosa que procurasse a harmonização dos interesses em jogo e não a simples adjudicação de um direito em prol de uma parte sem se considerar, com a profundidade devida, os interesses dispostos no entorno da questão. Desse modo, transparece que o direito à demarcação foi posto acima de quaisquer outras considerações, transmutando-se



numa espécie de “superdireito” a ser tutelado a todo e qualquer custo, o que não é recomendável para a solução de um conflito complexo como esse.

E. A Reserva possui mais de 1,7 milhões de hectares, sendo que a área ocupada pelos produtores de arroz alcançava apenas 160.000 hectares, ou seja, menos de 10% da área da Reserva. A simples exposição desse dado parece ser suficiente para autorizar a conclusão que, de fato, faltou equilíbrio e ponderação no julgamento em foco.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo já traz em seu bojo as considerações e observações críticas cabíveis neste estudo. Restam algumas poucas observações finais que funcionarão como fecho dessa reflexão.

Pode-se dizer que o Ativismo Judicial foi bem exemplificado neste caso, quando, na busca de efetivar sua função de guardião da Constituição Federal, acabou o STF não “apenas” exercendo funções legislativas, mas verdadeiramente agindo como se agente político integrante do executivo fosse, como se formulador e implementador de políticas públicas fosse, o que está longe de ser atividade típica do Poder Judiciário e está distante até mesmo de ser atividade atípica, indireta ou imprópria.

Nota-se que o chamado ativismo judicial, ao menos no Brasil, vem atrelado fundamentalmente à ideia de uma participação ampla e intensa do Judiciário na consolidação dos valores constitucionais e isso quase sempre para garantir a fruição de direitos pelos grupos minoritários.

Há exemplos candentes relacionados a isso, como o julgamento da união homossexual e também o julgamento da política de cotas pelo viés étnico, o que também envolve os índios como beneficiários. Nestes dois casos, notadamente no segundo, houve intensa consulta prévia ao julgamento, com sessões públicas em que especialistas puderam expor suas posições subsidiando os julgamentos futuros.

No caso da Reserva Raposa Serra do Sol isso não ocorreu e nota-se, pelo teor dos votos e do conteúdo da ementa, que a fundamental ponderação de valores



– afinal o direito fundamental dos índios a uma vida digna em sentido lato não está acima do direito de propriedade dos produtores e nem do direito a uma vida digna dos não-índios ali existentes – não marcou presença no julgamento em foco como deveria.

Tributário do constitucionalismo, nossa organização política se dá pelo signo do poder limitado e respeito aos direitos fundamentais, tudo emoldurado pelo Estado de Direito como expressão da razão e de um projeto amplo de sociedade, já então inspirada pela democracia.

Essa Democracia e esse Estado de Direito, contudo, devem ser exercitados do modo mais coletivo possível e nas instâncias mais ventiladas à participação popular, o que o Poder Judiciário não tem como abrigar na amplitude devida, eis que, por natureza, deve a atividade jurisdicional primar pela abordagem técnica, desenvolvida por indivíduos com capacitação específica e adequada para a busca do lícito e do correto dentro de um sistema jurídico-normativo posto, sendo tal atividade por natureza contra majoritária.

A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra o pensamento das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático. Vale ressaltar que os juízes devem agir dentro dos ditames constitucionais e das leis infraconstitucionais, deixando de lado a vontade política, e como ator social, o juiz atua em nome da sociedade devendo atuar com harmonia perante a ‘vontade’ social, dentro de limites plausíveis e justificáveis.

Portanto, e para tanto, a questão vital é: o ativismo judicial na intenção de proteger uma minoria, não acaba por criar outra? Com essa problemática levantada quem é a minoria a ser protegida e como ela deve ser protegida? Os produtores rurais ali envolvidos – e seus funcionários, familiares, empresas coligadas – não ficaram numa situação de ainda maior desamparo que os próprios índios?

Nada disso parece ter sido considerado no julgamento em destaque. Como já dito, o princípio a ser observado pelo STF no caso deveria ter sido o da razoabilidade. Os arroteiros poderiam se encontrar protegidos pela Constituição, notadamente através de uma interpretação com viés econômico do art. 170, CF.



A preservação da área poderia ter preservado os conflitantes. A conservação do meio ambiente bem como a preservação indígena e dos arrozeiros, poderia ter sido feita de uma forma sustentável adequando para ambas às partes, a garantia da terra e do desenvolvimento social daquela região. Tal tese encontra amparo no art. 219 da Constituição Federal que aduz:

O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do país, nos termos de lei federal.

Ocorre que ao privilegiar uma parte, os índios, criou-se um desincentivo para todo um mercado. Por ser uma parte fértil onde o cultivo de arroz se implantou de forma bem sucedida, a decisão pela preservação total da área prejudicou a produção local.

A instabilidade gerada pelas decisões do Supremo Tribunal Federal são alvos de críticas, pois ressalta a falta de legitimidade democrática da Justiça, mesmo sendo a decisão melhor que a estabelecida pelo legislador. E cria para a população uma perspectiva bastante preocupante: o eventual autoritarismo dos juízes. Uma minoria passaria a ditar os rumos de várias questões de relevo transcendental para a sociedade. Convém neste contexto lembrar o alerta de Jean-Jacques Rousseau:

Uma das maiores ameaças à soberania popular decorre da incessante ação dos magistrados e suas vontades particulares contra a vontade geral. Para se compreender o processo de consolidação da democracia é necessário, portanto, ir além do estudo da formação da vontade democrática e analisar de que forma os órgãos encarregados de aplicar essa vontade têm cumprido a sua missão. (ROUSSEAU, 2007, p. 39)

Um dos mais respeitados pesquisadores da atualidade, Daniel Sarmento, chama-nos a atenção para os riscos de um ativismo judicial sem limites. Elogiando a atividade jurisdicional que se propõe mais ampla, Sarmento contra-argumenta que há a *“outra face da moeda”* e essa é a de que muitos juízes *“deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscarem a justiça – ou que entendem por justiça – passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos”* (SARMENTO, 1992, p. 144). E prossegue dito pesquisador:



Esta “euforia” com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras “varinhas de condão”: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser. Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham a suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiosincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico.

E outro estudioso e doutrinador, Luis Flávio Gomes, seguindo a mesma linha de Sarmiento, ou seja, valorizar o ativismo, mas com uma generosa dose de cautela, igualmente observa que quando “o Poder Judiciário inova o ordenamento jurídico, criando regras antes desconhecidas, invade a tarefa do legislador, ou seja, se intromete indevidamente na função legislativa. Isso gera um outro risco: o da aristocratização do Estado e do Direito (que, certamente, ninguém no século XXI está muito disposto a aceitar)” (GOMES, 2013).

O contraponto ora formulado não pode, por outro lado, servir como simples censura a uma atuação mais vigorosa dos tribunais, especialmente o STF que, inegavelmente, vem tutelando a regulamentando questões importantíssimas como o aborto de feto anencéfalo, a união homossexual, as cotas étnicas e muitas outras.

Nada obstante, o exercício do poder sempre demanda cuidado e atenção, especialmente por parte dos que o exercem. Lord Acton imortalizou a observação segundo a qual “o poder corrompe e o poder absoluto corrompe absolutamente”⁷.

O Estado de Direito nasceu sob os auspícios de um objetivo claro: criar uma instituição que permitisse o exercício do poder político de modo limitado, afastando justamente o estado anterior de coisas, ou seja, um exercício de poder político praticamente sem limites e sujeito aos caprichos ou opiniões pessoais de seu titular.

Pode-se, estruturalmente, estar longe dos tempos de um monarca absolutista. Já, porém, a possibilidade de um exercício pontual e episódico de uma

⁷ Disponível em: <https://www.goodreads.com/author/quotes/969937.John_Emerich_Edward_Dalberg_Acton>. Acesso em: 12 jul. 2014.



parcela desse poder estatal com alguns laivos de excesso ou abuso é algo plenamente viável, ainda que sob a égide um estado democrático de direito e com todas as garantias a ele inerentes em plena articulação e funcionamento.

REFERÊNCIAS

- ALBANO, Gleidson Pinheiro. **Globalização da Agricultura:** uma análise comparativa entre duas cidades com fruticultura irrigada para exportação no RN, Ipanguaçu e Baraúna. Disponível em: <https://www.ufpe.br/posgeografia/images/documentos/d_2012_gleidson_pinheiro_albano.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2014.
- GOMES, Luiz Flávio. O STF está Assumindo um “Ativismo Judicial” sem Precedentes? **Revista eletrônica Universo Jurídico**. Disponível em: <www.uj.com.br>. Acesso em: 02 nov. 2013.
- HABERMAS, J. **Direito e Democracia:** entre faticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Vol. I.
- NALINI, José Renato (Org.). **Curso de Deontologia da Magistratura**. São Paulo: Saraiva, 1992.
- PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O juiz e a alma:** reflexos sobre a prestação jurisdicional. São Paulo: EDPUC, 2003.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: L&PM, 2007.
- SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda. In: SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Petropolis: Vozes, 1992.
- STAËL-HOLSTEIN, Lettres sur les ouvrages et le caractère de Jean-Jacques Rousseau (1788), In: SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Petropolis: Vozes, 1992.
- SILVEIRA, Alípio. A justiça inglesa hoje. **RF 160/409**.
- STRECK, Lenio. **Novos Estudos Jurídicos**, vol. 8, n. 2, p. 257-301, maio/ago. 2003.



ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO E O BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA: UMA GRANDEZA NÃO CONTABILIZADA¹

ACCESS TO THE COURTS AND THE BENEFIT OF LEGAL FEE WAIVER:
AN UNKNOWN BENEFIT

Gisleni Valezi Raymundo²

Resumo

Trata-se de abordagem que visa a analisar o instituto do benefício da justiça gratuita sob seu aspecto econômico e social, já que essa garantia fundamental prevista no texto constitucional tem sido utilizada como escudo para o ajuizamento de lides temerárias contribuindo para o aumento de processos judiciais. Associado a isso, o trabalho aborda o comportamento do próprio Poder Judiciário ao decidir sobre os requisitos do benefício, o que possibilita que os jurisdicionados não necessitados estejam imunes aos efeitos da sucumbência. Além disso, pontua-se que não há dados estatísticos a dimensionar o custo que o benefício representa para o Estado brasileiro, tampouco seus efeitos econômicos. Assim, é formulada uma proposta, ao final, para que a tributação incidente aos beneficiários da justiça gratuita atenda ao princípio da proporcionalidade, a fim de evitar abusos na utilização da garantia fundamental.

Palavras-chave: Judiciário; Assistência Gratuita; Contabilização.

Abstract

The paper seeks to analyze the institute of benefit of legal fee waiver in its economic and social aspects, as this fundamental guarantee, provided for in the Constitution, has been widely used as a shield for the filing of reckless suits, contributing to the increase of lawsuits. Related to this, the paper discusses the behavior of the judiciary itself over the decision of the requirements of the benefit, that enables plaintiffs without necessity to be immune to the effects of defeat in its broadest sense. Furthermore, the paper notes that there is no statistical data to scale the cost of the benefit to the Brazilian State, nor its economic impacts. Therefore, in the end the paper proposes that the taxation applied to the beneficiaries of legal fee waiver answer to the principle of proportionality in order to prevent abuse of this fundamental guarantee.

Keywords: Judiciary; Freeassistance; Acconuntig.

¹ Artigo recebido em 13/10/2014, pareceres submetidos em 05/11/2014 e 26/10/2014 e aprovação comunicada em 26/11/2014.

² Advogada. Especialista em direito público e em Teoria Geral do Direito pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. E-mail: <gislenivr@yahoo.com.br>.



1 INTRODUÇÃO

O acesso ao Poder Judiciário, inegavelmente, é direito fundamental assegurado ao jurisdicionado com previsão no art. 5º, XXXV, do texto constitucional³. Da forma mais ampla a Constituição da República garante aos nacionais e aos estrangeiros, diante da amplitude interpretativa exarada do art. 5º, *caput*, do texto constitucional, a apreciação pelo Poder Judiciário de demanda que vise a resguardar ameaça ou lesão a direito. Sem dúvida, é uma garantia cuja amplitude traz inúmeros efeitos para o jurisdicionado, o qual está inserido em uma sociedade de perfil essencialmente litigioso, como é o caso do Brasil. Em poucas oportunidades, quase inexistentes é preciso ressaltar, a legislação excepciona a amplitude de referida garantia fundamental, como ocorre em assuntos de justiça desportiva (art. 217, § 1º, do texto constitucional) e em demandas que envolvam pedidos ou revisão de benefícios previdenciários, submetidas à exigência de prévio requerimento administrativo perante a entidade administrativa (julgamento em Recurso Extraordinário n. 631.240 perante do Excelso Supremo Tribunal Federal, ainda sem publicação do inteiro teor do acórdão).

Essa garantia é qualificada por outra garantia fundamental que é conhecida pelo nome de benefício da justiça gratuita, com previsão no art. 5º, LXXIV, do texto constitucional, cuja redação é esclarecedora: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. O benefício foi regulamentado pelas Leis 1.060/50 e 5.584/70, a última aplicável no âmbito da justiça do trabalho. Contudo, sua concessão não tem obedecido a parâmetros objetivos, com aptidão para beneficiar os jurisdicionados efetivamente necessitados e que comprovem insuficiência de recursos, de maneira que a prática forense tem evidenciado verdadeira hipertrofia na concessão de referido benefício, cujos números acerca dos beneficiados não têm sido nem ao menos contabilizados pelos Tribunais. É sobre esse atual cenário que serão propostas reflexões acerca do assunto.

³ A interpretação a ser conferida ao dispositivo, com efeito, nas palavras de Farias (2012, p. 54): “(...) deve ser a mais ampla possível, permitindo-se a revisão judicial dos atos lesivos e abusivos, em todas suas esferas”.



2 DESENVOLVIMENTO

O benefício da justiça gratuita é garantia fundamental cuja natureza, indiscutivelmente, é típica de um Estado Democrático baseado no princípio da igualdade. Ou seja, a todos necessitados e não necessitados, o texto constitucional assegura o acesso ao Poder Judiciário para o fim de igualar eventuais desigualdades decorrentes da situação econômica, para garantir um mínimo existencial como objetivo de que o custo do processo não seja uma barreira ao acesso ao Poder Judiciário.

Sobre o assunto ensina Didier (2008, p. 9) ao citar Luiz Guilherme Marinoni:

Acesso a um processo justo, a garantia de acesso a uma justiça imparcial, que não só lhe possibilite a participação efetiva, mas que também permita a efetividade da tutela dos direitos, consideradas as diferentes posições sociais e as específicas situações de direito substancial.

É importante destacar que Pontes de Miranda, citado por Zanon (1990, p. 94), defendia que o direito à concessão do benefício da justiça gratuita, porque direito fundamental e absoluto é autoaplicável e dispensa a edição de Lei:

O direito à assistência é de tal forma fundamental e absoluto que, ainda segundo os ensinamentos de Pontes de Miranda, a regra constitucional que o emoldura 'é bastante em si, self-executing, a despeito da alusão à forma da lei. Há direito subjetivo à assistência judiciária, há pretensões e ação contra o Estado'.

De outro lado, há duas Leis que regulamentam o assunto e que contemplam os pressupostos necessários para a concessão do benefício, como se passa a comentar no item que segue.

2.1 Regulamentações do benefício da justiça gratuita (Leis 1.060/50 e 5.584/70) e critérios jurisprudenciais

Datada no ano de 1950, a Lei 1.060, em seu art. 4º, dispõe que a parte gozará do benefício da justiça gratuita mediante "simples afirmação" de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado,



sem prejuízo próprio ou de sua família. Complementa a redação do art. 4º o conceito de **necessitado** previsto no art. 2º, parágrafo único, de referida Lei, o qual se concentra no aludido prejuízo ao sustento do jurisdicionado ou de sua família caso seja efetuado o pagamento das custas e das despesas com honorários.

O ônus da prova pela descaracterização da condição de necessitado da parte recai sobre o outro polo da relação processual, ao qual incumbe o ônus processual, nos termos do art. 7º, da Lei 1.060/50, da prova da “inexistência ou o desaparecimento dos requisitos essenciais à sua concessão”.

A Lei 5.584/70, que regulamenta o assunto no âmbito da justiça do trabalho, em seu contexto, prevê que o beneficiário da justiça gratuita esteja amparado pelo Sindicato da categoria (art. 14, *caput*) mediante a condição de que o jurisdicionado perceba quantia igual ou inferior ao dobro do valor do salário mínimo e diante prova da situação econômica de que a parte não possa demandar sem prejuízo de seu sustento ou de sua própria família caso não goze do benefício da justiça gratuita.

Com efeito, a Lei que regulamenta o assunto no âmbito da justiça do trabalho traz critérios objetivos para a concessão do benefício ao prever que a remuneração inferior ao valor de dois salários mínimos se constitui como pressuposto para a concessão do benefício pleiteado (art. 14, § 1º, da Lei 5.584/70). Esse valor, pode-se concluir, confere ao conceito de necessitado um caráter normativo e deve ser utilizado pelo julgador e pela parte contrária como critério para aferir a possibilidade de concessão do benefício da justiça gratuita.

Entretanto, o que ocorre no cotidiano da prática forense é a ausência de aplicabilidade do caráter normativo indicado, uma vez que, mesmo no âmbito da justiça do trabalho, basta a afirmação de que a parte não tem condições de arcar com as despesas processuais para o deferimento do pedido de concessão do benefício da justiça gratuita.

Esse entendimento é manifestado em decisões judiciais, as quais desprezam o rendimento da parte em detrimento da mera declaração da condição de necessitado. É ilustrativo, por exemplo, o teor da sentença⁴ proferida no processo CNJ n. 1302-58.2013.5.09.0026 (julgamento em 28 de outubro de 2013), que

⁴ Disponível em: <www.trt9.jus.br>. Acesso em: 24 nov. 2014.



tramitou perante o Eg. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Estado do Paraná, cujos termos se destacam:

Na forma do §1º do artigo 14 da Lei nº 5.584 de 1970 para que lhe seja concedido o benefício da justiça gratuita basta ao trabalhador que receba salário superior ao dobro do mínimo legal a declaração de que não possui condições de arcar com as despesas processuais sem o prejuízo do sustento próprio ou da respectiva família.

Portanto, é irrelevante o valor do salário percebido pelo trabalhador, conforme alegado pela reclamada na contestação.

Assim, ante o pedido formulado à letra “d” de fls. 18, concedo ao reclamante os benefícios da justiça gratuita, dispensando-o do pagamento de custas e despesas processuais.

O tema, inclusive, é consolidado no âmbito jurisprudencial do C. Tribunal Superior do Trabalho (TST) por meio da redação da orientação jurisprudencial n. 304, cujo teor se destaca:

Atendidos os requisitos da Lei nº 5.584/70 (art. 14, § 2º), para a concessão da assistência judiciária, basta a simples afirmação do declarante ou de seu advogado, na petição inicial, para se considerar configurada a sua situação econômica (art. 4º, § 1º, da Lei nº 7.510/86, que deu nova redação à Lei nº 1.060/50).

O assunto toma maiores proporções diante do posicionamento recente dos Tribunais Estaduais e dos Tribunais Regionais Federais, para os quais a concessão do benefício da justiça gratuita deve observar critérios objetivos de renda inferior ao valor de dez salários mínimos. Esse é o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná no Agravo de Instrumento 1.139.588-7, de relatoria do Desembargador Victor Martim, com julgamento datado de 02 de outubro de 2012:

Os valores percebidos pelos Agravantes consoante seus comprovantes de pagamentos (fls. 26/34) estão muito aquém do que a Jurisprudência considera como parâmetro para o deferimento do benefício. ‘Vêm estipulando nossos tribunais critério objetivo de renda inferior a dez salários mínimos como índice de necessidade a justificar a concessão de assistência judiciária gratuita’ (TRF – 2ª Reg., AP 2006.50.01.002514-3).

Talvez a objetividade existente na avaliação das justiças comuns para a concessão da justiça gratuita exprima uma maior razoabilidade diante da possibilidade de concessão do benefício aos jurisdicionados realmente



necessitados. Essa noção de razoabilidade acerca do assunto já veio expressa na Constituição Política do Império de 1824 pela expressão “proporção dos seus haveres” prevista no art. 179, inciso 15, para a concessão do benefício nos seguintes termos:

13) A lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um (...) 15) Ninguém será isento de contribuir para as despesas do Estado em proporção dos seus haveres.

No mesmo sentido, a redação do art. 72, do Código de Processo Civil de 1939, tratava sobre o tema ao transferir o ônus da prova da necessidade ao postulante já indicada na petição inicial, da seguinte forma: “o rendimento ou vencimento que percebe e os seus encargos pessoais”. Essa também era a redação original do art. 4º, da Lei 1.060/50, a qual posteriormente foi alterada apenas para exigir como prova para a concessão do benefício a declaração de pobreza, a teor do que dispunha a Lei de alimentos de 1968. Ou seja, de acordo com as disposições legais destacadas, bem como em decorrência do entendimento jurisprudencial que vem se consolidando pela concessão do benefício da justiça gratuita, quer seja pela simples declaração de pobreza, quer seja pelo valor de remuneração inferior a dez salários mínimos, o que se percebe é que o critério utilizado para a concessão do benefício é cambiante entre as diferentes justiças comuns ou especializadas.

Com efeito, ao que parece é que a evolução interpretativa acerca da legislação sobre a matéria expandiu o caráter garantista do benefício e transferiu a outra parte, em sua grande maioria, o ônus da prova de que o beneficiário não é necessitado na acepção do termo e não preenche os requisitos para gozar dos benefícios da justiça gratuita.

Inclusive, caso a parte contrária pretenda desconstituir o benefício concedido perante a justiça do trabalho, por exemplo, deverá demonstrar que o pagamento das despesas processuais não prejudicará o sustento da família ou do próprio jurisdicionado. Trata-se de verdadeira “prova diabólica”, de forma que o impugnante deve provar que os beneficiários não possuem condições de arcar com as despesas processuais em razão de suas despesas diárias: trata-se de trabalho verdadeiramente hercúleo. Tal prova poderia ser facilitada por meio da exibição da



declaração do imposto de renda da parte que pleiteia o benefício da justiça gratuita, mediante decisão judicial.

Ou seja, essa prova seria possível com a juntada das despesas diárias dos beneficiários, como compras em mercado, despesas com escola, saúde, vestuário? Apenas com a compilação dessas informações poderia ser elidida a declaração de que os beneficiários não possuem condições de arcar com as despesas processuais em prejuízo do sustento próprio ou da própria família.

Sobre o assunto, Goron (2011, p. 264) cita Araken de Assis:

Ao desobrigar o postulante do benefício de qualquer prova, a lei provocou efeito colateral de graves reflexos. A regra colocou seu adversário em situação claramente desvantajosa. Dificilmente ele logrará reunir prova daquela equação entre receita e despesa que gere a figura do 'necessitado'. Desse modo, enfraqueceu-se o controle judiciário e a concessão do benefício, quase automática, tornou-se, ao mesmo tempo, irreversível na maioria dos casos.

Ademais, ressalte-se que a possibilidade de revogação do benefício em prazo não superior ao de cinco anos mediante a demonstração de que a parte beneficiada não reúne mais as condições essenciais à sua concessão (arts. 7º e 12, ambos da Lei 1.060/50) é realidade distante da prática forense, já que a prova de tal desconstituição é a mesma que poderia ser apresentada no início do processo por meio do incidente de impugnação ao benefício da justiça gratuita.

Embora não haja previsão legal, diante dessa racionalidade ora contemplada, ao que parece, o critério objetivo utilizado pelas justiças comum estadual e federal cíveis – pela utilização de valor inferior ao de dez salários mínimos – desde que tenha o condão de transferir o ônus da prova da remuneração inferior ao patamar estipulado ao pretendente do benefício parece ser mais adequado para evitar a banalização do instituto.

Com certeza, embora seja necessário estabelecer parâmetros para avaliação da concessão do benefício, o jurisdicionado carente também não pode ser prejudicado diante da prova impossível de sua necessidade. É justamente isso que dispõe o entendimento de Rosa (2003, p. 67): “O que não se pode, efetivamente, é tornar o serviço inacessível na prática, mediante exigências excessivas de difícil



cumprimento pelo carente”. Por isso, para ele o procedimento de concessão do benefício deve ser simplificado, já que a aferição de condição de necessidade:

Além de extraprocessual, a aferição da condição de pobre pelo órgão prestador deve ser simplificada, não se verificando a instauração de um verdadeiro ‘procedimento’. A declaração do assistido, afirmando a condição de pobreza deve ser o bastante para tanto.

Por outro lado, Souza (2003, p. 67) ao citar José Roberto de Castro tece crítica à Lei, a qual, no seu ponto de vista, poderia ter previsto um critério numérico como parâmetro a concessão do benefício.

O autor já citado tece uma crítica à lei, que, a seu ver, poderia ter previsto a expressão numérico apenas. Dessa forma, só tem direito, segundo seu entendimento, aquele que não possui numérico suficiente para arcar com as custas de um processo sem prejuízo do sustento próprio e da família.

Sobre outro aspecto, com atribuição do ônus da prova de forma diversa, consolida-se o tratamento conferido pela jurisprudência ao benefício da justiça gratuita às pessoas jurídicas, o que se passa a abordar adiante.

2.2 Benefício da justiça gratuita especificamente para as pessoas jurídicas

No que se refere ao benefício a ser concedido às pessoas jurídicas, embora as Leis que regulamentam o assunto não tratem especificamente do tema, vale ressaltar que o Eg. Superior Tribunal de Justiça sumulou a questão por meio da edição da Súmula 481 na qual está previsto que “Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais.”

Isso significa que o ônus da prova da condição de necessidade é da pessoa jurídica sendo insuficiente para lograr êxito no gozo do benefício apenas a declaração de pobreza.

No âmbito da justiça do trabalho, o rigor quanto à concessão do benefício da justiça gratuita é o mesmo, de forma que a prova da necessidade econômica é da pessoa jurídica. O julgado abaixo ilustra o assunto:



AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ORDINÁRIO EM AÇÃO RESCISÓRIA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA. As disposições da Lei 1.060/60, que dispõe sobre assistência gratuita, são dirigidas aos necessitados, ou seja, trata-se de benefício concedido a pessoas físicas economicamente carentes. Daí por que a jurisprudência dominante desta Corte é no sentido de que o benefício da justiça gratuita é inaplicável a pessoas jurídicas, à exceção daquelas hipóteses em que ficou cabalmente demonstrada a impossibilidade de arcar com as despesas processuais. Agravo de Instrumento a que se nega provimento (AIRO-343/2005-000-17-40.9, SDI-2, Rel. Min. Simpliciano Fontes de F. Fernandes, DJ 13/04/2007).

Contextualizados os requisitos exigidos pela Lei e pela jurisprudência para a concessão do benefício, é necessário dispor sobre o alcance de referido benefício no âmbito do processo com os comentários de seus efeitos para as partes.

2.3 Efeitos processuais e econômicos do benefício da justiça gratuita

O que se pode extrair das breves ponderações exaradas acerca dos requisitos necessários para a concessão do benefício da justiça gratuita, bem como do comportamento que a jurisprudência confere ao tema, é a constatação da verdadeira banalização do instituto. Muitos necessitados recebem remuneração superior a sete mil reais⁵ caso sejam computados como patamar os dez salários mínimos utilizados pela justiça comum ou valor superior caso se entenda que a simples declaração de pobreza basta para a concessão do benefício, o que estimula, inclusive, o ajuizamento de lides temerárias e abusivas.

Sob a ótica processual, vários são os efeitos a que a parte contrária (vencedora) estará sujeita diante do benefício da justiça gratuita. Isso significa computar em seu “prejuízo” o não ressarcimento das custas processuais mediante a interposição de recursos, pagamento de diligências para oficiais de justiça, penhoras, leilões, cartas de citação, cartas precatórias, cartas de arrematação, adjudicação, depósitos a título de caução como ocorre com as ações rescisórias, dentre outras despesas com que a parte não beneficiária da justiça gratuita terá que arcar (art. 3º, da Lei 1.060/50). Além das custas processuais, notoriamente, os

⁵ Até a data da redação desse artigo o salário mínimo nacional computava a quantia de R\$ 724,00 (setecentos e vinte e quatro reais). Disponível em: <portal.mte.gov.br/sal_min/>. Acesso em: 27 nov.14.



honorários advocatícios sucumbenciais não serão pagos porque a isenção é geral e irrestrita.

A generalidade da isenção ganha proporções tamanhas até mesmo em relação às multas previstas no Código de Processo Civil (CPC) e em legislações especiais. A notoriedade ocorre com a multa cominada em decorrência da litigância de má-fé prevista nos arts. 17 e 18, ambos do CPC, a qual será inócua caso o litigante temerário seja beneficiário da justiça gratuita. Vários são os dispositivos que preveem a cominação de penalidades, as quais não terão efeito prático diante do gozo do benefício da justiça gratuita, como é o caso do art. 22, do CPC, que dispõe sobre a condenação pela dilação indevida do julgamento pela não arguição de fato modificativo, impeditivo e extintivo. Também há a previsão de multa nos arts. 14, parágrafo único, 161; 196; 233; 538, parágrafo único; 557, § 1º; 740, parágrafo único, todos do CPC.

É por isso que não se pode computar que a relação processual decorrente do benefício está inserida no âmbito da jurisdição voluntária como ensina Campos (2002, p. 66) ao citar José Maria Rosa Tescheiner, isso porque a parte adversa possui verdadeiro interesse resistido em cobrar pelas despesas processuais e honorários advocatícios caso o beneficiário seja sucumbente. Ela pode até mesmo se utilizar do instrumento da impugnação ao benefício da justiça gratuita (art. 4º, § 2º, da Lei 1.060/50) para fazer frente ao pedido, bem como pleitear sua revogação a qualquer momento nos termos do art. 7º, da Lei 1.060/50) ou recorrer da decisão que o defere (art. 17, da Lei 1.060/50). Além disso, é por meio de cumprimento de sentença (relação de jurisdição contenciosa) que o credor satisfará seu crédito.

Dessa breve reflexão se extrai que a isenção atribuída em decorrência do benefício da justiça gratuita gera um custo social e econômico, na medida em que a prestação jurisdicional é serviço público essencial custeado por meio da cobrança de tributo na modalidade taxa (serviço público específico e divisível), de forma que o jurisdicionado isento não contribui para subsidiar a prestação de referido serviço e até mesmo se abstém de ressarcir ao outro polo da relação processual mesmo que atue de forma temerária, já que isento do pagamento de todas as penalidades processuais.



De fato, não há números estatísticos sobre o custo econômico que a concessão do benefício da justiça gratuita representa ao Estado, tampouco há precisão sobre a quantidade de benefícios concedidos no âmbito de cada Tribunal. Ao acessar os sites de diversos tribunais verifica-se que o assunto apenas é tratado em seu cunho descritivo com o conceito do que é efetivamente o benefício da justiça gratuita, mas sem a precisão do número de jurisdicionados beneficiados com a isenção, quer sejam eles efetivamente necessitados ou não. Nem mesmo o *site* do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) possui dados sobre a dimensão do benefício e seu impacto econômico.

Apenas a título de contextualização sobre o custo de um processo judicial no Brasil e sobre os eventuais reflexos econômicos do benefício da justiça gratuita, cita-se que em 31 de março de 2011 o IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) fez um estudo sobre o “Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal”⁶ (processos que representam no âmbito daquela Justiça 34,6% das ações judiciais em trâmite), em decorrência da celebração de Acordo de Cooperação Técnica n. 26/2008 com o CNJ na execução de estudos e pesquisas sobre o Poder Judiciário.

Do relatório do estudo são extraídas informações valiosas como a de que “Existem poucos estudos sobre a estrutura de custos da administração pública em geral, e do Poder Judiciário em particular” e de que o tempo médio total de tramitação do executivo fiscal é de 8 anos, 2 meses e 9 dias. O estudo contextualiza que a morosidade do processo judicial não está concentrada no cumprimento de prazos legais, do sistema recursal ou das garantias do executado (o que está na contramão das recentes reformas processuais que visam a reduzir o número de recursos, por exemplo), mas na cultura burocrática do próprio Poder Judiciário. Confira-se trecho do estudo:

A morosidade não resulta significativamente do cumprimento de prazos legais, do sistema recursal ou das garantias de defesa do executado. Nem tampouco do grau de complexidade das atividades administrativas requeridas. Fundamentalmente, é a cultura organizacional burocrática e formalista, associada a um modelo de gerenciamento processual

⁶ Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/110331_comunicadoipea83.pdf>. Acesso em: 06 out. 2014.



ultrapassado, que torna o executivo fiscal um procedimento moroso e propenso à prescrição.

A forma de organização administrativa na Justiça Federal se assemelha ao modelo fordista clássico, caracterizado pela rígida divisão de tarefas excessivamente reguladas, repetitivas e autorreferentes. Esse modelo impede a construção de uma visão completa do processo de trabalho, privilegiando o cumprimento de tarefas, em detrimento da obtenção dos resultados.

Conclusivamente, o estudo alerta ao final: “A política de digitalização e virtualização dos processos judiciais não será bem-sucedida se não vier precedida de treinamento adequado e de uma profunda revisão do modelo de organização e gestão administrativa.”

Em números, por fim, o estudo aponta que o custo diário de um processo no ano de 2009 é de R\$ 1,58/dia, da seguinte forma:

Tendo em vista os dados sobre o orçamento da Justiça Federal de Primeiro Grau, tem-se que seu custo diário é de R\$ 13,5 milhões e o custo médio do processo no ano de 2009 foi de R\$ 1,58/dia. Logo, o custo médio total provável do Processo de Execução Fiscal Médio (PEFM) é de R\$ 4.685,39. Quando excluídos os custos com o processamento de embargos e recursos, esse valor é de R\$ 4.368,00. Este último valor é o indicador mais adequado à determinação do custo efetivo do processamento da execução fiscal, na Justiça Federal de Primeiro Grau.

Disso se extrai que um processo no âmbito da justiça comum estadual cível, local em que notoriamente as demandas são mais demoradas⁷ e não há estrutura comparável à justiça comum federal cível ou justiça do trabalho, o custo do processo deve ser mais elevado.

Em que percentagem, inserido nesse contexto, deve ser o custo atribuído ao Estado em decorrência do número de beneficiários da justiça gratuita? Uma terça ou quarta parte? Não há números a evidenciar. Contudo, a dimensão dos benefícios deveria ser computada pelos Tribunais e centralizada no âmbito do CNJ para que se

⁷ A arbitragem, na qualidade de método alternativo de resolução de conflitos, tem sido a alternativa à referida morosidade, contudo, na prática apenas poucos têm acesso a referido método em razão de seu custo elevado, até mesmo porque a Lei n. 9.307/96, que regulamenta o assunto, não prevê isenção relativa às despesas processuais. Sobre os valores da arbitragem: “Para ações de R\$ 1 milhão, a arbitragem custaria a partir de R\$ 50.480,00 e no Judiciário, R\$ 30.076,95. Já para ações de R\$ 10 milhões, a arbitragem custaria a partir de R\$ 79.460,00 e no Judiciário, R\$ 114.296,95”. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI194127,11049-advogado+compara+custos+da+arbitragem+com+o+Judiciario>>. Acesso em: 09 out.14.



pudesse dimensionar o custo da banalização do benefício da justiça gratuita (o qual deve ser atribuído apenas às pessoas efetivamente necessitadas) bem como o impacto que isso gera no Poder Judiciário e na própria economia, quer seja pelo estímulo ao ajuizamento de lides temerárias (já que não há efeitos da sucumbência), quer seja pela contribuição que tal prática gera para a cristalização de uma tendência de acesso irrestrito ao Poder Judiciário, o que contribui em parte para o excesso de demandas em trâmite perante os Tribunais e caracteriza a sociedade brasileira como essencialmente litigiosa. Em relatório anual de 2014 publicado pelo CNJ⁸ e que é referente ao ano de 2013, o aumento da litigiosidade no Poder Judiciário brasileiro é apontado como motivo de preocupação:

Tramitaram aproximadamente 95,14 milhões de processos na Justiça, sendo que, dentre eles, 70%, ou seja, 66,8 milhões já estavam pendentes desde o início de 2013, com ingresso no decorrer do ano de 28,3 milhões de casos novos (30%). **É preocupante constatar o progressivo e constante aumento do acervo processual**, que tem crescido a cada ano, a um percentual médio de 3,4%. Some-se a isto o aumento gradual dos casos novos, e se tem como resultado que o total de processos em tramitação cresceu, em números absolutos, em quase 12 milhões em relação ao observado em 2009 (variação no quinquênio de 13,9%). Apenas para que se tenha uma dimensão desse incremento de processos, a cifra acrescida no último quinquênio equivale a soma do acervo total existente, no início do ano de 2013, em dois dos três maiores tribunais da Justiça Estadual, quais sejam: TJRJ e TJMG.

Apenas para contextualizar, a proibição de lides temerárias é alvo de controle, por exemplo, nas ações coletivas dos Estados Unidos, denominadas de *classactions*, que possuem custo altíssimo a ponto de que o advogado que patrocinar a causa precise associar-se a um escritório para conseguir pagar seu custo como explica Matssura (2008)⁹.

A problemática da banalização do benefício da justiça gratuita foi objeto de estudo em artigo escrito por Lobo (2011, p.359) por meio do qual ele propõe uma forma de moralizar o instituto ao atribuir à decisão pela concessão do benefício caráter precário de natureza de medida liminar e, posteriormente, a situação

⁸ Disponível em: <ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2014.pdf>. Acesso em 09 out.14.

⁹ MATSSURA, Lilian. **Advogado quer trazer *classaction*, febre nos EUA, para Brasil**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-mar-02/advogado_defende_uso_class_actions_brasil>. Acesso em: 08 out.14.



econômica do beneficiário seria verificada em juízo após o trânsito em julgado por meio de “provas contundentes da sua hipossuficiência econômica” diante das quais: “(...) o juiz avaliará a real possibilidade de o devedor pagar, ainda que de modo parcelado, as despesas processuais e honorários”.

Em que pese a sugestão trazida pelo referido jurista, não se pode afastar o fato que após o trânsito em julgado haverá grandes dificuldades de que se executem os valores devidos por beneficiários com benefícios revogados ou até mesmo em compelir o beneficiário a trazer informações sobre sua situação econômica.

Diante disso, talvez a prática mais eficiente para coibir o abuso ao benefício seria a previsão legislativa pela tributação progressiva conforme a renda declarada e comprovada pelo requerente no processo. Inclusive, a declaração do imposto de renda poderia constituir fonte para tanto, pois os assalariados, em tese, não teriam como sonegar informações sobre seus rendimentos mensais. Ou seja, a Lei poderia prever parâmetros (alíquotas) para tributar os requerentes, de forma que não houvesse isenção a todos os beneficiários e nem a taxa igual a aqueles que possuem rendas diversas (mas acima dos rendimentos isentos) à semelhança do que ocorre com o imposto de renda (mas com maior número de faixas de alíquotas para não gerar a desproporcionalidade ocorrida no caso do imposto de renda, em atenção ao princípio da proporcionalidade).

Nesse contexto, é importante lembrar, guardadas as devidas proporções, que já há experiência semelhante na legislação brasileira por meio da edição da Lei 9.099/95 (que instituiu os juizados especiais) para a qual é isento do pagamento de despesas processuais e honorários advocatícios, em primeira instância, o jurisdicionado com pretensão não superior a quarenta salários mínimos. Contudo, as causas que tramitarem perante as turmas recursais estão submetidos aos efeitos da sucumbência com condenação ao ressarcimento das despesas processuais e dos honorários.

Conclusivamente ao que se expôs, passa-se a reflexão abaixo.

3 CONCLUSÃO

É inegável que o benefício da justiça gratuita constitui direito fundamental cujo núcleo essencial deve ser preservado. A ele está atrelada a inafastabilidade de



acesso ao Poder Judiciário, garantia fundamental diante do sistema inglês de monopólio da litigiosidade adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, o que se pretendeu com a presente reflexão foi contextualizar a banalização de referido benefício que tem ocorrido na prática cotidiana forense, a ponto de inexistirem estatísticas sobre o assunto e que possam precisar o impacto social e o econômico que referida banalização tem gerado para o Judiciário brasileiro com o ajuizamento de lides temerárias e que tendem a aumentar o número de processos em trâmite perante a justiça brasileira.

Diante disso, se propôs uma releitura do instituto para o fim de desestimular sua utilização abusiva mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade para que haja uma tributação progressiva de acordo com a renda do jurisdicionado beneficiado. Com isso, haveria uma maior cautela quanto ao ajuizamento de demandas porque o jurisdicionado estaria sujeito, ainda que em pequena percentagem proporcional aos seus rendimentos, aos efeitos da sucumbência. Ou seja, a valorização do próprio direito de acesso à Justiça seria diferenciada com o impacto cultural de que o Poder Judiciário não deixa de ser, na modalidade de serviço público, um custo ao Estado.

REFERÊNCIAS

CAMPO, Helio Marcio. **Assistência jurídica gratuita:** assistência judiciária e gratuidade judiciária. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. **Benefício da justiça gratuita.** 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2008.

FARIAS, Jéferson Albuquerque. Garantia de acesso à justiça. **Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil**, São Paulo, v. 12, n. 77, p. 49-61, maio 2012.

GORON, Lívio Goellner. Acesso à Justiça e gratuidade: uma leitura na perspectiva dos direitos fundamentais / 2011. Acesso à Justiça e gratuidade: uma leitura na perspectiva dos direitos fundamentais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 36, n. 195, p. 249-277, maio 2011.

LOBO, Arthur Mendes. Assistência judiciária gratuita no novo código de processo civil: uma proposta de possível emenda ao PL 8.046/2010 / 2011 Assistência judiciária gratuita no novo código de processo civil: uma proposta de possível emenda ao PL 8.046/2010. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 36, n.194, p. 358-360, abr. 2011.



MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. **Assistência jurídica: integral e gratuita**. São Paulo: Método, 2003.

ZANON, Artemio. **Da assistência jurídica integral e gratuita: comentários à Lei da Assistência Judiciária (Lei n. 1.060, de 5-2-1950, à luz da CF de 5-10-1988, art. 5., LXXIV)**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1990.



TEORIA DA ASSERÇÃO: CONSEQUÊNCIAS DA (IN)APLICABILIDADE NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO¹

ASSERTION THEORY: CONSEQUENCES OF ITS APLICABILITY IN BRAZILIAN CIVIL PROCEDURE

Tamara Cristiane Geiser²

Resumo

O trabalho se concentra no estudo da teoria da asserção e as consequências trazidas com aplicação e não aplicação da mesma. Em razão da dificuldade em distinguir o direito material e direito processual com a aplicação da teoria eclética da ação, buscam-se resultados positivos com a aplicação da teoria da asserção no momento de análise das condições da ação no processo civil. A pesquisa se baseia no estudo doutrinário, legislativo e jurisprudencial sobre as condições da ação no processo civil. Com o estudo perquirido se verificará a adoção majoritária da teoria da asserção para a análise das condições da ação e os resultados positivos da sua aplicação. Observar-se-á, contudo, que a não aplicação da teoria revela resultados indesejáveis ao processo que não atendem ao Modelo Constitucional do Processo. Com efeito, a aplicação da teoria *della prospettazione* visa otimizar a prestação jurisdicional e permite descarregar o acúmulo de processos no Judiciário, atribuindo a efetividade da Justiça.

Palavras-chave: Teoria da asserção; Ação; Condições da ação; Processo.

Abstract

The paper focuses on the study of assertion theory and the consequences brought by its application and non-application. Due of the difficulty in distinguishing substantive law and procedural law in the application of the eclectic theory of action, there is a tendency to seek positive results with the implementation of the assertion theory in the moment of analysis of the conditions of action in civil procedure. The research is based on doctrinal, legislative and judicial studies of the action conditions in civil procedure. The study verifies the adoption by the majority of the assertion theory in the analysis of the conditions of action and the positive results of its implementation. The study observes that the non-application of the theory reveals undesirable results to civil procedure, that do not meet the Constitutional Model of Procedure. Indeed, the application of theory *della prospettazione* aims to optimize the adjudication remove the backlog in the courts, attributing to the effectiveness of Justice.

Keyword: Theory of assertion; Action; Causes of action; Process.

¹ Artigo recebido em 23/10/2014, pareceres submetidos em 30/10/2014 e 20/11/2014 e aprovação comunicada em 26/11/2014.

² Advogada. Bacharela em Direito pela Universidade da Região de Joinville – Univille. cursando pós-graduação em Direito Constitucional na ABDCONST. *E-mail:* <tamy.cg@gmail.com>.



1 INTRODUÇÃO

O sistema processual civil brasileiro adotou a teoria eclética da ação, segundo a qual o direito de ação constitui direito autônomo reconhecido pelo preenchimento das condições da ação, quais sejam, legitimidade, interesse processual e possibilidade jurídica do pedido.

Embora também se adote no Brasil a teoria eclética da ação é necessário ter em vista o Modelo Constitucional do Processo, com o objetivo de concretizar não só o devido processo legal, mas também as garantias constitucionais de inafastabilidade da jurisdição, celeridade e, principalmente, efetividade e acesso à justiça.

A teoria da asserção vem sendo invocada para solucionar esta mescla entre a matéria processual e a matéria de mérito, a qual constitui instrumento útil aplicável quando da análise das condições da ação. Busca-se, assim, a concretização de princípios constitucionais atinentes ao processo, mormente o da efetividade da jurisdição.

2 A TEORIA DA ASSERÇÃO NOS TRIBUNAIS

O Código de Processo Civil brasileiro optou por adotar a teoria da asserção para a análise das condições da ação. A teoria *della prospettazione* (NEVES, 2011, p. 92), prega que a análise das condições da ação deve ser feita em abstrato, ou *in status assertionis* (CÂMARA, 2012, p. 154), tendo em vista as afirmações feitas pelo demandante na petição inicial. O que importa são as assertivas, as afirmações, que o autor faz em relação ao seu direito na petição inicial. Entretanto, não são raros os processos que chegam aos Tribunais com decisões proferidas de forma diversa.

A teoria da asserção possui o fito de auxiliar o julgador na distinção entre a matéria processual e a matéria de mérito. Contudo, verifica-se que em determinados casos há contrariedade entre o fundamento e o dispositivo de algumas sentenças.

É comum observar sentenças terminativas de extinção com resolução do mérito, mas que em verdade estão decidindo indiretamente pela carência da ação (decisão esta que pelo Código de Processo Civil deveria se dar sem resolução de



mérito). O inverso também ocorre, sentenças terminativas que concluem pela ausência de alguma condição da ação, quando em verdade, foram analisadas as provas produzidas nos autos.

Nessas situações, verifica-se que muitos acórdãos enfatizam a adoção do legislador brasileiro pela teoria da asserção e que, por conseguinte, o desfecho final do processo se altera de acordo a discussão *sub judice*.

2.1 A teoria da asserção na análise da legitimidade processual

Sabe-se que as ações em espécie possuem legitimados que devem ser indicados de acordo com o pedido formulado.

A arguição da ilegitimidade processual geralmente é levantada pela parte ré na tentativa de extinguir o feito sem que haja sua condenação no processo. A ausência desta condição da ação, via de regra, é arguida em preliminar para que sequer chegue à análise do mérito da ação.

Contudo, em muitos casos os argumentos utilizados para se requerer a declaração de ilegitimidade se confundem com o mérito, ultrapassam as narrativas da petição inicial, invocando as provas do processo. Embora seja arguida em preliminar, busca-se em verdade a improcedência do pedido.

Nas ocasiões em que há o julgamento do mérito, mas que o réu condenado, que está insatisfeito com a sentença, interpõe recurso e reitera o pedido de acolhimento da preliminar. Desta forma, comumente o tribunal decide por afastar a preliminar com fundamento na teoria da asserção³. Apreciam-se apenas as alegações do autor da ação para verificar a presença ou ausência desta condição da ação.

Outra situação ocorre quando o recurso busca a reforma de sentença terminativa que extinguiu o feito sem resolução de mérito por ilegitimidade de parte.

³ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. **AC n. 20110110441785ACP**. Rel Des. Romulo de Araújo Mendes, j. 12, junho 2013; RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **AI n. 0053968-57.2011.8.19.0000**. Rel Des. Edson Vasconcelos, j. 26 outubro 2011; PARANÁ. Tribunal de Justiça. **AI n. 1.026.361-9**. Rel. Des. Luiz Lopes, j. 17 outubro 2013; PARANÁ. Tribunal de Justiça. **AC n. 888,168-9**. Rel. Des. Laertes Ferreira Gomes, j. 18 outubro 2013.



Ocorre quando da declaração de ilegitimidade de plano, com o indeferimento da inicial ou após a admissibilidade da petição inicial em que há a extinção do processo sem resolução de mérito⁴.

Nessas hipóteses os tribunais têm reformado as sentenças e solucionando o caso de duas formas distintas.

A primeira delas se refere à cassação ou desconstituição da sentença ao argumento de que as condições da ação estariam presentes de acordo com a narrativa da exordial. Posterior é determinada a remessa dos autos à origem para o regular processamento do feito. Este retorno ao juízo *a quo* ocorre sob o fundamento de proibição de supressão de instância⁵.

A segunda delas, que também se refere ao recurso de sentença que extinguiu o processo sem resolução de mérito, por carência da ação, mas que não determina o retorno dos autos à origem.

O Tribunal, ao reformar a sentença terminativa, profere desde logo o julgamento de mérito, o que o faz baseado na atribuição concedida pelo artigo 515, § 3º, do Código de Processo Civil⁶.

Há que se ressaltar que somente poderá o tribunal proferir desde logo o julgamento da lide quando não houver mais provas a serem produzidas ou quando abarcar a possibilidade de julgamento antecipado do feito (artigo 330, do Código de Processo Civil).

Há hipóteses em que o julgamento é de extinção por carência da ação, mas em decorrência da análise de provas produzidas no processo.

⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **AC n 70048188197, de Bento Gonçalves**. Rel. Des. Elaine Harzheim Macedo, j. 27 setembro 2012.

⁵ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **AC n. 2013.052099-7**. Rel. Des. Substituto Odson Cardoso Filho, j. 03 outubro 2013; RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **AC 0024153-16.2008.8.19.0066**. Rel. Des. Elton Leme, j. 25 agosto 2011; CEARÁ. Tribunal Regional do Trabalho. **RO 641002920095070001**. Rel. Des. Emmanuel Teófilo Furtado, j. 27 fevereiro 2012.

⁶ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **AC n. 2011.069612-8, da Capital**. Rel. Des. Francisco Oliveira Neto, j. 24 outubro 2013; MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **AC n. 1.0145.05.237427-2/001, de Belo Horizonte**. Rel. Desembargador Elpídio Donizetti, j. 29 junho 2006; SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **AC 2010.003039-6**. Rel. Des. Henry Petry Junior, j. 26 junho 2013.



Isso decorre da cognição exercida pelo julgador quando da análise de tais condições. Se, pela análise da exordial, as partes possuem legitimidade e pela análise probatória não a possuem, o caso seria de reforma para se declarar a improcedência do pedido⁷.

Assim, em ambos os casos a sentença de extinção por carência da ação, motivada pela ausência de legitimidade de parte, ao ser reformada, poderá ser solucionada pela cassação da sentença e determinação prosseguimento do feito, ou pelo julgamento de pronto pelo tribunal. A escolha por tais soluções irá oscilar de acordo com estado da causa para julgamento.

De forma diversa, são os casos em que há sentença condenatória, mas que, ao chegar ao tribunal por ocasião de interposição de recurso, verifica-se que alguma das partes não é legítima.

Com vistas a não preclusão das condições da ação, ainda que afastada em sede de primeiro grau, observa-se que os tribunais, com base na teoria da asserção, têm reformado a sentença para declarar a ilegitimidade de parte, com base nas afirmações do autor na exordial⁸.

O Superior Tribunal de Justiça enfatiza ao discutir questão processual de condições da ação, que estas não estão sujeitas à preclusão. Destaca também a adoção do legislador brasileiro à teoria da asserção e apresenta diversos precedentes desta Corte⁹.

Ressalta-se que em julgado, o Superior Tribunal de Justiça destacou que, ainda que a parte recorrente tenha qualificado a defesa como sendo de mérito, mas que em verdade se trata de condição da ação, esta poderá ser apreciada ante a ausência de preclusão. Mantém-se, portanto, a natureza jurídica das condições da ação¹⁰.

⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **AC 1032527820078260000 SP**. Rel. Des. Salles Rossi, j. 24 novembro 2010.

⁸ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **AC n 2012.068746-9, de Içara**. Rel. Des. Jairo Fernandes Gonçalves, j. 05 outubro 2013; SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **AC 700898 SC 2011.070089-8**. Des. Rel. Seul Steil, j. 24 janeiro 2012.

⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 205.533/SP**. Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 08 outubro 2012; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 53.146/SP**. Rel. Min. Castro Meira, j. 05 março 2012; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.125.128/RJ**. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 18 setembro 2012; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1052680 / RS**, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 06 outubro 2011.

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Agravo em Resp n. 10.643 – RS 2011/00667653-7**. Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 02 maio 2013.



No mais, considerando a subsidiariedade de aplicação do Código de Processo Civil em algumas justiças especializadas, infere-se a aplicação da teoria da asserção em algumas hipóteses no processo trabalhistas, processo eleitoral.

Na Justiça do Trabalho, consideram-se as alegações do autor para aferir a legitimidade do reclamante em relação a tal empregador na relação de trabalho, observando os requisitos estabelecidos para caracterizar a relação de trabalho (artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho)¹¹.

Na Justiça Eleitoral, há diversas decisões que, ao analisar as condições da ação das representações, invocam a teoria da asserção. Assim, ao se verificar que há legitimidade na representação, a veracidade ou não das afirmações passa a ser matéria de mérito¹².

Diante disso, observa-se que a análise da legitimidade processual é feita majoritariamente com base na teoria da asserção, com vistas às alegações do autor na petição inicial. Contudo, as soluções advindas dessa aplicação variam de caso a caso, de acordo com o estado que o processo se encontra e a sentença da qual se recorre.

2.2 Teoria da asserção na análise do interesse processual

Imperiosa a verificação quanto à necessidade do autor recorrer ao Judiciário, à utilidade da tutela postulada, bem como à adequação do provimento judicial ao litígio. Tudo com análise da narrativa feita na inicial¹³.

¹¹ RONDÔNIA/ACRE. Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região. **RO n. 00314.2009.403.14.00-4**. Rel. Des. Elana Cardoso Lopes, j. 15 setembro 2009; SÃO PAULO, Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. **RO 0000595-41.2012.5.15.0032**. Rel. Des. Fabio Grasselli, j. 24 maio 2013; RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. **RO 2045009420095010281**. Rel. Des. Dalva Amelia de Oliveira, j. 03 julho 2012; BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR 300-63.2009.5.04.0404**. Min. Rel. João Pedro Silvestrin, j. 21 junho 2013.

¹² SERGIPE. Tribunal Regional Eleitoral. **RE 3125**. Rel. Des. Arthur Napoleão Teixeira Filho, j. 04 novembro 2009; MATO GROSSO DO SUL. Tribunal Regional Eleitoral. **REP 449**. Rel. Des. Carlos Alberto de Jesus Marques, j. 13 março 2006; CEARÁ. Tribunal Regional Eleitoral. **REP 34 11554**. Rel. Des. Gizela Nunes da Costa, j. 05 novembro 2007; BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Respe 150475 AM**. Rel. Min. Aldir Guimarães Passarinho Junior, j. 29 novembro 2010.

¹³ SERGIPE. Tribunal de Justiça. **AC 2010.1160 1725/2007**. Juíza Convocada Iolanda Santos Guimarães, j. 08 março 2010; RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **AC n. 70047229836**. Rel. Des. Jorge Luiz Lopes do Canto, j. 31 julho 2013.



Da mesma forma que a legitimidade, observa-se em muitos casos há confusão entre o interesse processual e o mérito da demanda em diversas sentenças proferidas. Os tribunais, em sede recursal vêm reformando, casuisticamente, estas sentenças com a análise das condições da ação *in status assertionis*.

De igual modo, a prolação de decisão de mérito pelos tribunais, ocorrerá dependendo da maturidade da demanda. Assim poderá haver o julgamento da demanda nos termos do art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil¹⁴, ou poderá ser determinado o retorno dos autos à origem para processamento e julgamento¹⁵.

O interesse processual estará presente quando da necessidade de via judicial para dirimir determinado conflito, nas situações em que por via administrativa não foi possível de solucioná-lo¹⁶, ou quando, por previsão legal é imprescindível a intervenção judicial.

Contudo, o não esgotamento das vias administrativas não poderá constituir impedimento para o ajuizamento da ação. Isto porque o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido de ser desnecessário o exaurimento das vias administrativas para o ingresso em juízo¹⁷.

Neste contexto, merece destaque a Súmula 213 do Tribunal Federal de Recursos, cuja redação preconiza: “O exaurimento da via administrativa não é condição para a propositura de ação de natureza previdenciária”¹⁸.

Assim, ainda que a doutrina e algumas decisões judiciais sejam pautadas no interesse processual com o esgotamento das vias extrajudiciais para o ajuizamento

¹⁴ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **AC 1.045.08.473368-5/001**. Rel. Des. Tibúrcio Marques, j. 02 julho 2009; BRASÍLIA. Tribunal de Justiça. **AC 20070110826126APC**. Rel. Des. Natanael Caetano, j. 23 abril 2008; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **APL 992051083964 SP**. Rel. Des. Sá Moreira de Oliveira, j. 01 fevereiro 2010.

¹⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **AC n. 70046663266**. Rel. Des. Paulo Roberto Lessa Franz, j. 29 fevereiro 2012; SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **AC 486132 SC 2008.048613-2**. Des. Rel. Marcus Tulio Sartorato, j. 10 dezembro 2009.

¹⁶ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **AC 1.0194089807-6/001**. Rel. Des. Tibúrcio Marques, j. 18 agosto 2009.

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 764.560/PR**. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 07 março 2006; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 552.600/RS**. Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 09 novembro 2004.

¹⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 213**. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj_0213.htm>.



da ação, há que se considerar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça em sentido diverso. Ou seja, ainda que em sede de defesa, a parte ré alegue a ausência de interesse processual neste sentido, não há o que se falar em carência da ação. Basta, portanto, a alegação de que foi violado um direito material.

Neste diapasão, colaciona-se acórdão que acompanhou o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO SOBRE QUESTÃO DE FATO. SENTENÇA QUE JULGA EXTINTO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. AUSÊNCIA DE PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. FALTA DE INTERESSE DE AGIR CARACTERIZADA. 1. A exigência de prévio requerimento administrativo em matéria previdenciária não é uma questão meramente processual, mas, sim, uma questão de direito material afeta à própria garantia constitucional de amplo acesso ao Poder Judiciário. 2. No âmbito do micro sistema dos juizados, a solução é a mesma em relação à concessão de benefício previdenciário e em relação à revisão sobre questão de fato não examinada no ato de concessão de benefício previdenciário: exige-se prévio requerimento administrativo para a caracterização de interesse processual legítimo. 2.1 Isto justifica a extinção do processo sem resolução do mérito mediante indeferimento da inicial ou, se houver citação, após o decurso do prazo da contestação, se não houver a apresentação de contestação de mérito pelo INSS. 2.2 Isto não justifica a extinção do processo sem resolução do mérito se houver contestação de mérito pelo INSS. 3. Em se tratando de revisão exclusivamente sobre critério de cálculo relativo a ato de concessão de benefício previdenciário, não se exige prévio requerimento administrativo, sendo público e notório que o INSS não admite este tipo de revisão. 4. Caso em que não houve prévio requerimento administrativo de concessão de aposentadoria, mas houve contestação de mérito específica, caracterizando-se a pretensão resistida. 5. Pedido improvido¹⁹.

Vale lembrar que o interesse processual, como um interesse secundário, poderá advir de violação de um direito (ou inadimplência de um direito), como também poderá advir de disposição legal.

Existem disposições no ordenamento jurídico que determinam o cumprimento de determinada obrigação. Desta forma, se há tal previsão, torna-se desnecessária decisão judicial que determine, preventivamente, uma obrigação de fazer.

¹⁹ CEARÁ, Turma Nacional de Uniformização. **PEDILEF 200481100056144**. Rel Juíza Federal Jacqueline Michels Bilhalva, j. 13 maio 2010.



É o que se extrai da Ação Civil Pública n. 2009.72.01.001191-0, em que o Ministério Público Federal ajuizou contra a União e a Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Tentava o *Parquet* impor diversas obrigações de fazer aos réus, contudo, tais obrigações já eram previstas em lei, o que culminou na falta de interesse quanto a tais pedidos.

Extrai-se do trecho da sentença:

5.1. O interesse processual, a meu ver, deve ser analisado sob três prismas: adequação, necessidade e utilidade do provimento jurisdicional.

5.2. É a ação civil pública instrumento processual adequada para defesa dos interesses públicos em jogo (no caso, pelo menos, defesa do erário, defesa da coletividade em matéria educacional, direito urbanístico)?

Parece-me que sim, o MPF pode questionar tais interesses (tem legitimidade constitucional para tanto).

5.3. Há, contudo, necessidade e utilidade no provimento jurisdicional reclamado?

Ensina MOACYR AMARAL SANTOS:

“Há, assim, na ação, como seu objeto, um interesse de direito substancial consistente no bem jurídico, material ou incorpóreo, pretendido pelo autor, Chamamo-lo de interesse primário.

Mas há um interesse outro, que move a ação. É o interesse em obter uma providência jurisdicional quanto àquele interesse. Por outras palavras, há o interesse de agir, de reclamar a atividade jurisdicional do Estado, para que este tutele o interesse primária, que de outra forma não seria protegido. Por isso mesmo, o interesse de agir se confunde, de ordinário, com a necessidade de se obter o interesse primário ou direito material pelos órgãos jurisdicionais.

Diz-se, pois, que o interesse de agir é um interesse secundário, instrumental, subsidiário, de natureza processual, consistente no interesse ou necessidade de obter uma providência jurisdicional quanto ao interesse substancial contido na pretensão.

Basta considerar que o exercício do direito de ação, para ser legítimo, pressupõe um conflito de interesses, uma lide, cuja composição se solicita do Estado. Sem que ocorra a lide, o que importa numa pretensão resistida, não há lugar à invocação da atividade jurisdicional (...)” (Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 21ª ed., 1º vol., p. 170).

Isto posto, digo que não há necessidade de decisão judicial para impor obrigações já expressamente previstas em lei.²⁰

Como bem observado pelo juiz, ainda que exista um interesse primário no cumprimento das obrigações, não havia necessidade de decisão judicial que impusesse à parte ré o cumprimento destas. Neste ponto, portanto, padeceu de interesse processual o Ministério Público Federal no que se referia à realização de estudos técnicos para implantação da Universidade.

²⁰ JOINVILLE, Justiça Federal. **ACP 2009.72.01.001191-0**. Juiz Federal Substituto Claudio Marcelo Schiessl, j. 29 março 2010.



Com isso, ainda que o interesse processual abarque a necessidade, utilidade e adequação, é imperioso que se analise de caso a caso, com vistas às alegações do autor quando da petição inicial.

2.3 Teoria da asserção na análise da possibilidade jurídica do pedido

Embora haja a tendência de eliminar esta condição da ação, em determinados casos é arguida a impossibilidade jurídica do pedido, ocasiões em que induz o julgador a apreciar, ainda, tal condição da ação.

É comum se observar que quando levantada a impossibilidade jurídica do pedido há confusão entre matéria processual com a matéria de mérito. Diante disso, passa-se a analisar os argumentos de impossibilidade jurídica do pedido juntamente com o mérito da demanda²¹.

A possibilidade jurídica do pedido se revela como aquilo que é permitido pelo ordenamento jurídico e não é vedado por este.

Ainda, há situações em que a impossibilidade jurídica é flagrante em razão de que, pela análise do pedido e da causa de pedir, conclui-se que o provimento não será possível de ser atendido devido às razões de fato e às circunstâncias do caso concreto²².

É recorrente a discussão sobre a (im)possibilidade jurídica do pedido quando se trata da intervenção judicial no mérito do ato administrativo.

Busca-se, nesses casos, a desconstituição do ato administrativo, pelo Poder Judiciário. Contudo, somente poderá o Judiciário desconstituir o ato administrativo quando não forem atendidos os princípios que norteiam o ato administrativo, principalmente no âmbito da legalidade e constitucionalidade.

²¹ RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça. **AC 0011169-10.2003.4.02.5101**. Juiz Convocado Luiz Norton Batista de Mattos, j. 14 maio 2013; RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **AC 410605 RJ 2003.51.01.010682-0**. Rel. Des. Luiz Mattos, j. 16 dezembro 2008; SERGIPE. Tribunal de Justiça. **AR 2002607006 SE**. Des. Rel. Marilza Salgado de Carvalho, j. 05 maio 2004.

²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.138.190/RJ**. Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 12 abril 2011.



O autor que pretender, portanto, a intervenção judicial no ato administrativo deverá apontar na exordial as violações que dão vazão para que o Judiciário possa revisar tal ato²³.

Verificada suposta violação, poderá o Judiciário revisar o ato administrativo²⁴. Caso contrário, inexistindo qualquer violação que possa ensejar em nulidade do ato, o pedido de intervenção será juridicamente impossível²⁵.

A declaração de impossibilidade jurídica do pedido, nesses casos, visa guardar respeito ao princípio da separação dos poderes, de modo que a autonomia do Executivo não seja violada pelo Judiciário.

No mais, há que se considerar que a análise da possibilidade jurídica do pedido, deve ser analisada a partir das asserções na petição inicial, conforme a jurisprudência, de maneira que o demandante deva expor no que o ato está sendo ilegal e inconstitucional.

Ainda assim, em se tratando de ato omissivo do Executivo, pendente de recurso administrativo com efeito suspensivo, não impede o uso do Judiciário, via mandado de segurança, contra tal omissão (nos termos da Súmula 429 do Supremo Tribunal Federal)²⁶.

De todo modo, a possibilidade jurídica do pedido, embora se confunda com o mérito da ação em alguns casos, também deve ser analisada de acordo com as alegações do autor na inicial. O que, por consequência, na ausência de tal condição da ação, geraria extinção do feito por carência da ação e, na presença, geraria a análise do mérito.

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp 879188/RS**. Min. Rel. Humberto Martins, j. 21 maio 2009; PARANÁ. Tribunal de Justiça. **AP 841339-8**. Des. Rel. Rogério Ribas, j. 12 junho 2012;

²⁴ BRASÍLIA. Tribunal Regional Federal. **MS 2009.0020048172MSG**. Rel. Des. Carmelita Brasil, j. 20 outubro 2009.

²⁵ SANTA CATARINA. Tribuna de Justiça. **AC 263422 SC 2004.026342-2**. Rel. Des. Rui Fortes, j. 30 março 2004; SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **AC 2012.031289-2**. Rel. Des. Júlio César Knoll, j. 21 agosto 2013.

²⁶ BRASÍLIA. Tribunal Regional Federal. **AC 0028764-59.2013.4.01.3400/DF**. Rel. Des. João Batista Moreira, j. 28 agosto 2013; BRASÍLIA. Tribunal Regional Federal. **MAS 26737 BA 94.01.26737-5**. Rel. Juiz Leite Soares, j. 17 junho 1997; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **APL 0008910-08.2010.8.26.0053**. j. 02 maio de 2011.



3 FALSAS SENTENÇAS TERMINATIVAS

Há uma linha tênue entre o âmbito processual e o âmbito substancial quando da análise dessas duas matérias pelo órgão jurisdicional ao analisar e julgar o pedido da ação.

A confusão existente entre a aferição das condições da ação e a análise do mérito do pedido é uma realidade recorrente, como visto nos acórdãos supracitados. É corriqueiro observar magistrados proferindo sentenças de extinção do processo por carência da ação, quando na verdade se analisa o mérito da causa.

São as chamadas falsas sentenças terminativas, por carência da ação. Ainda que a sentença seja formalmente de extinção com base no artigo 267 do Código de Processo Civil, o exame feito ultrapassa a análise das condições da ação.

Desta forma, a sentença que aparentemente forma coisa julgada formal, está na realidade a formar coisa julgada material. (MOURA, 2013, p. 04)

Menciona-se o exemplo em que há ação de indenização por danos causados em acidente de trânsito. Ao ser reconhecida a ilegitimidade passiva por não ser o réu o proprietário do veículo, deverá o juiz rejeitar o pedido do autor e extinguir o processo com julgamento do mérito (DINAMARCO, 2011, p. 185), com base no artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil. Isso porque, o autor não possui o direito material contra aquele que não é o proprietário do veículo.

Dinamarco ao tratar das falsas carências da ação menciona as hipóteses de julgamento da improcedência do pedido, mas que são comumente denominadas de carência da ação. É o exemplo do mandado de segurança quando denegado por ausência de liquidez e certeza ou da ação de usucapião quando se verifica que o autor não possuía o requisito temporal (DINAMARCO, 2011, p. 319), dentre outros.

Leciona que, quando se entende que os fatos alegados pelo autor (ou impetrante, no caso do Mandado de Segurança), ficarem devidamente comprovados, ou quando preenchidos todos os requisitos da demanda será declarada a procedência do pedido.

Em contrapartida, quando ausentes algum desses requisitos (condições específicas destas ações), caberia carência da ação. Neste raciocínio, não teríamos



espaço para a improcedência do pedido. Por esta razão é que se verifica o embaraço entre o mérito e as condições da ação.

Em que pese o posicionamento de Dinamarco, o Mandado de Segurança constitui medida judicial de cognição limitada²⁷, motivo pelo qual não cabe análise profunda do mérito. Por consequência a sentença do Mandado de Segurança que extingue o processo sem resolução de mérito, não constitui falsa, mas sim verdadeira sentença de terminativa.

3.1 Consequência futura das falsas sentenças terminativas

A natureza da decisão proferida resulta em consequências futuras ao processo. Decisões interlocutórias, despachos, sentenças e acórdãos, comportam diferentes formas de recursos para serem rebatidas. Ainda, a decisão proferida com ou sem resolução de mérito são passíveis de serem atacadas por determinadas espécies de recurso.

Suponha-se que houve sentença sem resolução de mérito no processo, a qual foi acatada por recurso de apelação. Caso a parte sucumbente estiver insatisfeita, haverá apenas a possibilidade de interposição de Recurso Especial e Recurso Extraordinário.

De outro lado, se a sentença que originou tais recursos tenha sido proferida com resolução de mérito e, após a prolação de acórdão não unânime em recurso de apelação que reformou a sentença, se a parte sucumbente ainda tiver a intenção de recorrer, antes da possibilidade de interposição de Recurso Especial e Recurso Extraordinário, há a comporta a oposição de Embargos Infringentes (consoante artigo 530, do Código de Processo Civil²⁸).

Além dessas hipóteses, os Embargos Infringentes também são cabíveis quando do julgamento não unânime de procedência de ação rescisória.

²⁷ PARANÁ. Tribunal de Justiça. **MS 16767-7**. Rel. Des. Nunes do Nascimento, j. 07 novembro 1991; BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **ROMS 40000900-18.2001.5.05.0000**. Rel. Des. Emmanoel Pereira, j. 02 setembro 2003.

²⁸ BRASIL. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Senado, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>.



Destaca-se que a uma das condições de admissibilidade dos embargos infringentes é que a sentença tenha sido de mérito.

Neste sentido, as falsas sentenças terminativas, assim, se apresentam como obstáculo à interposição do referido recurso.

Se a parte possuir a intenção de recorrer por meio de Embargos Infringente, é necessário que a sentença de primeiro grau seja de mérito. Contudo, se a sentença foi proferida sem resolução de mérito, mas que analisou questão de direito material, não poderá interpor referido recurso, sob pena de não ser conhecido. Isso porque, há ausência de formalidade que possibilite o conhecimento do recurso.

Ou, ainda, o contrário também poderá ocorrer. Quando a pretensão da parte recorrer de acórdão que julgou apelação com a interposição de Recurso Especial, em que a decisão de primeiro grau configurou falsa sentença terminativa.

O ministro poderá entender que, ainda que a sentença tenha sido sem resolução de mérito, o seu conteúdo apreciou o direito material, motivo pelo qual o recurso cabível seria os Embargos Infringentes.

Referente ao tema se destaca a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Paraná:

Embargos Infringentes. Sentença que extinguiu o processo sem o julgamento do mérito. Julgamento do mérito da lide pelo Tribunal. Recurso conhecido: “Falsa ausência de condição de ação” e critério da coisa julgada material. Art. 515 § 3º CPC. Princípio da economia processual em consonância com o princípio do devido processo legal. Recurso rejeitado por maioria.

O artigo 530 do CPC determina que só serão admissíveis embargos infringentes interpostos em face de acórdão que reformou, por decisão não unânime, sentença de mérito. A sentença de 1º grau, apesar de determinar, em sua parte dispositiva, a extinção do processo sem o julgamento do mérito, na realidade, apreciou o mérito da lide. Trata-se de extinção do processo com base em “falsa ausência de condição de ação”. Imperativo, portanto, o conhecimento do presente recurso.

[...]

Este acórdão produzirá coisa julgada material, não diferindo em nada, juridicamente, de aresto que reforme, nas mesmas condições, sentença de mérito. Ante a necessidade de se dispensar tratamento isonômico a situações juridicamente idênticas, há que se adotar o critério da coisa julgada material, sendo o presente recurso, portanto, admissível²⁹.

²⁹ PARANÁ. **Embargos Infringentes nº 192.388-6/01, de Curitiba**. Rel. Des. Arquelau Araujo Ribas, j. 26 agosto 2003.



Na decisão supracitada o relator destinou tópico especial para explanar sobre a admissibilidade do recurso. Argumentou que o critério de admissibilidade do recurso deve ser analisado mais detidamente em razão da função da natureza da sentença reformada.

Fundamentou que o caso se tratava de ação de despejo com o argumento de falta de pagamento dos alugueres. A parte ré do processo, no entanto já havia deixado o imóvel, o que levou o magistrado de primeiro grau a extinguir o processo sem resolução do mérito, por falta de interesse processual.

Embora aparentemente se definisse como sentença terminativa, o que levaria ao não conhecimento do recurso, decidiu de forma diversa. Tendo em vista que a ré já havia deixado o imóvel quando da citação, a sentença negou o direito da autora ao ser declarada a procedência do pedido de despejo.

Concluiu o julgador que se tratava de uma das falsas sentenças terminativas, admitindo o recurso e proferindo o julgamento da lide, com base no princípio da economia processual.

Infere-se a importância de se adotar a teoria da asserção na análise das condições da ação como instrumento para discernir a matéria processual da matéria de mérito.

Sempre que não houver aplicação de tal teoria se dará abertura a consequências indesejáveis futuras ao processo, com a prolação de sentenças terminativas que em verdade analisam o mérito da questão.

Assim, caso não sejam analisadas as condições da ação *in status assertionis*, as sentenças prolatadas sem resolução de mérito por carência da ação serão consideradas falsas sentenças terminativas. Ensejará, portanto, na possibilidade de oposição de Embargos Infringentes, quando se tratar de acórdão que tenha reformado a sentença por maioria dos votos, descartando-se o requisito de que a sentença tenha sido de mérito.

Em efeito cascata, além de abrir a possibilidade de oposição dos Embargos Infringentes, a parte que pretendia interpor Recurso Especial ou Recurso Extraordinário, não terá estes recursos conhecidos. Isto porque, para a interposição destes é requisito de admissibilidade o esgotamento das instâncias ordinárias.



As falsas sentenças terminativas também trazem consequências ao Pedido de Uniformização à Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais.

Sabe-se que o pedido de uniformização é aquele cabível na interpretação de lei federal quando houver divergências entre decisões sobre questão de direito material proferidas por Turmas Recursais na interpretação da lei, conforme artigo 14 da Lei 10.259/01.

O cabimento do Pedido de Uniformização, portanto, está condicionado a decisão proferida por Turma Recursal quando da análise do mérito. Constitui requisito de admissibilidade que tal decisão tenha sido proferida com resolução de mérito. Assim, há nítida prejudicialidade da questão, quando a decisão proferida pela Turma Recursal for sem resolução de mérito.

As condições da ação devem ser analisadas com base nas afirmações do autor, sob pena de se adentrar no mérito da causa, o que resulta em sentença de mérito e não meramente terminativas.

Disso se extrai a relevância da teoria ora estudada, visto que atribui naturezas específicas às decisões finais do processo, evitando-se consequências indesejáveis ao processo.

Ainda que se trate de uma teoria que se concentra em matéria específica processual (análise das condições da ação), a sua aplicação traz utilidades práticas como o caso dos Embargos Infringentes e do Pedido de Uniformização.

4 CONSEQUÊNCIAS DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA ASSERÇÃO

A teoria da asserção longe de constituir nova teoria da ação, constitui instrumento que visa otimizar a atividade jurisdicional.

As condições da ação quando analisadas com base na teoria da asserção possuem por objeto evitar a propositura de demandas descabidas e infundadas. Apresenta o intuito de diminuir a prática de atos processuais desnecessários e custosos ao erário.



Em que pese o disposto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, que assegura o direito de acesso ao Judiciário, é necessário que existam meios de coibir a provocação inútil da máquina jurisdicional (BUENO, 2008, p. 362).

Nesta linha, as condições da ação devem ser analisadas a qualquer momento processual e sempre que possível, seja no recebimento da petição inicial ou em momento posterior, em qualquer grau de jurisdição.

O juiz deve fazer esta análise sempre que possível, no intuito de dar maior celeridade e efetividade processual. Não se admite que o processo tenha todo o seu curso para, ao final, perceber que não há uma das condições da ação, pois assim se estaria diante de omissão da atividade jurisdicional.

A teoria da asserção tem o fito de auxiliar o julgador para a verificação de tais condições. É imperioso que no primeiro contato com as condições da ação, não se tente analisar se o autor possui ou não o direito material. É imprescindível averiguar se as alegações do demandante podem ensejar na hipótese de concessão do direito material pleiteado.

Caso o magistrado conclua, a partir da análise inicial das asserções do demandante, que não está presente alguma das condições da ação, haverá dois caminhos de acordo com o diploma processual civil.

O primeiro deles se refere à hipótese em que o vício que macula a peça vestibular é passível de correção. O juiz poderá intimar a parte autora para emendar a petição inicial, no prazo de 10 (dez) dias, nos termos do artigo 284 do Código de Processo Civil³⁰.

O segundo caminho se trata dos casos em a irregularidade da inicial não abarca possibilidade de regularização por meio de emenda. Desta feita, o juiz deverá indeferir a petição inicial, nos termos do artigo 295, incisos II e III, e artigo 267, inciso I, todos do Código de Processo Civil³¹.

Neste último caso, em que não há possibilidade de correção, apresenta-se o seguinte exemplo: Imagine-se o caso em que A demanda contra B, a cobrança de

³⁰ BRASIL. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Senado, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>.

³¹ BRASIL. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Senado, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>.



uma dívida em que C figura como devedor. Não é necessário chegar ao fim do processo para que se note que B não é devedor de A. Com base na teoria da asserção, é possível analisar as afirmações do autor e, através de uma cognição superficial seja dada a extinção do processo sem resolução do mérito, uma vez que não há utilidade nesta demanda.

Verifica-se, portanto, que as conclusões pela presença ou ausência de uma das condições da ação são aferidas a partir das simples afirmações do autor, não sendo necessário que se adentre em dilação probatória inútil.

Após verificadas as alegações do autor e, aparentemente, estando presentes as condições da ação, prossegue-se o andamento normal da demanda.

Contudo, há que se destacar que, embora as condições da ação tenham sido analisadas no momento do recebimento da petição inicial, nada impede que a mesma seja analisada novamente em qualquer outro momento processual e em qualquer instância. Isto ocorre porque possuem característica de matéria de ordem pública, e não estão sujeitas a preclusão.

Embora seja possível encontrar posição diversa na doutrina, que defende a extinção desta categoria (DIDIER, 2012, p. 171), as condições da ação são essenciais para atribuir ao Poder Judiciário maior efetividade, celeridade e economia processual.

É comum observar magistrados que decidem por analisar preliminares arguidas de ausência das condições da ação, postergando a análise para o momento do julgamento do feito. Contudo, não há compatibilidade deste entendimento com o Modelo Constitucional do Processo. Isto porque, se assim fosse a regra de todas as demandas que surgem ao Judiciário, haveria (se não há) acúmulo imenso de processos, inchaço do Judiciário e conseqüente demora na conclusão do processo.

Além disso, constitui atividade jurisdicional desnecessária quando se chega ao fim do processo e se conclui pela ausência de condição da ação, extinguindo o feito sem resolução do mérito.

O amparo legal proporcionado pelo artigo 267, do Código de Processo Civil, permite a extinção do feito sem resolução do mérito, a qualquer momento, quando não estiverem presentes as condições.



Neste norte, repugna-se a posição da doutrina que assevera que, passado o momento de admissibilidade da petição inicial, apenas caberia decisão de procedência ou improcedência do pedido. (DIDIER, 2012, p. 171) Até mesmo porque, se assim fosse, haveria verdadeiro retrocesso à teoria concreta da ação.

Não há como se considerar esta posição, visto que tal corrente nega vigência ao artigo 301, X e ao artigo 329, ambos do Código de Processo Civil. Segundo tais artigos compete ao juiz, analisar as condições da ação antes de analisar o mérito e, ocorrendo qualquer das hipóteses do artigo 267 e 269, II a V, do Código de Processo Civil, o juiz extinguirá o processo.

Ademais, a teoria da asserção não constitui argumento para que seja proferida sentença de mérito, em processos em que não estão preenchidas as condições da ação. (NEVES, 2011, p. 92) O que ocorre em razão da confusão existente entre o direito processual e o direito material subjetivo, causando consequências futuras ao processo.

De todo modo, a legitimidade e o interesse processual e a possibilidade jurídica do pedido possuem natureza jurídica de condições da ação, a qual não se altera simplesmente em razão do momento processual em que se analisam tais condições.

Com vistas ao modelo constitucional do processo civil, é necessário que se visualize o processo como um meio de concreção dos princípios e garantias constitucionais, consagrados para institucionalizar critérios e parâmetros democráticos, devendo estar presentes tanto da elaboração e interpretação das leis, quanto nas decisões proferidas pelos magistrados. (BUENO, 2008, p. 91)

Por isso, a teoria da asserção constitui um instrumento útil para que se chegue a um provimento jurisdicional de mérito, sem, no entanto, desvirtuar a natureza jurídica das condições da ação. Visa concretizar os princípios da celeridade, efetividade e economia processual, evitando o prosseguimento de demandas infundadas.

Assim, a racionalização da análise das condições da ação permite que não se desenvolva a atividade jurisdicional de forma inútil. Admite que se reconheça a ausência de qualquer dessas condições da ação a qualquer tempo e grau de jurisdição permitindo atividade útil, célere e efetiva da justiça.



5 CONCLUSÃO

O processo civil brasileiro adotou a teoria eclética da ação de modo que para aferir a existência do direito de demandar é necessário estarem presentes as condições da ação, quais sejam a legitimidade, interesse processual e possibilidade jurídica do pedido.

A grande dificuldade que surge desta análise está no modo e no momento em que são aferidas tais condições. A teoria da asserção constitui método útil para verificação do direito de ação e vem sendo aplicada majoritariamente pela jurisprudência pátria.

Embora sua definição não seja pacífica pela doutrina, a teoria prega uma análise das condições da ação *in status assertionis*, de maneira que apenas sejam levadas em consideração as afirmações feitas pelo autor na petição inicial. Uma vez presentes a legitimidade, o interesse processual e a possibilidade jurídica do pedido, passa-se ao julgamento de mérito. Em contraponto, na ausência de condição da ação de acordo com a narrativa da peça vestibular, será cabível a extinção do feito sem resolução do mérito, em razão da carência da ação.

A utilidade da teoria se concentra na separação entre o direito material e o direito processual. Isto porque, a confusão entre estas matérias pode gerar consequências indesejáveis ao processo, como a prolação de falsas sentenças terminativas e a inadmissibilidade dos Embargos Infringentes e do Pedido de Uniformização.

Há que se ressaltar que a natureza de ordem pública das condições da ação permite que estas sejam analisadas a qualquer tempo e grau de jurisdição, seja a requerimento das partes ou de ofício pelo juiz.

Desta maneira, objetiva-se evitar o desenvolvimento inútil de demandas infundadas, uma vez que não há necessidade de dilação probatória para análise das condições da ação. Observando-se apenas o conteúdo da exordial, é possível concluir se eventual provimento jurisdicional será útil ou não.

A teoria, portanto, caminha em conjunto com o Modelo Constitucional da Ação. Isto porque, retira do Judiciário o acúmulo de processos e previne o funcionamento, evitando os gastos inúteis ao erário. Assim, permite maior



efetividade da justiça, racionalizando o desenvolvimento processual como um todo de forma a otimizar a prestação jurisdicional e concretizar princípios constitucionais que regem o processo.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Carlos Augusto. **Teoria gera do processo civil**. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2010.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Senado, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em: 09. Ago. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Agravo em Resp n. 10.643 – RS 2011/00667653-7**. Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 02 maio 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 53.146/SP**. Rel. Min. Castro Meira, j. 05 março 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 205.533/SP**. Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 08 outubro 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.125.128/RJ**. Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 18 setembro 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.138.190/RJ**. Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 12 abril 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 552.600/RS**. Rel. Min José Arnaldo da Fonseca, j. 09 novembro 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 764.560/PR**. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 07 março 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp 879188/RS**. Min. Rel. Humberto Martins, j. 21 maio 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1052680/RS**. Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 06 outubro 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 213**. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0213.htm>.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **ROMS 40000900-18.2001.5.05.0000**. Rel. Des. Emmanoel Pereira, j. 02 setembro 2003.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR 300-63.2009.5.04.0404**. Min. Rel João Pedro Silvestrin, j. 21 junho 2013.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Respe 150475 AM**. Rel. Min. Aldir Guimarães Passarinho Junior, j. 29 novembro 2010.

BRASÍLIA. Tribunal de Justiça. **AC 20070110826126APC**. Rel. Des. Natanael Caetano, j. 23 abril 2008.



- BRASÍLIA. Tribunal Regional Federal. **AC 0028764-59.2013.4.01.3400/DF**. Rel. Des. João Batista Moreira, j. 28 agosto 2013.
- BRASILIA. Tribunal Regional Federal. **MAS 26737 BA 94.01.26737-5**. Rel. Juiz Leite Soares, j. 17 junho 1997.
- BRASÍLIA. Tribunal Regional Federal. **MS 2009.0020048172MSG**. Rel. Des. Carmelita Brasil, j. 20 outubro 2009.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil, teoria geral do direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2012.
- CEARÁ. Tribunal Regional Eleitoral. **REP 34 11554**. Rel Des. Gizela Nunes da Costa, j. 05 novembro 2007.
- CEARÁ. Turma Nacional de Uniformização. **PEDILEF 200481100056144**. Rel Juíza Federal Jacqueline Michels Bilhalva, j. 13 maio 2010.
- DIDIER, Fredie. **Curso de direito processual civil, introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento**. Salvador: Editora JusPodivm. 2012.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001.
- DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. **AC n. 20110110441785ACP**. Rel Des. Romulo de Araújo Mendes, j. 12, junho 2013.
- JOINVILLE. Justiça Federal. **ACP 2009.72.01.001191-0**. Juiz Federal Substituto Claudio Marcelo Schiessl, j. 29 março 2010.
- MATO GROSSO DO SUL. Tribunal Regional Eleitoral. **REP 449**. Rel Des. Carlos Alberto de Jesus Marques, j. 13 março 2006.
- MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **AC 1.0194089807-6/001**. Rel Des. Tibúrcio Marques, j. 18 agosto 2009.
- MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **AC 1.045.08.473368-5/001**. Rel. Des. Tibúrcio Marques, j. 02 julho 2009.
- MOURA, Marcelo. **Coisa julgada inconstitucional**. Disponível em: <http://www.decisum.xpg.com.br/public_html/coisajulgada.pdf>. Acesso em: out. 2013.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Editora Método. 2011.
- PARANÁ. Tribunal de Justiça. **AP 841339-8**. Des. Rel. Rogério Ribas, j. 12 junho 2012.
- PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Embargos Infringentes nº 192.388-6/01**. Curitiba, Rel. Des. Arquelau Araujo Ribas, j. 26 agosto 2003.
- PARANÁ. Tribunal de Justiça. **MS 16767-7**. Rel. Des. Nunes do Nascimento, j. 07 novembro 1991; BRASIL.
- RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **AC 0011169-10.2003.4.02.5101**. Juiz Convocado Luiz Norton Batista de Mattos, j. 14 maio 2013.



- RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **AC 410605 RJ 2003.51.01.010682-0**. Rel. Des. Luiz Mattos, j. 16 dezembro 2008.
- RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. **RO 2045009420095010281**. Rel. Des. Dalva Amelia de Oliveira, j. 03 julho 2012.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **AC n. 70046663266**. Rel. Des. Paulo Roberto Lessa Franz, j. 29 fevereiro 2012.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **AC n. 70047229836**. Rel. Des. Jorge Luiz Lopes do Canto, j. 31 julho 2013.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **AC n 70048188197**. Bento Gonçalves, Rel. Des. Elaine Harzheim Macedo, j. 27 setembro 2012.
- RONDÔNIA/ACRE. Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região. **RO n. 00314.2009.403.14.00-4**. Rel. Des. Elana Cardoso Lopes, j. 15 setembro 2009.
- SANTA CATARINA. Tribuna de Justiça. **AC 263422 SC 2004.026342-2**. Rel. Des. Rui Fortes, j. 30 março 2004.
- SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **AC 486132 SC 2008.048613-2**. Des. Rel. Marcus Tulio Sartorato, j. 10 dezembro 2009.
- SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **AC 700898 SC 2011.070089-8**. Des. Rel. Seul Steil, j. 24 janeiro 2012.
- SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **AC n. 2011.069612-8**, da Capital, Rel. Des. Francisco Oliveira Neto, j. 24 outubro 2013.
- SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **AC 2012.031289-2**. Rel. Des. Júlio César Knoll, j. 21 agosto 2013.
- SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **AC n 2012.068746-9**. Içara, Rel. Des. Jairo Fernandes Gonçalves, j. 05 outubro 2013.
- SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **AC n. 2013.052099-7**. Rel. Des. Substituto Odson Cardoso Filho, j. 03 outubro 2013.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **AC 1032527820078260000**. SP. Rel. Des. Salles Rossi, j. 24 novembro 2010.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **APL 0008910-08.2010.8.26.0053**. j. 02 maio de 2011.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **APL 992051083964 SP**. Rel. Des. Sá Moreira de Oliveira, j. 01 fevereiro 2010.
- SÃO PAULO, Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. **RO 0000595-41.2012.5.15.0032**. Rel. Des. Fabio Grasselli, j. 24 maio 2013.
- SERGIPE. Tribunal de Justiça. AR 2002607006 SE. Des. Rel. Marilza Salgado de Carvalho, j. 05 maio 2004.
- SERGIPE. Tribunal de Justiça. **AC 2010.1160 1725/2007**. Juíza Convocada Iolanda Santos Guimarães, j. 08 março 2010.
- SERGIPE. Tribunal Regional Eleitoral. **RE 3125**. Rel. Des. Arthur Napoleão Teixeira Filho, j. 04 novembro 2009.



REGRAS PARA A SUBMISSÃO DE TRABALHOS

Chamada de Artigos, Resenhas e Ensaios para o Periódico *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*

Invitación a publicar Artículos, Reseñas y Ensayos en la Revista *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*

Call for Articles, Reviews and Essays for the publication *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional* (Constitution, Economics and Development: Law Journal of the Brazilian Academy of Constitutional Law)

A Revista *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional* (ISSN 2177-8256, disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revistas.php>>, com periodicidade semestral, está recebendo artigos, resenhas e ensaios inéditos em português, inglês e espanhol para a publicação do seu décimo primeiro e décimo segundo números (2014, jul. a dez. e 2015, jan. a jun.) até **20 de Janeiro**, de acordo com as informações abaixo.

Cordialmente,

Ilton Norberto Robl Filho - Editor Responsável (ilton@abdconst.com.br)

Rafael dos Santos Pinto - Editor Assistente (rafael@abdconst.com.br)



La Revista **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional** (ISSN 2177-8256, disponible en: <<http://www.abdconst.com.br/revistas.php>>, con periodicidad semestral, está recibiendo artículos, reseñas y ensayos inéditos en portugués, inglés y español para la publicación de sus decimoprimer y decimosegundo números (2014, jul. a dec. e 2015, enero a jun.) hasta **20 de Enero**, de acuerdo con las informaciones que se mencionan más abajo.

Un cordial saludo,

Ilton Norberto Robl Filho - Editor Responsable (ilton@abdconst.com.br)

Rafael dos Santos Pinto - Editor Asistente (rafael@abdconst.com.br)

The Law Journal **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional** (ISSN 2177-8256, available at <http://www.abdconst.com.br/revistas.php>), published every semester, is receiving original articles, reviews and essays in Portuguese, English and Spanish to be published in its eleventh and twelfth editions (2014, July-Dec. e 2015, Jan.-June) until **January 20th**, according to the information below.

Cordially,

Ilton Norberto Robl Filho – Chief Editor (ilton@abdconst.com.br)

Rafael dos Santos Pinto – Assistant Editor (rafael@abdconst.com.br)

Português - Linha Editorial: o periódico científico **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional** publica artigos, resenhas e ensaios inéditos nos âmbitos da teoria e da dogmática jurídica, privilegiando a perspectiva transdisciplinar e comparada, assim como de outros saberes, sobre Constituição, Economia e Desenvolvimento.

Missão: A missão da **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional** é incentivar



a produção de estudos das relações jurídico-constitucionais com a prática e o pensamento econômico a partir da perspectiva democrática e da efetivação dos direitos fundamentais. Ainda, visa fomentar as discussões acadêmicas sobre o desenvolvimento econômico, jurídico, humano e social e uma leitura crítica da Escola *Law and Economics*.

Avaliação dos Artigos: Os artigos, resenhas e ensaios são analisados pelo Editor Responsável, primeiramente, para verificar a pertinência com a linha editorial da Revista. Posteriormente, é feito o *Double blind peer review*, ou seja, os trabalhos científicos são remetidos a dois professores-pesquisadores doutores, sem a identificação dos autores, para a devida avaliação de forma e de conteúdo. Quando houver um parecer pela aprovação e outro pela reprovação do artigo, poderá haver a submissão a terceiro parecerista para desempate, depois de exame pelo Editor Encarregado. Após a análise pelos pareceristas, o Editor Responsável informará aos autores o parecer negativo pela publicação ou requererá as alterações sugeridas pelos pareceristas. Neste caso, os autores deverão realizar as modificações, a partir das alterações feitas, o Editor Responsável emitirá a opinião pela publicação ou não do texto. Em cada número poderão ser publicados até dois trabalhos (20% do total) de autores convidados, selecionados pelo Editor Responsável, de autoria de pesquisadores estrangeiros ou nacionais de grande renome com especial pertinência temática com a revista.

Envio dos Trabalhos Científicos: todos os artigos, resenhas e ensaios deverão ser enviados para o Editor Responsável da **Revista Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Ilton Norberto Robl Filho e Editor assistente Rafael dos Santos Pinto, no endereço eletrônico: <trabalhosabdconst@googlegroups.com>.

O email deve obrigatoriamente conter nome completo e dados para contato do autor. Deve ser enviado o trabalho em versão aberta (.doc e similares) bem como acompanhar os termos de cessão assinados (disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/editais.php>>).



Cessão de Direitos Autorais e Termo de Responsabilidade: Os autores, ao submeterem seus trabalhos, aceitam plenamente o conteúdo do termo de cessão de direitos autorais, obrigando-se a assinar a via disponível no site, o que implica na transferência integral e não-onerosa dos direitos patrimoniais de seu trabalho à Revista. Os autores também assinarão termo de responsabilidade em relação ao conteúdo do trabalho e atestam que o trabalho submetido é inédito e não foi veiculado em outro periódico e que foram tomadas todas as precauções e procedimentos éticos cabíveis no curso da pesquisa.

Identificação dos autores: Os autores devem se identificar inscrevendo seu nome completo logo abaixo do título do artigo. Cada nome deve ocupar uma linha e possuir nota de rodapé com a qualificação completa do autor. A qualificação do autor deve obrigatoriamente conter: o vínculo institucional (instituição, cidade e estado) do autor e dados para contato (preferencialmente e-mail). Caso a pesquisa tenha sido realizada com financiamento de instituição pública ou privada, o vínculo deve ser indicado na última linha da qualificação.

Principais Normas Editoriais de Formatação: os trabalhos serão redigidos em português, espanhol ou inglês e digitados em processador de texto Word.

Fonte para o corpo do texto: Times New Roman tamanho 13;

Fonte para as notas de rodapé e citações longas de mais de 3 linhas: Times New Roman tamanho 11;

Entrelinhamento para o corpo do texto: 1,5;

Entrelinhamento para as notas de rodapé e citações longas: 1,0;

Preferência ao uso da terceira pessoa do singular;

Estilo utilizado nas palavras estrangeiras: itálico;

Estilo utilizado para destacar palavras do próprio texto: negrito;



Número de páginas: no mínimo 10 e no máximo 30 páginas, justificado e com páginas não numeradas, podendo a juízo do Editor Responsável ser publicado artigo com mais de 30 páginas.

Normas Editoriais de Estrutura do Texto: os artigos, resenhas e ensaios deverão conter os elementos abaixo:

Cabeçalho: título, subtítulo, nome do(s) autor(es) – o número máximo de autores é três;

Título: deve ser claro e objetivo, podendo ser complementado por um subtítulo separado por dois pontos, em fonte maiúscula e minúscula, em negrito e centralizado;

Nome do(s) autor(es): indicação por extenso depois do título, alinhado à esquerda;

Créditos: qualificação e endereço eletrônico do(s) autor(es), em nota de rodapé;

Resumo: síntese do conteúdo do artigo de 100 a 250 palavras, incluindo tabelas e gráficos, em voz ativa e na terceira pessoa do singular e localizado antes do texto (ABNT – NBR 6028); expressar na primeira frase do resumo o assunto tratado, situando no tempo e no espaço; dar preferência ao uso da terceira pessoa do singular; ressaltar os objetivos, métodos, resultados e as conclusões do trabalho;

Resumo em outra língua: nos textos em português e espanhol, será apresentado um resumo em inglês. O Editor Responsável providenciará, caso os autores não encaminhem, a tradução do resumo, título e palavras-chave, bem como a correção gramatical e ortográfica;

Palavras-chave: até 5 (cinco) palavras significativas que expressem o conteúdo do artigo, escritas em negrito, alinhamento à esquerda, separados por ponto e vírgula ou ponto;

Palavras-chave em outra língua: nos textos em português e espanhol, serão apresentadas palavras-chave em inglês.



Sumário: informação das seções que compõem o artigo, numeradas progressivamente em algarismo arábico;

Texto do artigo: deverá apresentar como partes uma introdução, desenvolvimento e conclusão, antecedida pelo resumo, resumo em outra língua (português e espanhol), palavras-chave e palavras-chave em outra língua (português e espanhol);

Citação, notas de rodapé e referências bibliográficas: deve-se seguir a ABNT – NBR 10520. As referências bibliográficas completas devem ser apresentadas no final do texto;

Anexo: material complementar ao texto, incluído ao final apenas quando indispensável;

Tabelas ou gráficos: devem ser adotadas as “normas de apresentação tabular” publicadas pelo IBGE. O corpo editorial pode alterar a estrutura formal do texto para adequá-lo às regras editoriais da Revista.

Conselho Editorial: Editor Responsável Ilton Norberto Robl Filho (Coordenador de Pesquisa e dos Grupos de Estudos Nacionais da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Professor Adjunto da UFPR e da UPF, Vice-Presidente da Comissão de Educação Jurídica da OAB/PR, Secretário Geral da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/PR, Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela UFPR).

Membros do Conselho Editorial:

Antonio Carlos Wolkmer (Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC e Doutor em Direito da UFSC)

António José Avelãs Nunes (Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra, Doutor *Honoris Causa* da UFPR e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito de Coimbra)

Eroulths Cortiano Junior (Professor do Programa de Pós-Graduação e da Graduação em Direito da UFPR e Doutor em Direito pela UFPR)



Fábio Nusdeo (Professor Titular da Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP e Doutor em Economia pela USP)

Ingo Wolfgang Sarlet (Doutor em Direito pela Ludwig-Maximilians-Universität, LMU, Alemanha. Professor da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS)

Luís Fernando Sgarbossa (Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS)

Marco Aurélio Marraffon (Presidente da ABDCConst, Professor da Faculdade de Direito da UERJ e Doutor em Direito pela UFPR)

Marcos Augusto Maliska (Professor do Mestrado em Direito da Unibrasil e Doutor em Direito pela UFPR)

Marcus Firmino Santiago (Professor do Instituto Brasileiro de Direito Público)

Mariana Mota Prado (Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Toronto e Doutora em Direito pela Universidade de Yale)

Ricardo Lobo Torres (Professor Titular da Faculdade de Direito da UERJ e Doutor em Filosofia pela UGF).

Español - Línea Editorial: la publicación periódica científica ***Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*** edita artículos, reseñas y ensayos inéditos en los ámbitos de la teoría y de la dogmática jurídica, privilegiándose la perspectiva transdisciplinar, así como de otros saberes relacionados con la Constitución, Economía y el Desarrollo.

Misión: La misión de ***Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*** es incentivar la producción de estudios en torno de las relaciones jurídico-constitucionales con la práctica y el pensamiento económicos desde la perspectiva democrática y de la efectividad de los derechos fundamentales. Asimismo, fomenta



los debates académicos sobre el desarrollo económico, jurídico, humano y social y a una lectura crítica de la Escuela *Law and Economics*.

Evaluación de los Artículos: Los artículos, reseñas y ensayos son analizados primeramente por el Editor Responsable para verificarse la adecuación del trabajo a la línea editorial de la Revista. Posteriormente se realiza una evaluación *blind peer review* que consiste en la remisión de dichos trabajos científicos a dos profesores-investigadores doctores, sin que conste la identificación de los autores, para someterlos a la revisión de la forma y del contenido. Cuando ocurrir un parecer por la aprobación y otro por la reprobación del trabajo, podrá haber sumisión a tercer paracercista para desempate, después de examen por lo editor jefe. Tras el análisis de los evaluadores, el editor jefe les informará a los autores el parecer negativo para la publicación o les solicitará los cambios sugeridos por los evaluadores. En este caso, los autores habrán de realizar las rectificaciones pertinentes y lo editor jefe emitirá una opinión para la publicación o no del texto. En cada volumen podrán ser publicados dos trabajos (20% del total) de autores invitados, seleccionados por lo editor jefe, escritos por investigadores extranjeros o nacionales de gran renombre con especial pertinencia de tema con la Revista.

Envío de los Trabajos Científicos: todos los artículos, reseñas y ensayos deberán ser enviados al Editor Responsable de la **Revista Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Ilton Norberto Robl Filho y Editor Asistente Rafael dos Santos Pinto, por correo electrónico a la siguiente dirección <trabalhosabdconst@googlegroups.com>, acompañados 1) de una autorización expresa para su publicación, divulgación y comercialización en la editora indicada por ABDCONST; y 2) de una declaración de responsabilidad del autor sobre la autoría de la obra y su aceptación a las reglas y a los plazos editoriales, afirmándose expresamente el carácter inédito del trabajo.



Transferencia de derechos de autor y declaración de responsabilidad:

Los autores deben obligatoriamente someter conjuntamente con sus trabajos termo de transferencia de derechos de autor, que implica en la transferencia gratuita de los derechos patrimoniales de su trabajo a la Revista. Los autores también someterán declaración de responsabilidad registrando que lo trabajo es inédito y no fue publicado en otro periódico, que no existe conflicto de intereses del autor con lo tema abordado o la pesquisa y que fueran tomadas todas las precauciones y procedimientos éticos pertinentes a la realización de la pesquisa.

Identificación de los autores: Los autores deben identificarse por su nombre completo abajo del título del artigo. Cada nombro debe ocupar una línea y contener referencia con la cualificación completa del autor. La cualificación del autor debe obligatoriamente contener: la afiliación completa de todos los autores (instituto de encino, ciudad, estado y país) y dados para contacto (endereço, teléfono o e-mail). Caso la pesquisa tenga realizádose con financiamiento o ayuda de alguna institución pública o privada, lo vínculo debe ser informado en la última línea de la cualificación.

Principales Normas Editoriales y su Formato: los trabajos deberán estar redactados en portugués, español o inglés y digitalizados en procesador de texto Word.

Fuente para el cuerpo del texto: Times New Roman tamaño 13;

Fuente para las notas a pie de página y para las citas textuales, cuando sean superiores a 3 líneas: Times New Roman tamaño 11;

Interlineado para el cuerpo del texto: 1,5;

Interlineado para las notas a pie de página y citas textuales largas: 1,0;

Se da preferencia al uso de la tercera persona del singular;

Estilo de fuente para palabras extranjeras: cursiva;

Estilo de fuente para destacar las palabras dentro del propio texto: negrita;



Número de páginas: no inferior a 10 y no superior a 30 páginas, justificado y con páginas no enumeradas, el artículo cuya extensión supere las 30 páginas podrá ser publicado si el Editor Responsable lo juzga conveniente.

Normas Editoriales para la Estructura del Texto: los artículos, reseñas y ensayos deberán contener los siguientes elementos:

Encabezado: título, subtítulo, nombre del autor o autores – el número de autores no deberá exceder de tres;

Título: debe ser claro y objetivo y puede ser complementado por un subtítulo separado por dos puntos, en fuente mayúscula y minúscula, en negrita y centralizado;

Nombre del autor o autores: completo después del título, alineado a la izquierda;

Créditos: cualificación académica y dirección de correo electrónico del autor o autores que hayan sido informados debajo del nombre;

Resumen: síntesis del contenido del artículo de entre 100 a 250 palabras, incluyendo tablas y gráficos, en voz activa y en tercera persona del singular y colocado antes del texto (ABNT – NBR 6028); se deberá expresar en la primera frase del resumen el asunto de que se trata, situándolo en el tiempo y en el espacio; dársele preferencia al uso de la tercera persona del singular y resaltar los objetivos, métodos, resultados y las conclusiones del trabajo;

Resumen en otro idioma: los textos redactados en portugués y en español, deberán presentarse acompañados de un resumen en inglés. Los autores cuyos trabajos hayan sido redactados en inglés y español, el Editor Responsable se encargará, en caso de que no lo hagan ellos, de providenciar la traducción del resumen en portugués;

Palabras-clave: hasta 5 (cinco) palabras significativas que expresen el contenido del artículo, escritas en negrita, alineadas a la izquierda, separadas por punto y coma o punto;



Palabras-clave en otro idioma: los textos en portugués y español, vendrán acompañados de las palabras-clave en inglés. Los autores cuyos trabajos hayan sido redactados en inglés y español, el editor responsable se encargará de providenciar, en caso de que no lo hagan, la correspondiente traducción de las palabras-clave en portugués;

Sumario: la información de las secciones que componen el artículo, deberán ir numeradas en guarismo arábigo por orden de aparición en el texto;

Texto del artículo: tendrá que presentar como partes: una introducción, el desarrollo y la conclusión, antecedida por el resumen, resumen en otro idioma (portugués y español), palabras-clave y palabras-clave en otro idioma (portugués y español);

Citas, notas a pie de página y referencias bibliográficas: ABNT – NBR 10520. Las referencias bibliográficas completas se deberán colocar al final del texto;

Anexo: material complementario al texto se incluirá al final apenas cuando sea indispensable;

Tablas o gráficos: los datos deben adoptar las “normas de presentación tabular” publicadas por el IBGE (Instituto Brasileño de Geografía y Estadística). El editor puede cambiar la estructura formal del texto para adecúalo a las reglas editoriales de la Revista.

Consejo Editorial: Editor Responsable Ilton Norberto Robl Filho. Coordinador de Investigación y de los Grupos de Estudio Nacionales en la *Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Profesor de la Licenciatura en Derecho de la UFPR, Abogado Miembro de la Comisión de Enseñanza Jurídica de la OAB/PR (Colegio de Abogados de Brasil/ Paraná), Doctor, con grado de Maestría y Licenciado en Derecho por la UFPR (*Universidade Federal do Paraná*).

Miembros del Consejo Editorial:

Antonio Carlos Wolkmer. Profesor del Programa de Posgrado en Derecho de la UFSC (*Universidade Federal de Santa Catarina*) y Doctor en Derecho por la UFSC



Antônio José Avelãs Nunes. Professor Catedrático de la *Faculdade de Direito de Coimbra*, Doctor *Honoris Causa* por la UFPR y Doctor en Derecho por la *Faculdade de Direito de Coimbra*

Eroulths Cortiano Junior. Profesor del Programa de Posgrado y dela Licenciatura en Derecho de la UFPR y Doctor en Derecho por la UFPR

Fábio Nusdeo. Profesor Titular de la *Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP (Universidade de São Paulo)* y Doctor en Economía por la USP

Ingo Wolfgang Sarlet (Doctor en Derecho por la Ludwig-Maximilians-Universität, LMU, Alemania. Professor de la Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS)

Luís Fernando Sgarbossa (Doctor en Derecho por la Universidade Federal do Paraná – UFPR. Profesor de la Faculdade de Direito de la Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS)

Marco Aurélio Marrafon. Presidente dela *Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Profesor de la Facultad de Derecho de la UERJ (*Universidade do Estado de Rio de Janeiro*) y Doctor en Derecho por la UFPR

Marcos Augusto Maliska. Profesor del Curso de Maestría en Derecho dela Unibrasil y Doctor en Derecho por la UFPR

Marcus Firmino Santiago es Profesor en lo Instituto Brasileiro de Direito Público y Doctor en Derecho por la UGF (*Universidade Gama Filho*)

Mariana Mota Prado es Profesora en la Facultad de Derecho dela Universidad de Toronto y Doctora en Derecho por la Universidad de Yale

Ricardo Lobo Torres. Profesor Titular de la Facultad de Derecho de la UERJ (*Universidade do Estado de Rio de Janeiro*) y Doctor en Filosofía por la UGF (*Universidade Gama Filho*).

English - Editorial line: the Law Journal *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional* publishes unpublished articles, reviews and essays within the ambit



of law theory and dogmatism, especially with the transdisciplinary perspective, as well as other knowledge areas, about Constitution, Economics and Development.

Mission: The mission of *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional* is to encourage the production of studies on constitutional law relations with the economical practice and thinking, from the democratic perspective and the stating of fundamental rights. Yet, it motivates academic discussions on economic, law, human and social development and a critical reading of the School of Law and Economics.

Evaluation of Articles: Articles, reviews and essays are firstly analyzed by the Chief Editor to verify if they are pertinent to the Law Journal editorial line. Then, they are sent for blind peer review – scientific works are sent to two PhD professors-researchers, with no author identification, to evaluate structure and content. If one professor suggests publication and the other rejects the paper, a third professor may be called on for a final decision, after the examination of the Chief Editor. After the professors' analysis, the chief editor will inform the authors of negative opinions or will require suggested changes. In this case, authors shall make the necessary adjustments and the Chief Editor will decide over the publication of the text. Each edition may contain at least two papers (20% of the total) written by invited authors, selected by the Chief Editor, written by international and nationally renowned authors with special thematical relevance to the Journal.

Sending Scientific Papers: Every article, review and essay should be sent to Ilton Norberto Robl Filho – Chief Editor - and Rafael dos Santos Pinto - Assistant Editor of *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional* – to the email <trabalhosabdconst@googlegroups.com>, along with 1) an express authorization for publishing, promotion and commercialization by a press indicated by ABDCONST, and 2) the author's declaration of responsibility about text authorship and submission to editorial rules and deadlines, expressing the unpublished nature of the work.



Transfer of copyright and declaration of responsibility: Authors must submit along with their papers a term of copyright transfer, transferring without cost the patrimonial rights of his work to this journal. The authors must also sign a declaration of responsibility stating that the submitted paper is unpublished and was not approved for publishing in other journals and that there is no conflict of interests of the author over the research theme or procedures, and that all ethical precautions were taken in the course of the research.

Identification of the authors: Authors must identify themselves by their complete name inscribed under the title of the paper. Each name must take up one line and contain a reference with the institutional affiliation of the author. The institutional affiliation of the author must contain: complete institutional description of the all authors (university, city, state and country) as well as contact information (address, telephone or e-mail). If the research was financed by any private or public institutions the disclosure must be made in the last line of the author's affiliation.

Main Editorial Rules for Formatting: Works must be written in Portuguese, Spanish or English in a Microsoft Word document.

- Main text font: Times New Roman, size 13
- Font for footnotes and long quotations (more than 3 lines): Times New Roman, size 11
- Main text line spacing: 1.5
- Footnotes and long quotations line spacing: 1.0
- Preferably written in third person singular
- Foreign words style: italics
- Text highlighted words style: bold
- Number of pages: minimum of 10 and maximum of 30 pages, justified text with un-numbered pages; Chief Editor may publish articles with more than 30 pages.



Editorial Rules for Text Structure: Articles, reviews and essays should have the following parts:

- Heading: title, subtitle, name of the author(s) – maximum of three authors
- Title: It should be clear and objective, and it may be complemented by a subtitle separated by colon, in upper and lower case, in bold and center aligned
- Name of the author(s): indicated after the title, left aligned
- Credits: qualifications and authors' emails below the names
- Abstract: synopsis of the article contents from 100 to 250 words, including tables and graphics, in active voice and third person singular, before the text (ABNT – NBR 6028); it should express the subject in the first sentence of the abstract, determining time and space; preferably written in third person singular; it should highlight objectives, methods, results and conclusions of the work
- Abstract in other language: for Portuguese and Spanish texts, there will be an abstract in English. For works in English and Spanish, the Chief Editor will provide the abstract translation to Portuguese – if authors do not send it
- Key-words: up to 5 (five) significant words that express the content of the article, written in bold, left aligned, separated by semicolon or dot
- Key-words in other language: for Portuguese and Spanish texts, there will be key-words in English. For works in English and Spanish, the Chief Editor will provide the key-words translation to Portuguese – if authors do not send it
- Summary: information about the article sections, progressively numbered in Arabic numerals
- Article text: it should present an introduction, main text and conclusion – after the abstract, abstract in other language (Portuguese and Spanish), key-words and key-words in other languages (Portuguese and Spanish)
- Quotations, footnotes and bibliographic references: ABNT – NBR 10520. Complete bibliographic references should be presented at the end of the text
- Appendix: material to complement the text, included at the end if necessary
- Tables or graphics: refer to “*normas de apresentação tabular*” (tabular presentation rules), published by IBGE.
- The Editor may change the formal structure of the text to harmonize it to the editorial rules of the Journal.



Editorial Council: Chief Editor Ilton Norberto Robl Filho, Professor of the Graduation in Law at UFPR, Lawyer Member of the Law Education Commission at OAB/PR, PhD, Master and Bachelor in Law from UFPR).

Editorial Council Members:

Antonio Carlos Wolkmer (Professor of the Post-Graduation Program in Law at UFSC and PhD in Law from UFSC)

Antônio José Avelãs Nunes (Full Professor at Coimbra Faculty of Law, PhD *Honoris Causa* from UFPR and PhD in Law from Coimbra Faculty of Law)

Eroulths Cortiano Junior (Professor of the Program of Post-Graduation and Graduation in Law at UFPR, and PhD in Law from UFPR)

Fábio Nusdeo (Full Professor at Largo São Francisco Faculty of Law – USP and PhD in Economics from USP)

Ingo Wolfgang Sarlet (PhD in Law by Ludwig-Maximilians-Universität, LMU, Germany. Professor of Law in Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS)

Luís Fernando Sgarbossa (PhD in Law by Universidade Federal do Paraná – UFPR. Professor in of Law in Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS)

Marco Aurélio Marrafon (President of the Brazilian Academy of Constitutional Law, Professor at UERJ Faculty of Law and PhD in Law from UFPR)

Marcos Augusto Maliska (Professor of the Master course in Law at Unibrasil and PhD in Law from UFPR)

Marcus Firmino Santiago (Professor of Law at Instituto Brasileiro de Direito Público and PhD in Law from UGF), Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho)

Mariana Mota Prado (Professor of Law at Toronto University and PhD in Law from Yale University)

Ricardo Lobo Torres (Full Professor at UERJ Faculty of Law and PhD in Philosophy from UGF).

Publicação Oficial da Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDCONST
Rua XV de Novembro, 964 – 2º andar
CEP: 80.060-000 – Curitiba – PR
Telefone: 41-3024.1167 / Fax: 41-3027.1167
E-mail: abdconst@abdconst.com.br
Editoração e Design Gráfico: Karla Knihs – karla.kariny@gmail.com