

REVISTA ²⁰¹⁸ JURÍDICA

SANTO AGOSTINHO DE SETE LAGOAS

Sete Lagoas - Minas Gerais - BRASIL. Publicação Anual: jan./dez. 2018 / V.4 / N. 1 / ISSN 2448-2021



FACULDADES
SANTO AGOSTINHO
SETE LAGOAS • MG

REVISTA²⁰¹⁸ JURÍDICA

SANTO AGOSTINHO DE SETE LAGOAS

Editores

Alvaro Augusto Fernandes da Cruz

Deilton Ribeiro Brasil

ISSN 2448-2021

REVISTA JURÍDICA SANTO AGOSTINHO
DE SETE LAGOAS

v. 4, n. 1 - Anual - Sete Lagoas, MG - 2018



REVISTA JURÍDICA SANTO AGOSTINHO DE SETE LAGOAS

Volume 4 – Ano 2018

EDITORES:

Prof. Me. Álvaro Augusto Fernandes da Cruz - E-mail: alvaro@fasa.edu.br

Prof. Dr. Deilton Ribeiro Brasil - E-mail: deilton.ribeiro@fasa.edu.br

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Dr. Benedito Cerezzo Pereira Filho, USP, São Paulo, Brasil

Prof. Dr. Carlos Alberto Simões de Tomaz, UVV, Vitória, Brasil

Profa. Dra. Cláudia Ribeiro Pereira Nunes, Yale, New Haven, Estados Unidos

Prof. Dr. Cláudio Lúcio de Carvalho Diniz, FASASETE/MG

Prof. Dr. Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho, UEA, Manaus, Brasil

Prof. Dr. Fábio da Silva Veiga, UEM, Espanha

Prof. Dr. Fabrício Veiga Costa – FASASETE/MG

Profa. Dra. Flávia Piva Almeida Leite, UNESP, São Paulo, Brasil

Profa. Dra. Giulia Parola, UFF, Rio de Janeiro, Brasil

Prof. Dr. Gonçalo Nicolau Cerqueira S. de Melo Bandeira, IPCA, Barcelos, Portugal

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho, UFBA, Salvador, Brasil

Profa. Dra. Loiane Prado Verbicaro, CESUPA, Belém, Brasil.

Prof. Dr. Luis Gustavo Gonçalves Ribeiro, ESDHC, Belo Horizonte, Brasil

Prof. Dr. José Luis Quadros de Magalhães, PUCMinas, Belo Horizonte, Brasil

Prof. Dr. Lafayette Pozzoli, PUC/UNIVEM, São Paulo, Brasil

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago, UDF/IDP, Brasília, Brasil.

Prof. Dr. Mário Lúcio Quintão Soares, PUCMinas, Belo Horizonte, Brasil

Prof. Dr. Rubén Gonçalves Miranda, USC, Santiago de Compostela, Espanha

Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas, FUMEC, Belo Horizonte, Brasil

Prof. Dr. Thiago Santos Rocha, UO, Oviedo, Espanha

CONSELHO EXECUTIVO

Prof. Me. Alvaro Augusto Fernandes da Cruz, FASASETE/MG

Prof. Dr. Deilton Ribeiro Brasil, FASASETE/MG

PARECERISTAS AD HOC

Profa. Dra. Emília Agnes Assis de Lima, FASASETE, Sete Lagoas, Brasil

Prof. Dr. Fabrício Veiga Costa, FASASETE/MG

Profa. Dra. Gerlice Teixeira Rosa, FASASETE, Sete Lagoas, Brasil

Prof. Dr. Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais, UIT, Itaúna, Brasil

Profa. Dra. Nívea de Matos Lacerda, FASASETE, Brasil

Prof. Dr. Milton Vasques Thibau de Almeida, UIT, Itaúna, Brasil

Prof. Dra. Renata Mantovani de Lima, UIT, Itaúna, Brasil

DIAGRAMAÇÃO

Marcus Guilherme Menini

REVISÃO

Profa. Me. Amélia Maria Alves Rodrigues

Prof. Me. Thales Andrade Campos

EDITORIAL

Com fluxo contínuo e periodicidade anual, a Revista Jurídica Santo Agostinho de Sete Lagoas, ISSN 2448-2021, **vol. 4, jan.-dez., 2018** é um projeto, sob a nova gestão dos Professores Álvaro Augusto Fernandes da Cruz e Deilton Ribeiro Brasil que tem como objetivo promover o diálogo interdisciplinar entre o Direito e as demais áreas das Ciências Sociais Aplicadas, seja por intermédio de artigos, ensaios, entrevistas ou resenhas.

Publicamos nesta edição 06 (seis) artigos, sendo o primeiro intitulado **“Modelo constitucional de processo coletivo na teoria das ações coletivas como ações temáticas e o meio ambiente como direito humano”** de autoria do Professor Doutor Fabrício Veiga Costa das Faculdades Santo Agostinho de Sete Lagoas-FASASETE; o segundo trabalho com o verbete **“A necessidade do reconhecimento do *status* de refugiado ambiental: um diálogo com os direitos humanos”** do Professor Doutor Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro da Escola Superior Dom Helder Câmara-ESDHC de Belo Horizonte-MG e do mestrando Marcus Vinícius Pinto Santos do PPGD – Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG; o outro texto **“O processo constitucional como garantia de direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito”** da lavra do Professor Doutorando Guilherme César Pinheiro das Faculdades Santo Agostinho de Sete Lagoas-FASASETE; o quarto artigo **“Da construção à iminente desconstrução do Estado de bem-estar social. Uma análise da realidade constitucional brasileira nascida em 1988”** do Professor Doutor Marcus Firmino Santiago do Curso de Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do Centro Universitário do Distrito Federal – UDF e da Mestre em Direito Rosilene dos Santos, ambos de Brasília-DF. O quinto artigo tem como tema central **“Guarda compartilhada ou alternativa dos filhos: um diálogo entre direitos e deveres”** do Professor Doutor Sérgio Henriques Zandona Freitas do PPGD Mestrado em Direito da FUMEC e do Especialista em Direito Matheus Antônio Guimarães, ambos de Belo Horizonte-MG. Por último, trazemos à colação o texto intitulado **“Distinção legal entre taxa e tarifa”** de autoria do Professor Doutor Valmir César Pozzetti do PPGD em Direito da UFAM/UEA do Amazonas-AM.

Agradecemos aos nossos autores e avaliadores pela colaboração e confiança e pelo excelente trabalho realizado. Sem o empenho e dedicação de vocês, esta edição não seria possível.

Lembramos que as submissões para a Revista Jurídica Santo Agostinho de Sete Lagoas, **volume 5, ano 2019** são permanentes e devem ser encaminhadas para o e-mail: deilton.ribeiro@fasa.edu.br

Aos leitores, uma boa leitura!

Álvaro Augusto Fernandes da Cruz

Deilton Ribeiro Brasil

Editores da Revista Jurídica Santo Agostinho de Sete Lagoas

Sumário

Clique nos títulos para ser direcionado

MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO COLETIVO NA TEORIA DAS AÇÕES COLETIVAS COMO AÇÕES TEMÁTICAS E O MEIO AMBIENTE COMO DIREITO HUMANO..... 8

Fabício Veiga Costa

A NECESSIDADE DO RECONHECIMENTO DO STATUS DE REFUGIADO AMBIENTAL: UM DIÁLOGO COM OS DIREITOS HUMANOS 35

**Marcus Vinícius Pinto Santos
Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro**

O PROCESSO CONSTITUCIONAL COMO GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO 56

Guilherme César Pinheiro

DA CONSTRUÇÃO À IMINENTE DESCONSTRUÇÃO DO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL. UMA ANÁLISE DA REALIDADE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA NASCIDA EM 1988..... 95

**Marcus Firmino Santiago
Rosilene dos Santos**

GUARDA COMPARTILHADA OU ALTERNATIVA DOS FILHOS: UM DIÁLOGO ENTRE DIREITOS E DEVERES 118

**Matheus Antônio Guimarães
Sérgio Henriques Zandoná Freitas**

DISTINÇÃO LEGAL ENTRE TAXA E TARIFA 142

Valmir César Pozzetti

MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO COLETIVO NA TEORIA DAS AÇÕES COLETIVAS COMO AÇÕES TE- MÁTICAS E O MEIO AMBIENTE COMO DIREITO HUMA- NO

Fabício Veiga Costa

Pós-Doutor em Educação pela UFMG (Universidade Federal de Minas Gerais). Dou-
tor em Direito Processual pela PUCMINAS. Professor da graduação em Direito na
Faculdade Santo Agostinho, unidade de Sete Lagoas-MG.



FACULDADES
SANTO AGOSTINHO
SETE LAGOAS • MG

MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO COLETIVO NA TEORIA DAS AÇÕES COLETIVAS COMO AÇÕES TEMÁTICAS E O MEIO AMBIENTE COMO DIREITO HUMANO

Fabício Veiga Costa

Pós-Doutor em Educação pela UFMG (Universidade Federal de Minas Gerais). Doutor em Direito Processual pela PUCMINAS. Professor da graduação em Direito na Faculdade Santo Agostinho, unidade de Sete Lagoas-MG.

RESUMO:

Constitui objetivo da presente pesquisa o estudo do modelo participativo e democrático de processo coletivo a partir da Teoria das Ações Coletivas como Ações Temáticas. O recorte do objeto da pesquisa em tela se deu na análise do processo coletivo democrático como *locus* de ampla discursividade do meio ambiente como direito humano. Dessa forma, garante-se a exauriência argumentativa e a ampla participação dos interessados na construção participada do mérito processual. Por meio da pesquisa bibliográfica e documental, foi possível concluir que o processo coletivo no Estado Democrático de Direito é um espaço que assegura o direito de amplo debate quanto à formação participada do mérito processual, mediante o direito de todos os interessados difusos serem coautores do provimento final de mérito

PALAVRAS-CHAVE: Processo Coletivo; Sistema Participativo; Ações Temáticas; Meio Ambiente; Direito Humano.

CONSTITUTIONAL MODEL OF THE COLLECTIVE PROCESS IN THE THEORY OF THE COLLECTIVE ACTIONS AS THEMATIC ACTIONS AND THE ENVIRONMENT AS HUMAN LAW

ABSTRACT:

It is the objective of this research to study the participatory and democratic model of collective process based on the Theory of Collective Actions as Thematic Actions. The cut of the object of the research on screen if its in the analysis of the democratic collective process as locus of wide discursivity of the environment as human right. In this way, it guarantees the argumentative exhaustiveness and the broad participation of the interested parties in the construction of the procedural merit. Through the bibliographical and documentary research, it was possible to conclude that the collective process in the Democratic State of Law is a space that ensures the right to a wide debate regarding the participatory formation of the procedural merit, by means of the right of all the diffuse stakeholders to be coauthors of the provision end of merit.

KEYWORDS: Collective Process; Participative System; Thematic Actions; Environment; Human Right.

SUMÁRIO: Introdução. 2. Histórico do processo coletivo. 3. O modelo constitucional de processo no Estado Democrático de Direito. 4. Teoria das ações coletivas como ações

temáticas. 4.1 A construção do mérito pelo sistema participativo. 4.2 Meio Ambiente como Direito Humano e a Participação discursiva de todos os interessados na construção do provimento final. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

A reconstrução do Processo Coletivo a partir do Modelo Constitucional de Processo é uma necessidade no Estado Democrático de Direito. A superação do modelo de processo coletivo, centrado no sistema representativo, viabiliza o seu entendimento crítico mediante a participação de todos aqueles juridicamente interessados na construção do mérito das ações coletivas. Dessa forma busca-se, com a presente pesquisa, apresentar um debate jurídico acerca da problemática e da necessidade de discussão da procedimentalização do processo coletivo desvinculado de acepções autocráticas e individualistas. O advento do Direito Coletivo como ramo cientificamente autônomo demonstra a necessidade de proposições tendentes à criação de uma Teoria Geral do Processo Coletivo, justamente para alcançar o desvencilhamento com o modelo de processo centrado em pretensões de cunho individual.

Especificamente objetiva-se investigar a problemática jurídica do meio ambiente como um Direito Humano com o propósito de demonstrar a importância de participação de todos os interessados difusos no debate crítico-processual das questões atinentes ao meio ambiente.

Alem disso faz-se necessária a sistematização de toda a legislação brasileira esparsa referente aos Direitos Coletivos, com a finalidade de buscar a construção de um sistema jurídico de proteção das pretensões dos interessados difusos nos moldes democráticos. Reformas processuais pontuais não são suficientes para a ruptura com a acepção instrumentalista¹ de processo, centrada no ideal individualista e liberal. Faz-se necessário repensar o processo constitucional a partir do entendimento de que o Devido Processo Legal, a Isonomia Processual, a Publicidade dos atos processuais, o Contraditório e a Ampla Defesa

¹ A revisitação da metódica pluralista e aberta da visão instrumentalista do direito processual para contextualizá-la e redimensioná-la à luz da teoria dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais é hoje caminho necessário para a ordenação do direito processual, a fim de que ele possa cumprir suas reais funções de instrumento como meio de proteção e de efetivação material da Constituição, com a transformação positiva da realidade social. É essa uma exigência das próprias diretrizes do Estado Democrático de Direito, especialmente no plano do direito coletivo, inserido constitucionalmente, na teoria dos direitos e das garantias fundamentais. ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Codificação do Direito Processual Coletivo brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 146.

são corolários indispensáveis à efetivação dos Direitos Fundamentais garantidos no plano constituinte.

É nesse contexto teórico que precisamos pensar o processo coletivo sob à ótica crítica² do princípio da Supremacia da Constituição, para, assim, implementarmos a participação dos interessados no provimento a partir da Teoria das Ações Coletivas como Ações Temáticas. A democratização do acesso à jurisdição coletiva pelo princípio da participação é o fundamento suficiente para superarmos o entendimento dogmático de uma jurisdição autoridade, centrada no poder do julgador, e assim apresentarmos proposições suficientes ao entendimento da jurisdição como um Direito Fundamental assegurado indistintamente a todos os cidadãos de discutirem pretensões tanto de conotação individual quanto coletiva.

A hipótese científica que conduzirá todo o estudo proposto nessa pesquisa gira em torno da seguinte problemática: o atual modelo de processo coletivo proposto pela Escola Instrumentalista corrobora com o paradigma do Estado Democrático de Direito? Certamente não, uma vez que o fato do Direito Processual Coletivo ser discutido sob o patamar da representatividade não é suficiente para viabilizar a participação direta dos interessados difusos e coletivos na construção isonômica do provimento jurisdicional, cujos efeitos da decisão afetarão indistintamente todos aqueles a quem devem ser assegurados o direito de participação no debate de todos os temas correlatos à pretensão inicialmente deduzida.

Outra hipótese científica relevante de ser proposta como debate na presente pesquisa científica é analisar se o Meio Ambiente pode ser considerado um Direito Humano em razão da sua titularidade pertencer a um número indeterminado de sujeitos interessados juridicamente a participar de forma ampla e efetiva na construção discursiva do provimento final.

2 HISTÓRICO DO PROCESSO COLETIVO

Pensar o processo coletivo sob a égide individualista proposta pela Escola Instrumentalista é certamente admitir a existência de profunda incompatibilidade entre o

² “[...] a crítica, parece, é o único modo que temos de identificar nossos erros e de aprender com eles de maneira sistemática”. POPPER, Karl R. **A Sociedade Aberta e seus Inimigos**. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia: EDUSP, 1987, v. 2, p. 396.

sistema representativo e o sistema participativo. É a partir dessa premissa que se pretende demonstrar a construção do pensamento do Direito e do Processo Coletivo enquanto disciplinas cientificamente autônomas e dotadas de um objeto próprio.

A proteção dos direitos coletivos, de natureza metaindividual, é uma preocupação que transpassa a historiografia mundial desde os primórdios, ou seja, a necessidade de disciplinar juridicamente tais direitos coincide certamente com o advento das civilizações. Nesse ínterim pode-se afirmar que o antecedente histórico mais remoto que se tem notícia no estudo do Direito Coletivo é a ação popular romana.

O interesse dos romanos para com a proteção jurídica não apenas dos conflitos individuais certamente se explica pela construção do ideal de Democracia prevalente ao longo de toda a história do Império Romano. Tal afirmação se justifica pela solidificação da idéia de interesse público, muito evidente no Direito Romano e produto da construção da *res publica* que viabilizava o sentimento de cada cidadão romano poder pleitear judicialmente e também participar de todas as decisões referentes ao interesse público. Por isso resta clara a afirmação de que, embora a base do Direito Romano encontrava-se sedimentada no Direito Privado, o cidadão romano podia participar ativamente da vida do Estado através do instrumento da ação popular, o que não significava a prevalência dos interesses estatais em detrimento dos interesses dos cidadãos³.

A ação popular romana tinha caráter predominantemente penal e visava, acima de tudo, a defesa de coisas públicas e de caráter sacro. Dentre os legitimados as mulheres e os menores eram excluídos, por não serem reconhecidos como cidadãos. Ressalta-se, ainda, a impossibilidade de substituição processual em caso de morte do autor da ação, o que demonstrar ser um profundo equívoco, até porque se o objeto da ação versa sobre uma pretensão metaindividual não se justificava a extinção do processo com a morte do autor da ação. Admitia-se também a qualquer tempo a oposição de exceção à coisa julgada sempre que demonstrado o interesse juridicamente legítimo de prosseguir com o debate jurídico de novas questões relacionadas a pretensão inicialmente deduzida em juízo e de caráter e interesse da coletividade⁴.

³ LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo de acordo com a Lei 10.444/02**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 40-43.

⁴ LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo de acordo com a Lei 10.444/02**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 44-45.

Resta esclarecer que através da ação popular o cidadão romano podia controlar a atividade estatal, com o propósito de averiguar se o interesse da coletividade estava sendo efetivamente protegido. Tratava-se de um instrumento hábil a controlar não somente a atividade estatal, mas acima de tudo, limitar o exercício abusivo das liberdades individuais que pudessem contrariar os interesses da coletividade. Nesse sentido afirma-se

A ação popular tinha em Roma amplitude extraordinária, servindo não somente para a tutela de interesses individuais com conseqüências publicas (como no caso de defesa pessoal do uso de vias publicas por meio do *interdictum ne quid in loco publico vel itinere fiat*; como ainda da utilização dos rios, ancoradouros, bebedouros, entre outras coisas, por força dos *interdictum ne quid in flumine publico ripave ejus fiat*; uso de esgotos públicos, por meio do interdito de *cloacis*, entre outros); mas ainda, e sobretudo, para a tutela de interesses mais propriamente coletivos, como na defesa de sepultura comum, efetivação de fundações instituídas por atos de disposição de ultima vontade, oposição à colocação de telhas e janelas de coisas que pudessem ser lançadas à rua, entre outras⁵.

É recente a regulamentação da ação popular, tendo ocorrido em 30 de março de 1836 com a lei comunal, na Bélgica e, em seguida, na França, com a lei comunal de 18 de julho de 1837. Na Itália foram implementadas em 20 de setembro de 1859 a lei 26, que previa a possibilidade de ação popular para matéria eleitoral, e também a Lei 765, de 06 de agosto de 1927, que previa o uso da ação popular em matéria urbanística⁶.

No Brasil não foi diferente, uma vez que a gênese do processo coletivo está Ação Popular, que foi inicialmente inserida no Direito pátrio através do artigo 113, inciso XXXVIII da Constituição de 1934: “Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação de atos lesivos do patrimônio da União, Estados ou dos Municípios⁷”. É de suma importância esclarecer que o primeiro instrumento processual hábil no Direito pátrio ao controle das atividades estatais encontra-se na Constituição de 1934, especificamente no que tange ao controle do patrimônio público. Sabe-se que historicamente tal possibilidade foi suprimida na Constituição de 1937, que pelo próprio contexto histórico, marcado por um regime político de exceção, o cidadão encontrava-se impossibilitado de

⁵ LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo de acordo com a Lei 10.444/02**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 47.

⁶ LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo de acordo com a Lei 10.444/02**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 52.

⁷ BRASIL. **Constituições Brasileiras**. v. 3. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001, p. 161.

participar das decisões estatais e se encontrava refém do arbítrio dos detentores do poder. Assim ressalta-se

No intervalo observado entre a Constituição do Estado Novo até a publicação da Carta de 1946, foi editado o novo ordenamento processual civil unificado, sendo que neste havia a previsão, no artigo 670, da possibilidade de ajuizamento de ação pelo Ministério Público ou por qualquer do povo, com o escopo de dissolver associação civil com personalidade jurídica que promovesse atividade ilícita ou imoral, reavivando aquela espécie de ação que já fora prevista anteriormente na própria Carta de 1934, tida pela doutrina de então como popular⁸.

Com o advento da Constituição de 1946 houve o renascimento da ação popular em seu artigo 141, inciso XXXVIII: “Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista⁹”. Novamente temos a possibilidade jurídica de controle do patrimônio público pelo cidadão. Dessa forma observa-se:

[...] Em seguida, foram instituídas ainda duas ações de natureza popular no âmbito da legislação infraconstitucional, quais sejam: uma pelo artigo 35, §1º, da Lei 818, de 18.09.1949, relacionada à aquisição, perda e reaquisição da nacionalidade e perda de direitos políticos; e ainda outra, pelo artigo 15, §1º, da Lei 3.052, de 21.12.1958, relativa à impugnação do enriquecimento ilícito (matéria hoje regulada pela Lei 8.429/92, que será tratada oportunamente). [...] ¹⁰

Em 29 de junho de 1965, em pleno período da Ditadura Militar, foi sancionada a Lei 4.717, que disciplinava no plano infraconstitucional a ação popular. Reconheceu-se a legitimidade processual de qualquer cidadão pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio dos entes da Administração Pública Direta e Indireta. O requisito para a comprovação da cidadania e da legitimidade para a propositura da presente ação era o título de eleitor e a demonstração da regularidade no exercício dos direitos políticos. A sentença de improcedência ou de carência da ação estava sujeita ao reexame necessário e a de procedência à possibilidade de propositura de recurso de apelação recebido no efeito suspensivo¹¹.

⁸ LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo de acordo com a Lei 10.444/02**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 52.

⁹ BRASIL. **Constituições Brasileiras**. v. 5. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001, p. 103.

¹⁰ LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo de acordo com a Lei 10.444/02**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 54.

¹¹ BRASIL. **Vademecum**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1080/1082.

Tal legislação denota a tentativa do legislador institucionalizar o controle das atividades estatais diretamente pelo cidadão. Acontece que tal fiscalidade não era de natureza ampla, excluindo-se, por exemplo, a possibilidade de controle do meio ambiente e demais direitos de natureza metaindividual e potencializador do exercício pleno da cidadania. Com isso sabe-se que temos, nesse período da história brasileira, o início da legitimação do cidadão no controle e fiscalidade das atividades estatais, até porque tal controle era um tanto limitado em decorrência do próprio contexto da historiografia brasileira, um período de regime político de exceção.

A Carta de 1967 (Constituição brasileira de 1967), e a Emenda Constitucional 1/69, em seu artigo 153, inciso XXXI previa: “Qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas¹²”. Novamente ressalta-se a existência de uma previsão legal um tanto genérica que garante ao cidadão um controle restrito das atividades estatais e à margem da legitimidade democrática e do Modelo Constitucional de Processo Coletivo.

Em 24 de julho de 1985 adveio para o sistema jurídico brasileiro a Lei 7.347, que disciplinou a ação civil pública cujo objeto pode ser o meio ambiente, o consumidor e patrimônio público. Essa representa mais uma tentativa do legislador pátrio regulamentar através de uma legislação específica o processo coletivo. Verifica-se que o tratamento jurídico-legal dado ao processo coletivo ainda continua adstrito à concepção representativa por não contemplar o cidadão como legitimado para a sua propositura.

A Constituição de 1988 reiterou o tratamento jurídico-legal dado a ação popular como um instrumento hábil que legitima o cidadão no controle dos atos e das atividades estatais.

Pelo que fora exposto temos claramente demonstrado que a exclusão do cidadão do rol dos legitimados ativos à propositura da ação civil pública no Brasil denota claramente que adotamos o sistema representativo, ou seja, o legislador elegeu aleatoriamente algumas instituições pressupostamente legitimadas a gerir e reivindicar a proteção dos direitos metaindividuais, excluindo-se desse rol o cidadão. Ressalta-se, ainda, que a Lei 7347/85, que disciplina a ação civil pública no Brasil, não foi recepcionada pelo disposto no artigo 1º da

¹² BRASIL. **Constituições Brasileiras**. v. 6. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001, p. 165.

Constituição brasileira de 1988, que é categoria ao estabelecer expressamente a adoção do sistema participativo.

Importante esclarecer que um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é a soberania popular e a cidadania, corolários e fundamentos constitucionais da legitimidade processual ativa do cidadão quanto à propositura da ação civil pública. É nesse contexto teórico-discursivo que abordaremos na sequência o modelo constitucional de processo coletivo no Estado Democrático de Direito, considerado um *locus* de ampla e efetiva discursividade das questões processuais metaindividuais por todos os interessados difusos e coletivos.

3 O MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

As bases para a compreensão do Estado Democrático de Direito¹³ encontram-se na Hermenêutica Discursivo-Constitucional, ou seja, na superação do personalismo hermenêutico, de interpretações meramente literais, gramaticais, históricas, teleológicas.

A compreensão da sistematicidade jurídico-constitucional faz-se necessária na pós modernidade¹⁴ para que as normas jurídicas sejam interpretadas a partir da Constituição. A jurisdição¹⁵ não pode mais ser estudada como o poder dever do Estado Juiz de dizer o direito no caso concreto nem o processo ser visto como mero instrumento para o exercício da

¹³ Entende-se por Estado Democrático de Direito o regime político cujas bases encontram-se na Constituição e na garantia de participação discursiva do cidadão no conhecimento e construção dos provimentos estatais. Falar em Estado Democrático de Direito é assegurar a co-originalidade entre a autonomia pública e privada. A existência de uma estrutura circular representa o substrato teórico da compreensão processual do Estado Democrático de Direito.

¹⁴ A pós modernidade do discurso filosófico-constitucional se faz pela apreensão da democracia como teoria processual de resolução do impasse da modernidade ainda radicalizado na recusa em preencher o vazio da linguagem deixado ao longo de século de dominação legal pelo autoritarismo da razão prescritiva, embora já acentadamente laicizada (desencantada) em seus juízos de validação, não é apta a encaminhar o convívio em sociedades pluralísticas e transculturais da atualidade. É preciso destruir o fetiche do Estado de Justiça que esta a emperrar a transição para a pós modernidade, que reclama o exercício jurídico de bases discursivas ao assentamento de uma comunidade jurídica a se instituir por si mesma por uma auto-inclusão processual no sistema democrático já constitucionalizado como ocupante legitimada desse espaço jurídico ainda apropriado por gestores arcaizados que se louvam numa razão instrumental de uma jurisdição (dicção de um direito culturalizado) salvadora da realidade hostil à realização dos direitos fundamentais. LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy, 2002, p. 30.

¹⁵ Importante esclarecer que a menção ao tema jurisdição no presente momento faz-se necessária em decorrência da necessidade de esclarecimento de como o Judiciário exerce a função jurisdicional no Estado Democrático de Direito. Não constitui objeto central da presente dissertação o estudo referente à jurisdição e por isso a menção ao tema tem apenas a finalidade de ampliar a discussão proposta inicialmente.

jurisdição¹⁶; a jurisdição dever ser compreendida como um direito fundamental e o processo como garantia constitucional¹⁷. A superação do pessoalismo do julgador na análise do caso concreto é pressuposto teórico para o entendimento crítico-epistemológico de que o processo coletivo democrático é um espaço que legitima todos os interessados difusos e coletivos no debate amplo e constitucionalizado de todas as questões que integram a pretensão metaindividual deduzida em juízo.

A garantia de participação na construção do mérito do processo coletivo não deve ser uma prerrogativa adstrita ao personalismo do julgador, haja vista tratar-se de um Direito Fundamental garantidor da implementação da cidadania. O sistema representativo como parâmetro ao estudo do processo coletivo é a demonstração do caráter autocrático da legislação pátria, ao limitar o entendimento da legitimidade processual apenas àquelas pessoas autorizadas e escolhidas pelo legislador, como é o caso da exclusão do cidadão como legitimado para a propositura da ação civil pública.

No Estado Democrático de Direito a democracia é o regime político capaz de garantir formal e materialmente o exercício dos direitos fundamentais, cuja legitimidade perpassa pela participação dos seus destinatários na construção das normas jurídicas a partir da teoria do discurso jurídico, conforme entendimento preconizado por Habermas:

Neste ponto, é possível enfeixar as diferentes linhas de argumentação, a fim de fundamentar um sistema dos direitos que faça *jus* à autonomia privada e pública dos cidadãos. Esse sistema deve contemplar os direitos fundamentais que os cidadãos são obrigados a se atribuir mutuamente, caso queiram regular sua convivência com os meios legítimos do direito positivo¹⁸.

Nesse mesmo sentido se manifesta Habermas: “A idéia da autolegislação de civis exige que os que estão submetidos ao direito, na qualidade de destinatários, possam entender-se também enquanto autores do direito¹⁹”.

¹⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel.

Teoria Geral do Processo. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

¹⁷ DIAS, Ronaldo Bretas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 107-118.

¹⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre faticidade e validade.** 2. ed. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 154.

¹⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre faticidade e validade.** 2. ed. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 157.

O fundamento da legitimidade democrática é a garantia assegurada a todos os interessados de fiscalizar amplamente a construção participada do provimento. Nesse sentido ressalta-se o entendimento de Dhenis Cruz Madeira:

Por conseguinte, obstruir a fiscalidade popular sobre a norma jurídica é dar margem à vida nua, criando-se um espaço discursivo indemarcado e não-fiscalizável. Com isso, fomenta-se o aparecimento do espaço do soberano (e não o da soberania popular), do locutor autorizado da lei, que, à semelhança do soberano de Kafka, diz o que pode e o que não pode, sem, contudo, ofertar os fundamentos de suas decisões, ou mesmo, permitir que o destinatário da norma aponte as ausências do discurso normativo. Esse espaço do soberano, a nosso ver, permite a criação de uma dimensão política acima da jurídica²⁰.

Buscando-se os fundamentos teóricos precipuamente na doutrina da legitimação democrática do direito preconizada por Jürgen Habermas e na visão crítica falibilista²¹ de Karl Popper, Rosemiro Leal se propõe a estudar o processo no Estado Democrático de Direito a partir da premissa de que não é uma simples espécie de procedimento, mas sim instituição constitucionalizada regente das estruturas procedimentais preparatórias de provimentos estatais²². Há uma identidade científica existente entre a Teoria Neo-institucionalista do processo e a Teoria do modelo Constitucional do Processo, já que ambas buscam o seu fundamento teórico nos direitos fundamentais. Todavia, daquela teoria se afasta na medida em que coloca o processo como pressuposto de legitimidade “de toda criação, transformação, postulação e reconhecimento de direitos pelos provimentos legiferantes, judiciais e administrativos²³”.

Os direitos fundamentais, considerados o substrato interpretativo da presente teoria, serão enunciados jurídicos processualmente decididos por uma sociedade apta efetivamente

²⁰ MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento e cognição**: uma inserção no Estado Democrático de Direito. Curitiba: Juruá, 2008, p. 24.

²¹ [...] Por falibilismo entende aqui a opinião, ou a aceitação do fato, de que podemos errar e de que a busca da certeza (ou mesmo a busca de alta probabilidade) é uma busca errônea. Mas isto não implica que a busca de verdade seja errônea. Ao contrário, a idéia de erro implica a da verdade como padrão que podemos não atingir. Implica que, embora possamos buscar a verdade e até mesmo encontrar a verdade (como creio que fazemos em muitíssimos casos), nunca podemos estar inteiramente certos de que a encontramos [...] Mas o falibilismo não precisa, de modo algum, dar origem a quaisquer conclusões céticas ou relativistas. Tornar-se-á isto claro se considerarmos que todos os exemplos históricos conhecidos de falibilidade humana – incluindo todos os exemplos conhecidos de erros judiciários – são exemplos do avanço de nosso conhecimento. POPPER, Karl R. **A Sociedade Aberta e seus Inimigos**. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia – EDUSP, 1987, v. 2, p. 395-396.

²² TEIXEIRA, Wellington Luzia. **A construção do provimento jurisdicional no Estado Democrático de Direito**. Dissertação apresentada como requisito de conclusão do curso de mestrado em Direito Processual oferecido pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

²³ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. 5. ed. Porto Alegre: Síntese, 2000, p. 97.

ao exercício da cidadania. A pressuposição democrática é que o direito seja legitimamente projetado e construído por uma Comunidade Política consciente e conhecedora do projeto constitucional consistente na democratização da atividade legiferante²⁴.

O exercício da cidadania no Estado Democrático de Direito pressupõe o conhecimento da Teoria Processual dos Direitos Fundamentais²⁵ discursivamente construídos pelos seus destinatários. O referente lógico-jurídico para a compreensão da Teoria Neo-institucionalista do processo é a principiologia constitucional. Nos dizeres de Leal

De conseguinte, o que se busca com uma teoria neo-institucionalista do processo é a fixação constitucional do conceito do que seja juridicamente processo, tendo como base produtiva de seus conteúdos a estrutura de um Discurso advindo do exercício permanente da cidadania pela plebiscitização continuada no espaço processual das temáticas fundamentais à construção efetiva de uma Sociedade Jurídico-Política de Direito Democrático²⁶

O processo deve buscar na Hermenêutica Constitucional Democrática o referencial para a previsibilidade e objetividade das decisões judiciais. A qualidade democrática de uma Sociedade Jurídico-Política é definida pela produção das normas jurídicas a partir da institucionalização do Processo Constitucional²⁷. O povo deve ser o pressuposto da legitimidade, criação, aplicação e alteração do direito.

O enunciado do processo para a Teoria Neo-institucionalista encontra-se nos princípios institutivos²⁸: contraditório, isonomia e ampla defesa. A marca fundamental do contraditório no paradigma do Estado Democrático é a igual oportunidade de participação dos interessados na construção dos provimentos estatais²⁹. Para Dierle Nunes o princípio do

²⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo Primeiros Estudos**. 5. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004, p. 95-96.

²⁵ Importante destacar que a Processualidade Democrática dos Direitos Fundamentais será discutida em tópico posterior.

²⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo Primeiros Estudos**. 5. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004, p. 97

²⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo Primeiros Estudos**. 5. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004, p. 98.

²⁸ [...] como elementos jurídico-existenciais do processo, em sua base institutiva, o contraditório, a isonomia e a ampla defesa são princípios (referentes lógico-jurídicos), sem os quais não se definiria o PROCESSO em parâmetros modernos de direito-garantia constitucionalizada ao exercício de direitos fundamentais pela procedimentalidade instrumental das leis processuais. Como princípios jurídico-institutivos do PROCESSO, o contraditório, a isonomia e a ampla defesa, merecem estudo particularizado. LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo Primeiros Estudos**. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2000, p. 103.

²⁹ LEAL, André Cordeiro. **O Contraditório e a Fundamentação das Decisões no Direito Processual Democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

contraditório é entendido tão somente como um direito de bilateralidade da audiência, possibilitando às partes a devida informação e possibilidade de reação³⁰. Gonçalves entende que o contraditório tem como base a liberdade na busca da decisão participada³¹. Através do contraditório, deve ser assegurada a defesa, não podendo ninguém ser condenado sem ela³².

É imprescindível a observância do contraditório pelo juiz que deverá adotar as providências necessárias para assegurá-lo, para fazê-lo observar³³. Trata-se de um direito-garantia das partes exercerem livremente o direito de nada dizerem³⁴. Nery propugnou pela correlação existente entre o contraditório, a igualdade e o direito de ação. O exercício da função jurisdicional se dará com a obrigatória participação em contraditório dos interessados nos efeitos dos provimentos judiciais³⁵.

Nesse contexto observa-se que o princípio do contraditório desencadeia uma série de implicações na aquisição e na valoração da prova em vista da decisão sobre o fato³⁶.

Indispensável ao exercício do contraditório, a isonomia, enquanto direito-garantia constitucionalizada, preza pela liberdade de tratamento jurídico igual que não se opera pela distinção jurisdicional do economicamente igual ou desigual, ou seja, tal princípio constitucional não pode ser utilizado para conferir tratamento jurídico discriminatório aos indivíduos³⁷.

No âmbito do processo coletivo democrático o contraditório efetiva-se com a oportunização conferida a todos os interessados difusos e coletivos de debater amplamente todos os pontos controversos da demanda no âmbito da constitucionalidade vigente. Ou seja, afastar o cidadão do rol dos legitimados e impedi-lo de participar processualmente do debate de todos os pontos controversos das demandas coletivas é a forma mais clara de deslegitimar democraticamente o provimento final.

³⁰ NUNES, Dierle José Coelho. **O princípio do contraditório**. Boletim Técnico da ESA/MG, v. 1, jan/jul 2004, p. 42.

³¹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 128.

³² CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Elementos de Teoria Geral do Processo**. Rio de Janeiro: Forense, p. 159.

³³ ARAÚJO, Marcelo Cunha. **O Novo Processo Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 119.

³⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo Primeiros Estudos**. 5. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004, p.103.

³⁵ DIAS, Ronaldo Bretas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 87/88.

³⁶ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 160.

³⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo Primeiros Estudos**. 5. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004, p.103.

Importante esclarecer que o grau de democraticidade do provimento final numa ação coletiva está diretamente vinculado à oportunidade efetiva conferida a todos os interessados difusos e coletivos de participarem discursivamente da construção do provimento final, algo que se torna inviável quando se compreende o processo coletivo na perspectiva do sistema representativo.

O direito de igualdade perpassa pelo exercício amplo, efetivo e irrestrito dos direitos fundamentais nos patamares constitucionais. A isonomia é o princípio garantidor da igualdade argumentativa na formação do discurso de produção e aplicação do direito.

O princípio da isonomia é garantidor da igualdade procedimental de igual tratamento. O processo legitima o exercício da função jurisdicional por meio da isonomia processual. A isonomia processual, pressuposto do Estado Democrático, afasta qualquer tipo de privilegio e proíbe quaisquer distinções não autorizadas pelo texto constitucional. Nos dizeres de Leal “o Processo na Teoria do direito democrático é o ponto discursivo da igualdade dos diferentes”.

No âmbito da processualidade democrático-discursiva das ações coletivas a isonomia processual é pressuposto da legitimidade jurídica do provimento final, haja vista que a todos os interessados difusos e coletivos deverá ser oportunizado o direito de argumentar processualmente as questões controvertidas para, assim, participarem da construção do provimento final.

Considerada a co-extensão dos princípios do contraditório e da isonomia, a ampla defesa garante a irrestrita argumentação no direito de defesa. A dialeticidade entre as partes e a bilateralidade de ação são os elementos caracterizadores do contraditório que devera oportunizar o direito de informação e reação; o princípio da ampla defesa se materializa quer na defesa técnica exercida pelo advogado, quer na autodefesa do acusado³⁸.

Através do princípio da ampla defesa destaca-se que a todos os interessados difusos e coletivos deverá ser oportunizado o direito de produzir provas e esclarecer processualmente os pontos controversos e debatidos em juízo. Ou seja, além de oportunizar aos interessados difusos e coletivos o direito de produzir provas no âmbito das ações coletivas ambientais,

³⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.57-59.

sabe-se que a eles deverá ser assegurado o direito de ver tais provas juridicamente apreciadas pelo julgador no ato de sua decisão.

A legitimidade democrática do provimento final nas ações coletivas ambientais está diretamente vinculada à oportunidade de argumentação ampla dos pontos controversos e produção de provas no âmbito processual, além da garantia conferida a todos os interessados de que seus argumentos e provas produzidos serão obrigatoriamente apreciados pelo magistrado em decisão jurídico-constitucionalmente fundamentada.

Passaremos a seguir a discutir a problemática da reconstrução do processo coletivo a partir da Teoria das Ações Coletivas como ações Temáticas para, assim, compreender o Modelo Constitucional de Processo no Estado Democrático de Direito.

4 TEORIA DAS AÇÕES COLETIVAS COMO AÇÕES TEMÁTICAS

A construção do mérito participado no processo coletivo pressupõe a ruptura com o entendimento do direito coletivo a partir do sistema representativo para, conseqüentemente, repensá-lo no modelo participativo. Por isso é imperiosa a ampliação do rol de legitimados para, por conseguinte, permitir que o maior número possível de interessados possam defender suas teses em juízo. O processo coletivo no modelo constitucional democrático deve viabilizar amplamente o exercício da cidadania através da participação ampla e direta de todos os interessados na construção do mérito da demanda. Ou seja, o mérito da demanda não pode ser predefinido apenas pelos legitimados previamente determinados em lei, uma vez que a legitimidade democrática do provimento jurisdicional perpassará pela ampliação da participação de todos os legitimados e interessados na demanda: “Quanto maior fosse a participação na formação do mérito, maior seria a legitimação da decisão do processo coletivo em relação aos efeitos que produziria em face dos interessados difusos³⁹”.

É nesse contexto que se constrói a Teoria das Ações Coletivas como Ações Temáticas:

A ação coletiva dever ser a demanda que propõe um tema, abrindo a possibilidade de que o próprio conteúdo do processo seja definido de modo participativo. O processo coletivo demanda, portanto, uma fase inicial na qual o seu objeto seja formado. O mérito do processo é construído, dentro de um determinado período

³⁹ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das Ações Coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas. São Paulo: LTr, 2006, p. 181.

de tempo fixado na lei, até quando será possível que os diversos interessados compareçam na demanda e formulem seus pedidos⁴⁰.

A formação participada do mérito no processo coletivo não se dará no momento inicial de propositura da ação, mas sim será construído mediante a oportunização efetiva de todos os interessados difusos juridicamente legitimados apresentarem temas coerentes com a pretensão inicialmente deduzida em juízo para, a partir desse contexto, reconstruir o processo coletivo democrático a partir do sistema participativo.

O momento processual para a estabilização da demanda dar-se-á através da fixação dos pontos controvertidos que será após a efetivação do direito de participação em contraditório no processo decisório que afetará todos os interessados. A realização de audiências públicas para o debate de questões ambientais objeto de ações coletivas é imprescindível na delimitação e debate amplo dos pontos controversos da demanda por todos os interessados difusos. Considerando-se o meio ambiente como um Direito Humano verifica-se que toda coletividade é diretamente atingida pelos efeitos jurídicos do provimento final, razão essa que legitima democraticamente sua participação discursiva na definição e debate amplo dos pontos controvertidos.

A implementação do contraditório, enquanto princípio institutivo do processo⁴¹, dar-se-á através a efetiva participação de todos os interessados difusos na construção do mérito do processo coletivo e, conseqüentemente, na construção participada do provimento jurisdicional. Trata-se de uma teoria cujo conceito de jurisdição não se encontra centrado solitariamente na pessoa do julgador que, mediante a efetiva participação na construção do mérito, terá reais condições de proferir sua decisão, vinculando-se a todos os pontos controversos debatidos e todas as provas produzidas processualmente pelas partes interessadas. Ou seja, constitui dever do magistrado fundamentar jurídico-constitucionalmente sua decisão a partir de tudo que foi debatido e provado pelos interessados difusos e coletivos no âmbito processual.

⁴⁰ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das Ações Coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas. São Paulo: LTr, 2006, p. 179.

⁴¹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. 5. ed. Porto Alegre: Síntese, 2000.

Serão considerados legitimados à construção do mérito do processo coletivo todos aqueles interessados que demonstrarem que sofrerão os efeitos da decisão judicial. Nesse sentido temos:

Proposta uma ação cuja decisão envolva bem que afete um numero indeterminado de pessoas, o ideal seria que a lei fixasse uma fase de divulgação para que os interessados difusos tomassem ciência e pudessem intervir no processo. Nas ações coletivas poderia ser estabelecida a obrigatória participação do Ministério Público, o que já ampliaria o rol dos legitimados presentes na ação e envolverá um órgão que tem por função primordial a defesa da legalidade.

Recebida a defesa e os eventuais aditamentos à inicial, deveria haver um despacho saneador no qual o juiz obrigatoriamente fixasse os pontos controvertidos e o objeto da prova e resolvesse as demais questões do processo⁴².

Admitir o Ministério Público como o único legitimado a propositura das ações coletivas é legitimar a violação do principio do contraditório e ampla defesa mediante a supressão da participação de todos os interessados difusos na construção participada do mérito coletivo, suprimindo o direito de debate amplo dos pontos controversos e das provas processualmente produzidas pelas partes interessadas. A publicização da pretensão deduzida é o fundamento para a construção participada do mérito mediante ampla fiscalidade por todos aqueles juridicamente interessados.

4.1 A construção do mérito pelo sistema participativo

A compreensão critica do mérito participada perpassa pelo entendimento do processo e das ações coletivas sob a ótica do processo constitucional no Estado Democrático de Direito.

Toda problemática perpassa inicialmente pela distinção jus-filosófica existente entre direito e interesse. Inicialmente é importante ressaltarmos o pensamento de Ihering, considerado um utilitarista, que compreendia o direito a partir da idéia de existência de um fim prático. É como explicita Vicente de Paula Maciel Junior, citando Edgard Bodenheimer “Ihering calçou o ponto central de sua Filosofia do Direito no fim. O fim como criador de todo o Direito, não havendo norma jurídica que não deva sua origem a um fim ou motivo prático⁴³”. É nesse contexto que Vicente de Paula Maciel Junior afirma que “ Ihering entendia

⁴² MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das Ações Coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas. São Paulo: LTr, 2006, p. 183.

⁴³ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das Ações Coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas. São Paulo: LTr, 2006, p. 20.

que os direitos não existem apenas para realizar a idéia de vontade jurídica abstrata⁴⁴”. Dessa forma sabe-se que para Ihering os direitos são vistos como interesses juridicamente protegidos.

A compreensão de Direito a partir da obra de Ihering é de caráter Liberal e pautado na premissa de direitos individuais. Além disso, não se pode pensar o Direito enquanto ciência sob a ótica processual, uma vez que os fundamentos metajurídicos e de cunho axiológico representam o norte de toda a obra de Ihering. Dessa forma é possível afirmar que atualmente a inaplicabilidade da Teoria de Ihering evidencia-se na necessidade de proteção jurídica não apenas de direitos individuais e de relações jurídicas e privadas construídas entre particulares, mas, acima de tudo, no interesse em proteger direitos coletivos, cuja titularidade é da coletividade, e não apenas de um indivíduo em si.

A partir dessas considerações iniciais afirma-se que os interesses jurídicos são construções individuais e de caráter liberal cuja aplicabilidade no âmbito coletivo torna-se inviável. Dessa forma sabe-se que juridicamente o mais adequado não é falarmos em interesses metaindividuais ou transindividuais, conforme preconiza alguns autores, mas sim em Direitos Coletivos cuja efetivação dar-se-á através das ações coletivas e do processo coletivo. Nesse sentido revela-se o entendimento do professor Vicente de Paula Maciel Junior:

Negamos em diversas oportunidades em nossa exposição a existência de interesses coletivos e difusos. Sob o nosso prisma, os interesses são sempre individuais e, se assim é, não há como reconhecer que a manifestação individual do interesse de uma parte em face de um bem possa ser difusa. O interesse é sempre identificável e relacionado a uma pessoa que manifesta sua intenção. Até mesmo a difundida expressão interesses difusos foi idealizada tomando como pressuposto básico os sujeitos, para ressaltar que, com relação a essa espécie de interesses não há como identificar cada um daqueles possíveis interessados⁴⁵.

A garantia efetiva da participação pressupõe a publicização e a divulgação ampla da pretensão através de editais e outros meios de comunicação efetivos, tais como os veículos de comunicação, para que todos aqueles juridicamente interessados tenham a oportunidade de participação das discussões jurídico-constitucionais da pretensão. Essa foi a proposta adotada pela nova Lei de Ação Civil Pública em seu artigo 13:

⁴⁴ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das Ações Coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas. São Paulo: LTr, 2006, p. 20.

⁴⁵ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das Ações Coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas. São Paulo: LTr, 2006, p. 57-58.

Artigo 13. Estando em termos a petição inicial, o juiz ordenará a citação do réu e, em se tratando de interesses ou direitos individuais homogêneos, a intimação do Ministério Público e da Defensoria Pública, bem como a comunicação dos interessados, titulares dos respectivos interesses ou direitos objeto da ação coletiva, para que possam exercer, até a publicação da sentença, o seu direito de exclusão em relação ao processo coletivo, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social.

Parágrafo único. A comunicação dos membros do grupo, prevista no *caput*, poderá ser feita pelo correio, inclusive eletrônico, por oficial de justiça ou por inserção em outro meio de comunicação ou informação, como contracheque, conta, fatura, extrato bancário e outros, sem obrigatoriedade de identificação nominal dos destinatários, que poderão ser caracterizados enquanto titulares dos mencionados interesses ou direitos, fazendo-se referência à ação e às partes, bem como ao pedido e à causa de pedir, observado o critério da modicidade do custo.

Importante esclarecer nessa publicização o objeto exato a ser discutido, com o propósito de impedir alegações e discussões impertinentes e não relacionadas ao objeto em questão. O controle dessa participação dos juridicamente interessados será feito democraticamente pelo Ministério Público e pelo magistrado, priorizando sempre o debate que venha acrescentar e contribuir para o deslinde da pretensão deduzida em juízo.

Imagine, por exemplo, uma ação civil publica cuja pretensão é a extinção de festas populares na cidade de Ouro Preto visando a proteção do patrimônio histórico-cultural, que é patrimônio da humanidade. Certamente o Judiciário deverá se incumbir de divulgar amplamente o objeto da presente ação coletiva para oportunizar efetivamente a participação de todos aqueles interessados na proteção do patrimônio histórico-cultural da cidade de Ouro Preto. Tal participação não será assegurada apenas aos cidadãos de Ouro Preto nem de Minas Gerais, tendo em vista a existência de sujeitos indiretamente interessados no objeto da presente ação coletiva.

Talvez o grande desafio prático enfrentado pelo Judiciário seja instrumentalizar efetivamente tal participação, argumento esse que deve ser rechaçado e que não pode ser utilizado como subterfúgio à supressão da construção participada do mérito participado das ações coletivas. Considerando que tal participação é um Direito Fundamental assegurado a todos os cidadãos juridicamente interessados e atingidos pelos efeitos do provimento jurisdicional afirma-se que problemas estruturais enfrentados pelo Judiciário jamais poderão ser argumentos utilizados para suprimir tal participação.

Ressalta-se, ainda, a obrigatoriedade de observância efetiva dos princípios constitucionais da isonomia processual, contraditório e ampla defesa, para que não

enfrentemos participações meramente formais na discussão do mérito das ações coletivas. No momento da construção do provimento jurisdicional o magistrado deverá apresentar argumentos jurídicos suficientes para admitir ou rechaçar as alegações apresentadas por todos aqueles que participaram do debate jurídico da pretensão coletiva.

É importante que fique claro que o foco de discussão para a construção participada do mérito na Teoria das Ações Coletivas como Ações Temáticas é o objeto e não o sujeito, uma vez que a legitimidade democrática do provimento jurisdicional não se limita em oportunizar a todos os cidadãos o direito de participar diretamente da construção do provimento, mas sim oportunizar, mediante o princípio da publicidade, que sejam apresentados todos os temas e argumentos possíveis, coerentes e pertinentes com a pretensão inicialmente deduzida. É nesse sentido que o mérito participado deve ser pensado: garantir efetivamente a oportunidade de apresentação de todos os temas, argumentos e alegações pertinentes a pretensão coletiva ou difusa inicialmente deduzida em juízo como forma de definir o objeto do processo coletivo e conseqüentemente viabilizar a construção participada do mérito.

4.2 Meio Ambiente como Direito Humano e a Participação discursiva de todos os interessados na construção do provimento final.

É certo que, diante da globalização, hoje vivemos diante de um constante crescimento econômico coagido pelo capitalismo consumista, ressaltando-se que a competição internacional nos vincula a este comportamento que podemos chamar de “comportamento de consumo”, em particular, na omissão de se definirem regras específicas para disciplinas práticas no ramo do Direito Ambiental, diante de um cenário competitivo que alterou o cenário mundial radicalmente frente ao Desenvolvimento Sustentável.

É importante esclarecer inicialmente que todos, sem exceção, têm ou pelo menos deveria ter o direito ao Ambiente ecologicamente equilibrado, uma das razões pelas quais no Brasil, na Lei Infraconstitucional Nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, foi pioneira na implementação do Direito Ambiental em nosso país que estabeleceu conceitos gerais na tentativa de se definir este ramo do direito, para fins jurídicos. Foi sem dúvida uma contribuição *lege ferenda*, uma vez que de *lege data* há expressa previsão do instituto que está claramente exposto em seu art. 3º, I-V. *In Verbis*:

Artigo 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;

II - degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente;

III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;

b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;

c) afetem desfavoravelmente a biota;

d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;

e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos;

IV - poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental;

V - recursos ambientais: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora.

Portanto, a expressão “Meio Ambiente”, como se vê na conceituação da Lei nº 6.938/81, não retrata apenas a idéia de espaço, de simples ambiente. Pelo contrário, vai além para significar, ainda, o conjunto de relações – físicas, químicas e biológicas – entre os fatores vivos [Bióticos] e não vivos [Abióticos]. Tentando traduzir o conceito no Brasil podemos dizer que proteger o Meio Ambiente significa proteger o espaço, lugar, recinto, que abriga, que permite, e que conserva todas as formas de vida. Entretanto, esse espaço não é algo simples, porque é resultante de combinações da relação e da interação de diversos fatores que nele se situam e que formam: os elementos essenciais à vida humana e não humana⁴⁶.

Discute-se no Brasil o termo correto para designar tudo que cerca o homem, ou seja, o Meio Ambiente; esse termo, no entanto, é considerado um pleonasma. Todavia a interpretação doutrinária das constituições portuguesas e espanholas não incorrem no mesmo erro⁴⁷.

Em Portugal, os doutrinadores conceituam-se o termo Ambiente de forma ampla. Fernando dos Reis Condesso, professor catedrático e coordenador do grupo das disciplinas de direito público e de ciência política no - ISCSP - da Universidade de Lisboa acredita que

⁴⁶ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Direito ambiental esquematizado**. 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 64.

⁴⁷ COSTA, Beatriz Souza. **Meio ambiente como direito à vida: Brasil, Portugal, Espanha**. 1. ed. Belo Horizonte: Editora O Lutador, 2010, p. 81-89.

essa forma ampla e abrangedora é desafio difícil e um risco no qual incorre o legislador, sobretudo no âmbito administrativo e penal⁴⁸. A Constituição portuguesa de 1976 perde primazia, ao tratar do assunto Ambiente, mas em contrapartida ganha em conteúdo.

Para melhor compreensão, faz-se mister visualizar a fisiologia da Constituição de Portugal, que se compõe em:

Preâmbulo;
Parte I – Direitos e deveres fundamentais: art. 12 ao art. 79°;
Parte II – Organização económica: art. 80 ao art. 107°;
Parte III – Organização do poder político: art. 108 ao art. 276°;
Parte IV – Garantia e revisão da constituição: art. 277 ao art. 299°;
e
Disposições finais e transitórias: art. 193 ao art. 198°.

É necessário proceder à análise supracitada para chegar ao art. 66° da Constituição portuguesa, que regula o Ambiente, como demonstra-se a seguir:

(Ambiente e qualidade de vida)

1. Todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender.
2. Para assegurar o direito ao ambiente, no quadro de um desenvolvimento sustentável, incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e com o envolvimento e a participação dos cidadãos:
 - a) Prevenir e controlar a poluição e os seus efeitos e as formas prejudiciais de erosão;
 - b) Ordenar e promover o ordenamento do território, tendo em vista uma correcta localização das actividades, um equilibrado desenvolvimento sócio-económico e a valorização da paisagem;
 - c) Criar e desenvolver reservas e parques naturais e de recreio, bem como classificar e proteger paisagens e sítios, de modo a garantir a conservação da natureza e a preservação de valores culturais de interesse histórico ou artístico;
 - d) Promover o aproveitamento racional dos recursos naturais, salvaguardando a sua capacidade de renovação e a estabilidade ecológica, com respeito pelo princípio da solidariedade entre gerações;
 - e) Promover, em colaboração com as autarquias locais, a qualidade ambiental das povoações e da vida urbana, designadamente no plano arquitectónico e da protecção das zonas históricas;
 - f) Promover a integração de objectivos ambientais nas várias políticas de âmbito sectorial;
 - g) Promover a educação ambiental e o respeito pelos valores do ambiente;
 - h) Assegurar que a política fiscal compatibilize desenvolvimento com protecção do ambiente e qualidade de vida.

⁴⁸ SILVA, Vasco Pereira da. **Verdes são também os direitos do homem**: responsabilidade administrativa em matéria de ambiente. Cascais: Principia, 2000, p. 22.

Entende-se que a Constituição portuguesa, quando estabeleceu, em seu art. 66º, sobre Ambiente e qualidade de vida, o incluiu como um dos direitos fundamentais do homem; não nos parece claro que faz menção aos animais e às plantas. Importante ressaltar que o artigo 66º da Constituição portuguesa não menciona em nenhum momento qual o bem tutelado por ela.

Apesar dessa omissão, constata-se que os tribunais portugueses têm decidido a favor do Ambiente equilibrado como forma de salvaguardar a vida, assim correlacionando este tema com o direito à vida do cidadão português.

Já a Constituição espanhola, trata do Meio Ambiente e utiliza a nomenclatura Ambiente ou Médio com sentidos equivalentes. Entende-se que a denominação Médio Ambiente, definitivamente, é uma redundância. O conceito jurídico de ambiente não pode ser alargado, pois não haveria condições de o Direito Ambiental abarcar todas as áreas conexas. É por isso que descarta o ambiente como um território global e objetivo de ordenação e gestão.

Com esse ponto de vista fica evidente que podemos conceituar Ambiente como os elementos naturais de titularidade comum e as características dinâmicas, como a água e o ar, que são veículos básicos de transmissão e fatores essenciais à existência do homem na terra. Nota-se que a grande preocupação do conceito Ambiente, na Espanha, seria tratar a natureza como um todo inseparável.

Dessa forma pode-se conceituar Meio Ambiente como um conjunto de componentes naturais de determinada região e que representa o substrato físico da atividade de todo o ser vivo e também suscetível a modificações das ações humanas.

Nota-se a existência de conceitos múltiplos, tanto no Brasil, quanto em Portugal e Espanha. Acredita-se, porém, que um conceito mais amplo, adotado na Constituição brasileira, não levou as Constituições de Portugal e Espanha a uma inquietude com ambiente, tampouco com o Direito Ambiental Sustentável. Verifica-se que a Espanha e Portugal utiliza o vocábulo Ambiente ou Médio, separadamente, pois partem do pressuposto de que tal entendimento jurídico não interfere na compreensão do meio ambiente como um espaço essencial para a vida com qualidade em todas as suas formas.

Conclui-se então que, embora de forma menos ampla e explícita em seus textos, as Constituições portuguesas e espanholas não ficou atrás da brasileira. No caso de Portugal, a

Suprema Corte programou a concretização do direito ambiental, inclusive ao afirmar sua condição de direito constitucional fundamental e sua direta correlação com o direito inextinguível do homem, que é o direito à vida. Da mesma forma, no caso espanhol, especificamente, a legislação permite que todos possam exercer o seu direito ao Ambiente ou Médio ecologicamente equilibrado, lançando mão de uma norma administrativa ambiental ou diretamente nos tribunais.

A Conferência de Estocolmo de 1972, a Conferência do Rio de 1992 e a Conferência de Joanesburgo de 2002 são considerados marcos de debate internacional no que tange às questões ambientais, principalmente climáticas, geração de energias renováveis e a preocupação de sistematização de uma agenda global que se pautar na premissa da sustentabilidade. É nesse cenário que o meio ambiente ecologicamente equilibrado passa a ser visto como um Direito Humano, cuja titularidade pertence a um número indeterminado de pessoas. A primeira geração de Direitos Humanos é pautada na proteção dos direitos e liberdades individuais; na segunda geração destacamos os direitos sociais, culturais e econômicos decorrentes da primeira geração; na terceira geração de Direitos Humanos encontramos o meio ambiente ecologicamente equilibrado, sua proteção e conservação.

Está evidente que a busca pela proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado constitui uma preocupação internacional, fato esse que nos leva a afirmar que se trata de um Direito Humano, cuja titularidade pertence a um número indeterminado de pessoas afetadas diretamente pelas condutas voltadas à degradação ambiental. Qualquer conduta comissiva ou omissiva contrária ao meio ambiente ecologicamente equilibrado afeta diretamente toda a coletividade, tal como se verifica no Brasil o recente acidente ecológico envolvendo a Empresa Samarco. Nesse caso específico podemos visualizar inúmeras pessoas afetadas diretamente e toda a coletividade atingida de forma direta e indireta.

Considerando-se o meio ambiente como um direito humano e cunho difuso sabe-se que toda coletividade de interessados difusos tem legitimidade jurídica de participar ativamente da construção discursiva dos provimentos jurisdicionais decorrentes de ações coletivas que tem como objeto o debate de questões ambientais. Manter a coletividade fora do debate processual dos pontos controversos das questões ambientais que integram a demanda é reconhecer a ilegitimidade do processo coletivo, ainda pautado no sistema representativo em razão da não implementação efetiva do sistema participativo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A reconstrução do processo coletivo a partir do Modelo Constitucional de Processo passa pelo entendimento da Teoria das Ações Coletivas como Ações Temáticas, que utiliza o sistema participativo como instrumento de ampla fiscalidade a ser exercida pelo cidadão, focando todo seu debate não no sujeito, mas sim no objeto. Dessa forma, o rol de legitimados ativos à propositura das ações coletivas ambientais não pode ser taxativo e deve contemplar amplamente todo aquele que demonstrar interesse jurídico na pretensão deduzida em juízo, ou seja, todo interessado difuso ou coletivo afetado pelos efeitos jurídicos do provimento final tem legitimidade democrática de participar do debate dos pontos controversos e da produção de provas no âmbito processual.

É nesse contexto da reflexão científica que o presente debate pretende esclarecer acerca da necessidade de implementação da disciplina de Teoria Geral do Processo Coletivo como forma de superação do entendimento individualista e autocrático no estudo do processo coletivo, como quer a Escola Instrumentalista. Manter a compreensão do processo coletivo a partir de concepções liberais e individualistas é legitimar o sistema representativo e, assim, afastar os interessados difusos e coletivos da construção discursiva do provimento final das ações coletivas ambientais.

Nesse ínterim é oportuna a necessidade de sistematização de toda a legislação pertinente ao Direito e ao Processo Coletivo Democrático, para que se obtenha a autonomia científica necessária ao reconhecimento de tal disciplina. A existência de legislações esparsas centradas ainda no sistema representativo certamente compromete a identidade do tema em questão.

A regulamentação da procedimentalização do processo coletivo democrático é considerada matéria urgente, tendo em vista a finalidade de esclarecer como se efetiva a possibilidade de participação e de exercício do contraditório e da ampla defesa por todos aqueles juridicamente interessados. É de suma importância, ainda, a delimitação do momento processual da estabilização da pretensão deduzida e até qual fase do procedimento será possível a intervenção de terceiros para construir discursivamente o mérito coletivo. Outra questão que merece destaque diz respeito aos reflexos da estabilização da demanda na constituição da coisa julgadas e de seus efeitos legais.

A democraticidade na formação do mérito processual nas ações coletivas decorre da legítima oportunidade de participação de todos os sujeitos interessados na formação discursiva do provimento final. Considerando-se o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um Direito Humano de cunho difuso, sabe-se que a garantia da legitimidade democrática do provimento jurisdicional passa diretamente pela oportunidade efetiva conferida aos interessados difusos e coletivos de definirem os

pontos controversos da demanda, debaterem e produzirem provas no sentido de esclarecê-los. Ao magistrado incumbe o dever de manifestar-se de forma jurídico-constitucionalmente fundamentada sobre todos os pontos controversos debatidos e todas as provas produzidas pelas partes interessadas.

Limitar ou restringir a participação dos interessados difusos na construção do provimento final de uma ação coletiva ambiental é legitimar um modelo autocrático de processo ainda pautado na autoridade pressuposta do magistrado mediante decisões solitárias e solipsistas. O modelo constitucional de processo coletivo no Estado Democrático materializa a oportunidade dos destinatários do provimento final serem seus co-autores.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Cynara Silde Mesquita Veloso de; COSTA, Fabrício Veiga; SOUZA, Maria Inês Rodrigues de *et al.* **Processo, Ação e Jurisdição em Oskar von Bülow. Estudos Continuados de Teoria do Processo.** Coordenador: Rosemiro Pereira Leal. v. VI. Porto Alegre: Síntese, 2005.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Codificação do Direito Processual Coletivo brasileiro.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ARAÚJO, Marcelo Cunha. **O Novo Processo Constitucional.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

BRASIL. **Vademecum.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. **Constituições Brasileiras.** v. 3. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

BRASIL. **Constituições Brasileiras.** v. 5. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

BRASIL. **Constituições Brasileiras.** v. 6. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Elementos de Teoria Geral do Processo.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Processual Constitucional.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

COSTA, Beatriz Souza. **Meio ambiente como direito à vida: Brasil, Portugal, Espanha.** 1. ed. Belo Horizonte: Editora O Lutador, 2010.

DIAS, Ronaldo Bretas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e Diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre faticidade e validade**. 2. ed. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do Processo em Crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo Primeiros Estudos**. 5. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada: Temática Processual e Reflexões Jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo de acordo com a Lei 10.444/02**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das Ações Coletivas: as ações coletivas como ações temáticas**. São Paulo: LTr, 2006.

MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento e cognição: uma inserção no Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2008.

POPPER, Karl R. **A Sociedade Aberta e seus Inimigos**. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia – EDUSP, 1987, v. 2.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Direito ambiental esquematizado**. 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

SILVA, Vasco Pereira da. **Verdes são também os direitos do homem: responsabilidade administrativa em matéria de ambiente**. Cascais: Principia, 2000.

A NECESSIDADE DO RECONHECIMENTO DO STATUS DE REFUGIADO AMBIENTAL: UM DIÁLOGO COM OS DIREITOS HUMANOS

Marcus Vinícius Pinto Santos

Mestrando do PPGD – Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG.

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Pós-doutor em Direito pela Università Degli Studi di Messina-Itália. Doutor e Mestre em Direito pela UFMG. Professor do programa de graduação e pós-graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara-ESDHC, Belo Horizonte. Promotor de Justiça.



FACULDADES
SANTO AGOSTINHO
SETE LAGOAS • MG

A NECESSIDADE DO RECONHECIMENTO DO *STATUS* DE REFUGIADO AMBIENTAL: UM DIÁLOGO COM OS DIREITOS HUMANOS

Marcus Vinícius Pinto Santos

Mestrando do PPGD – Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG.

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Pós-doutor em Direito pela Università Degli Studi di Messina-Itália. Doutor e Mestre em Direito pela UFMG. Professor do programa de graduação e pós-graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara-ESDHC, Belo Horizonte. Promotor de Justiça.

RESUMO:

Pauta de extrema relevância na agenda internacional é a que diz respeito aos refugiados. Trata-se de tema que envolve praticamente todos os países do mundo e que, apesar disso, não recebeu o tratamento legislativo adequado. Já há uma certa deficiência na regulação dos refugiados em sentido amplo e, no tocante aos refugiados ambientais, a lacuna é ainda mais agravada e inesperada. Diante disso, faz-se aqui um levantamento a respeito de como o tema vem sendo visto e enfrentado tanto pela comunidade internacional como pela legislação brasileira.

PALAVRAS-CHAVE:Refugiados ambientais; Regulamentação; Direitos humanos.

THE REQUIRE OF RECOGNITION OF THE ENVIRONMENTAL REFUGEE STATUS: A DIALOGUE WITH HUMAN RIGHTS

ABSTRACT:

It is a matter of extreme relevance on the international agenda that concerns refugees. This is a topic that involves virtually every country in the world and yet they have not received adequate legislative treatment. There is already a certain deficiency in the regulation of refugees in the broad sense and, as far as environmental refugees are concerned, the gap is even more aggravated and unexpected. In view of this, a survey is made here about how the issue has been viewed and faced by both the international community and Brazilian legislation.

KEYWORDS: Environmental refugees; Regulation; Human rights.

SUMÁRIO:Introdução. 2. Algumas questões conceituais. 3. Por uma necessária regulamentação. 4. Os refugiados e a Constituição Federal de 1988: um diálogo com os direitos humanos. 5. Os refugiados em decorrência de acidente nuclear. 6. A Usina Hidroelétrica de Belo Monte. 7. Os haitianos no Brasil. Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente exposição aborda uma noção geral a respeito da situação daqueles, estrangeiros ou nacionais, que, em decorrência de eventos naturais, mudanças climáticas ambientais, se veem obrigados a abandonar o local e até a nação na qual se encontram para buscar refúgio em outras regiões e países que possam oferecer um mínimo de condições de existência e estabilidade. Tais pessoas, ou grupo de pessoas, costumam ser denominados de “refugiados ambientais”.

É oportuno elencar determinadas circunstâncias em que a sua ocorrência deveria ser reconhecida como situação de refúgio, mas que, por omissão de definição normativa, acabam não sendo equiparados aos casos de refugiados ambientais.

Pretende aqui demonstrar que mera deficiência na nomenclatura não pode se tornar um óbice ao reconhecimento, amparo e assistência a esses grupos que, muitas vezes, se veem em situações tão adversas até mesmo como consequência da concretização dos modelos de desenvolvimento adotados pelos países.

É tema de indiscutível relevância, tendo em vista que são cada vez mais crescentes e intensos os grupos de pessoas que se deslocam de seus países e regiões por uma questão de sobrevivência ocasionada por alterações climáticas, ambientais e catástrofes naturais e em decorrência de comportamento humano, muitas vezes, causador de grande impacto no ambiente.

2 ALGUMAS QUESTÕES CONCEITUAIS

Conceitua-se refugiado como todo aquele indivíduo ou grupo de pessoas que se veem forçados em deixar o local em que vive em decorrência de injustas perseguições motivadas por questões religiosas, raciais, de nacionalidade, opinião política ou pertencimento a determinado grupo social; já os chamados refugiados ambientais encontram-se em situação de vulnerabilidade ambiental em decorrência de significativas mudanças climáticas ou de catástrofes naturais que impossibilitem a permanência no local no qual se encontram; tais fenômenos podem ocorrer de forma lenta e gradual como a desertificação e a seca ou de forma abrupta como terremotos, maremotos, tsunamis e etc.

Necessário, inicialmente, fazer distinção entre refugiado e migrante, no sentido de que este, diferente do primeiro, desloca-se do seu local habitual de permanência por sua livre e espontânea vontade, impulsionado pelas mais diversas razões (questões econômicas, sociais,

peçoais e etc); enquanto que o refugiado é praticamente obrigado a migrar para outras regiões como única alternativa de sobrevivência; assim, há que se conferir maiores amparo e atenção aos refugiados até pelo fato de tratar-se de questão com maior teor humanitário.

Costuma-se conceituar refugiados ambientais como todos aqueles que, em decorrência de drásticas alterações do meio ambiente no qual vivem, se veem compelidos a se deslocarem para outros países a fim de nestes buscarem refúgio e uma maior estabilidade; tais mutações podem ser ocasionadas por eventos que se dão de forma lenta e gradual como a desertificação e seca ou de forma abrupta como as catástrofes naturais (terremoto, maremoto, tsunamis e etc).

Conforme foi mencionado, há previsão expressa da figura do refugiado tanto na Convenção da ONU sobre Refugiados de 1951 quanto na Protocolo para Refugiados de 1967, bem como a legislação brasileira não se furtou de promover tal previsão e positivou a sua definição na Lei Federal 9494/1997; todavia, não há uma previsão expressa e inequívoca sobre em qual figura jurídica recairia a figura do refugiado ambiental. Não há uma definição precisa para tanto nem nos citados diplomas internacionais nem no do País, embora neste há uma definição mais ampliada do conceito de refugiado do que os diplomas internacionais porque a lei brasileira enquadra as violações de direitos humanos como fator passível de enquadramento e caracterização da situação de refúgio, fato que não ocorre nem na Convenção da ONU para Refugiados de 1951, nem no Protocolo para Refugiados de 1967.

A conceituação e a categorização específica dos refugiados ambientais é fato que até gera certa perplexidade, tendo em vista a relevância do tema bem como a sua preocupante e crescente incidência. Possivelmente, um dos fatores que, provavelmente, justificam tal omissão é até a dificuldade em articulação para alteração dos atuais textos normativos internacionais de forma que as situações que foram regulamentadas pela Convenção da ONU para Refugiados bem como pelo Protocolo para os Refugiados eram as mais recorrentes na época e não seria razoável exigir uma previsão que contemplasse os refugiados ambientais, tendo em vista que não havia como prever que tal tema passasse a ser pauta de extrema magnitude. Essa lacuna, todavia, não pode vir a se tornar um empecilho capaz de impedir o amparo jurídico da situação dos refugiados ambientais. Já que a matéria dos refugiados ambientais não possui instrumento regulatório no âmbito internacional com força vinculante (*hard law*), é imprescindível que os países se sensibilizem com essa difícil realidade de milhões de pessoas e elaborem sua regulamentação específica.

William B. Wood¹, geógrafo do Departamento de Estado dos Estados Unidos da América, em seu artigo *Ecomigration: Linkages between Environmental Changes and Migration*, sugere a utilização da denominação “ecomigrantes” em oposição à terminologia “refugiados ambientais”, significando aquela como a definição destinada a incluir qualquer pessoa cujo motivo originário da migração é influenciado por fatores ambientais. Ele menciona como uma das vantagens do conceito descrito é de que a denominação “refugiados ambientais” ainda não é reconhecida, pelo menos formalmente, nem pela Convenção da ONU para Refugiados de 1951 nem pelo Protocolo para Refugiados de 1967. Apesar das imprecisões nas definições, a caracterização da situação de refugiado ambiental estar vinculada a anomalias não apenas climáticas, mas também ambientais, parecem, cada vez mais, ganhar reconhecimento e aceitação. Isso pelo fato de esse movimento migratório ser ocasionado pela impossibilidade de permanência em determinado local em decorrência de dificuldades naturais extraordinárias; são anomalias da natureza, provocadas pelos mais diversos motivos que impossibilitam a continuidade da vida em dado local. É importante fazer alusão de que essas adversidades criadas pelas forças da natureza não abrangem apenas as catástrofes naturais como terremotos, tsunamis, maremotos e furacões, mas se estendem, também à precariedade do ambiente criada ao longo do tempo, geralmente causada pela sua má utilização e seu mal aproveitamento e conservação pelo homem, como ocorre com a desertificação, o desmatamento, o esgotamento da água, dentre outros.

3 POR UMA NECESSÁRIA REGULAMENTAÇÃO

Apesar de traduzir-se uma realidade menos retratada pela mídia nacional, a situação dos chamados “refugiados ambientais” representa a maior parcela do movimento migratório, em decorrência de fatores externos, alheios à vontade do migrante. Segundo estimativas da ONU², até 2020 o número de migrantes em virtude dessas circunstâncias deve chegar a 50 milhões em todo o mundo. Além disso, é possível que muitos dos chamados migrantes econômicos optem pelo êxodo em razão de fatores naturais que impossibilitam a atividade

¹WOOD, William B. **Ecomigration**: Linkages between Environmental Changes and Migration. Disponível em: https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/31736047/60_anos_de_ACNUR_-_Perspectivas_de_futuro.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1545326528&Signature=%2B3Fp%2BGihqfun4IFDP6%2FRUSOOe4%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3D60_Anos_de_ACNUR_60_Years_of_the_UNHCR..pdf#page=221/. Acesso em: 20 dez. 2018.

² UNESCO. **Unesco adverte para risco de aumento dos refugiados ambientais devido à desertificação**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/unesco-adverte-para-risco-de-aumento-dos-refugiados-ambientais-devido-a-desertificacao/>. Acesso em: 27 ago. 2018

econômica no local no qual se encontram, como ocorre nas situações de seca e desertificação; dessa forma, é possível que o número de deslocados ambientais seja ainda mais expressivo.

Geralmente, atribui-se as razões de crescimento de tal movimento migratório ambiental a fatores ligados à alta densidade populacional, aos excessos de produção de lixo e à poluição, decorrentes de um modelo de desenvolvimento não sustentável, e a outros eventos e situações que causam avassalador impacto ambiental, ainda que indiretamente e de formas lenta e constante.

De acordo com dados da ONU³, atualmente, há mais refugiados ambientais do que refugiados de guerra no mundo.

Há que se destacar que sempre existiu o movimento migratório motivado por catástrofes naturais e por mudanças climáticas e ambientais; entretanto, é preciso frisar que tal situação vem ocorrendo numa constância e intensidade cada vez maiores.

³Não obstante a magnitude do tema, há que se mencionar que a terminologia “refugiados ambientais” não é prevista no Direito Internacional; não há diploma normativo de nível global que utilize tal nomenclatura; critica-se a utilização da denominação “refugiados ambientais” pelo fato de essa situação não está prevista na Convenção da ONU Relativa aos Refugiados de 1951 nem no Protocolo Relativo aos Refugiados de 1967; sendo esse um dos motivos, costuma-se entender mais técnica a utilização da expressão “deslocados ambientais” para designar as pessoas que compõem esse movimento migratório; entretanto, por outro lado, causa perplexidade o fato de a situação dos chamados refugiados ambientais, que representa a maior causa migratória da atualidade, não ser reconhecida juridicamente nem abordada como circunstância distinta da migração comum; atualmente, os deslocados ambientais não são reconhecidos como refugiados e não recebem tratamento jurídico como tal; além disso, há a necessidade de o solicitante sofrer injusta perseguição do seu anterior Estado para caracterizar a situação de refúgio e, por motivos óbvios, não se pode equiparar os fenômenos climáticos a um agente perseguidor.

O reconhecimento da condição de refugiado pelo Estado Brasileiro é o que possibilita a fruição dos direitos previstos na Constituição Federal de 1988 e na legislação esparsa. Após o reconhecimento e constituição da situação de refúgio, o estrangeiro passa a deter a faculdade de exercício de direitos sociais como matrícula em escolas e universidades

³ UNESCO. **Unesco adverte para risco de aumento dos refugiados ambientais devido à desertificação.** Disponível em: <https://nacoesunidas.org/unesco-adverte-para-risco-de-aumento-dos-refugiados-ambientais-devido-a-desertificacao/>. Acesso em: 27 ago. 2018.

públicas, prestação de serviços públicos, obtenção de carteira de trabalho e demais documentos e etc.; eis o que dispõe a esse respeito a Lei nº 9.474/1997:

Artigo 4º O reconhecimento da condição de refugiado, nos termos das definições anteriores, sujeitará seu beneficiário ao preceituado nesta Lei, sem prejuízo do disposto em instrumentos internacionais de que o Governo brasileiro seja parte, ratifique ou venha a aderir.

Artigo 5º O refugiado gozará de direitos e estará sujeito aos deveres dos estrangeiros no Brasil, ao disposto nesta Lei, na Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 e no Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1967, cabendo-lhe a obrigação de acatar as leis, regulamentos e providências destinados à manutenção da ordem pública.

Artigo 6º O refugiado terá direito, nos termos da Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, a cédula de identidade comprobatória de sua condição jurídica, carteira de trabalho e documento de viagem.

No artigo 1º da Convenção da ONU de 1951 sobre refugiados não há a previsão para a situação de deslocamentos ocasionados por questões ambientais, tendo em vista que a mesma se restringe à migração em decorrência de situações relacionadas à religião, raça, opinião política, nacionalidade ou grupo social a que o refugiado possa pertencer. Além disso, a situação de refúgio depende de o estrangeiro ser vítima de injusta perseguição da sua nação anterior relacionada a uma das hipóteses acima descritas.

A restrição a essas cinco circunstâncias e a conseqüente falta de sintonia com outras hipóteses que também seriam causas de situação de refúgio fez com que fosse previsto no Protocolo Relativo ao Estatuto dos Refugiados de 1967 uma ampliação a tal rol de circunstâncias como situação de refúgio; nesse sentido é que poderia ser enquadrado à situação de refúgio aquilo que tem ocorrido atualmente em Pacaraima/RR e Boa Vista/RR. Os venezuelanos, em virtude da caótica situação política, social e econômica na qual a Venezuela se encontra fazem a opção pela busca de refúgio em tais cidades brasileiras pela menor dificuldade em atravessar a fronteira, aliado a uma menor distância e de uma maior perspectiva de qualidade de vida que o País ainda oferece.

Conforme acima disposto, não há, a nível global, nenhum regramento que aborde expressamente a figura do refugiado ambiental. Regionalmente, entretanto, pode-se citar a Convenção de Kampala de 2009 que regulamenta a condição dos deslocados ambientais no continente africano; há que se destacar que tal norma se restringe aos países africanos que são signatários de tal Convenção. Há também a Convenção da Liga Árabe de 1994 que também dispõe sobre os refugiados ambientais. No plano interno de cada país, pode-se mencionar como exemplo de regulamentação e proteção da condição de refugiado ambiental aquelas elaboradas pelos seguintes países: México, Suécia, Finlândia, Costa Rica, Bolívia e Cuba.

No Brasil, a lei do refúgio ou Estatuto dos Refugiados(Lei Federal Nº9474/1997) reproduz as mesmas circunstâncias autorizadas do reconhecimento da condição de refugiado previstas na Convenção de Genebra, deixando de fora as motivações originadas de mudanças climáticas e catástrofes naturais; todavia, é preciso destacar que a violação a direitos humanos também foi reconhecida como hipótese que caracteriza a condição de refugiado; eis o que dispõe tal norma do País quanto à definição de refugiado:

Artigo 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;

II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;

III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

Apesar da não previsão dos deslocados ou refugiados ambientais, já percebe-se um avanço legislativo, provavelmente provocado pelo notório crescimento de causas ensejadoras da situação de refúgio.

O fato de haver dificuldade em reconhecer os deslocados ambientais como uma situação de refúgio também pode ser atribuída à inexistência de perseguição, ou seja, para que se configure a condição de refugiado a determinado estrangeiro é preciso que o mesmo venha sofrendo perseguições por parte do Estado a que pertence; não havendo como enquadrar as mudanças climáticas e as catástrofes naturais em tais casos; ou seja, não há como reconhecer o meio ambiente como agente perseguidor do refugiado; além disso, para o reconhecimento da condição de refugiado, é preciso que se constate e se comprove o nexo de causalidade entre a causa alegada e a situação de refúgio.

No âmbito internacional, não há específica com definição expressa abrangendo os refugiados ambientais. Quanto a isso, o Brasil deu um bom exemplo no tocante ao caso do terremoto ocorrido no Haiti em 2010 em que o País editou resolução específica para regular a situação dos haitianos que migravam para o Brasil. Mas há uma grande desproporção entre a magnitude do tema e o seu enfrentamento e regulação pelos demais países e até pelo próprio Brasil, apesar do mencionado caso dos haitianos. Não há dúvida de que deve haver um maior enfrentamento e regulação do tema, inclusive em âmbito internacional. É necessário que haja norma internacional com força vinculante para os demais países(hard law) em que se obtenha uma definição unificada do tema juntamente com regulamentação que disponha sobre todas as suas circunstâncias e peculiaridades.

4 OS REFUGIADOS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: UM DIÁLOGO COM OS DIREITOS HUMANOS

As lições mais básicas do Direito Constitucional nos remetem a conceitos de supremacia da Carta Magna e de constituição de uma nova sociedade, de um novo Estado soberano através dela. As exigências da hierarquia constitucional determinam que toda e qualquer regra ou princípio incompatível com a Constituição Federal de 1988 devem ser tidos como não recepcionados pela mesma e alijados do ordenamento jurídico. Essa rigidez proporciona uma segurança para os cidadãos e para a população em geral que têm a garantia de não terem os seus direitos vilipendiados por uma norma que os restrinja. Aliado a essa rigidez da Carta Magna está o fato de esta se traduz num documento que preza pela ampliação dos direitos e garantias individuais e coletivos e, por outro lado, combate eventuais regras objetivadas a restringi-los.

A Constituição Federal de 1988 do Brasil é reconhecida com um documento que promove o ser humano em geral e garante o exercício dos seus direitos da forma mais ampla possível; em decorrência desse aspecto protetivo do cidadão, a Carta Magna de 1988 foi aclamada como “a Constituição Cidadão”. Tal proteção e garantia, todavia, não se restringe a apenas cidadãos brasileiros, como uma primeira análise poderia sugerir, mas se estende a qualquer ser humano que esteja sujeito à supremacia do Estado Brasileiro. Os preceitos constitucionais protetivos do ser humano aplicam-se ao nacional ou ao estrangeiro, residente ou não no País, de forma indistinta; ou seja, o estrangeiro nacional de qualquer país, detentor dos direitos políticos ou não deste, ainda que esteja apenas temporariamente no Brasileiro e seja apátrida, deve receber o mesmo tratamento garantido a um brasileiro, salvo as poucas disposições constitucionais em sentido diverso. Somado a isso tem-se o fato de que a Constituição Federal de 1988 preza pela elevação do ser humano. Diversos são os dispositivos constitucionais de destaque, muitos deles elevados à condição de cláusulas pétreas da Constituição Federal de 1988, que promovem a condição humana, individual e coletivamente, da forma mais ampla possível; apenas a título de exemplo podemos citar a proteção à dignidade humana artigo 3º, à prevalência dos direitos humanos, combate às desigualdades, à pobreza e à marginalização. No tocante às relações internacionais do Estado Brasileiro, o artigo 4º da Constituição dispõe que o País concederá asilo político e buscará a prevalência dos direitos humanos, além da busca pela redução da pobreza, marginalização e das desigualdades sociais e econômicas do País. Enfim, são diversos os dispositivos constitucionais constantes da Constituição Federal de 1988 que visam à proteção e promoção

da condição humana independente de questões circunstanciais como sexo, origem, idade, opção sexual, orientação política ou religiosa e etc. Além da redação expressa do texto constitucional, até mesmo uma interpretação sistemática da Carta Magna de 1988 revela o cunho humanista desta. Dessa forma, tendo a Constituição Federal como fundamento, não seria razoável que verificasse na prática eventuais restrições injustificadas ao acolhimento ou à assistência aos refugiados. Até mesmo pelo fato de o Brasil ser signatário da Convenção para os Refugiados de 1951, do Protocolo para Refugiados de 1967, bem como o fato de ter legislação expressa protetiva de pessoas em tais condições (Lei Federal Nº9474/1997). O Estatuto para os Refugiados prevê expressamente a condição de refugiado; todavia não enquadra as catástrofes e calamidades naturais como hipóteses caracterizadoras de uma das suas modalidades de refúgio. Esse texto normativo reconhece como refugiado todo aquele que se enquadrar em uma das hipóteses do seu artigo 1º:

Artigo 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;

II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;

III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

Como se pode perceber, não há uma previsão expressa que englobe a condição dos refugiados; contudo, esse diploma normativo, diferente da Convenção para Refugiados da ONU de 1951 e do Protocolo para Refugiados, tem o mérito de ampliar as situações caracterizadoras da condição de refúgio, ao equiparar a estas o abandono do país de origem devido à grave violação de direitos humanos; todavia, o fenômeno migratório em decorrência de fatores climáticos e ambientais não foram alcançados pela Lei Federal Nº9474/1997.

Atento a essa lacuna, o Conselho Nacional de Imigração (CNIG) editou a Resolução Normativa Nº97/2012 para resguardar e regular, especificamente, a situação dos haitianos que, após o terremoto de elevadíssima magnitude a que foi acometido em 2010, passaram a buscar o Brasil como um local para se estabelecerem; essa legislação concede visto permanente aos haitianos que migraram para o Brasil em decorrência das consequências produzidas pelo terremoto ocorrido em 2010 naquele país; dessa forma dispõe o artigo 1º da citada norma:

Artigo 1º Ao nacional do Haiti poderá ser concedido o visto permanente previsto no art. 16 da Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, por razões humanitárias, condicionado ao prazo de 5 (cinco) anos, nos termos do art. 18 da mesma Lei, circunstância que constará da Cédula de Identidade do Estrangeiro.

Parágrafo único. Consideram-se razões humanitárias, para efeito desta Resolução Normativa, aquelas resultantes do agravamento das condições de vida da população haitiana em decorrência do terremoto ocorrido naquele país em 12 de janeiro de 2010.

O Brasil promoveu uma regulação específica sobre o tema de forma coerente com o texto constitucional e com as normas internacionais das quais o País é signatário.

Jubilut (2007, p. 190-193) ressalta aspectos positivos da legislação brasileira, principalmente após a edição de norma específica sobre refugiados (Lei nº 9.474/1997); isso também pelo fato de a matéria “refugiados” geralmente ser tratada pelos ordenamentos jurídicos de outros países, em conjunto, com outras matérias conexas em leis relativas à imigração. Segundo essa autora, no aspecto formal, o Brasil está na vanguarda e é uma referência nesse campo perante os demais países da América do Sul. Isso, entretanto, não elimina a deficiência da falta de previsão, regulação e amparo específico das circunstâncias que caracterizam as situações dos refugiados ambientais. Poder-se-ia, também, equiparar as catástrofes naturais, ocasionadas pelo comportamento humano degradante à natureza ou por falhas de estruturas construídas por mãos humanas (como no acidente em uma usina de energia nuclear), às violações aos direitos humanos, no caso o direito à vida ou à integridade física; todavia, ainda assim, os movimentos migratórios em decorrência de calamidades da natureza não estariam abrangidos por tal conceito e continuariam sem previsão e regulamentação. Razoável seria se os organismos internacionais e os países signatários das legislações internacionais sobre refugiados incorporassem e unificassem o conceito de refugiado ambiental, de forma que este passasse a ter status de *hard law* a ser observada obrigatoriamente pela legislação interna dos países signatários; a identificação, o reconhecimento e a regulação dessa lamentável situação é imprescindível para o enfrentamento desse que vem se tornando um dos maiores males do mundo. Não obstante, tal indefinição conceitual não pode ser motivo capaz de relativizar a devida proteção e amparo a todos aqueles que se encontrem nessas condições.

5 OS REFUGIADOS AMBIENTAIS EM DECORRÊNCIA DE ACIDENTE NUCLEAR

Pode-se dizer que uma das lamentáveis causas geradoras do movimento migratório involuntário são os acidentes nucleares. Isso porque os resultados e as consequências da destruição ocasionados por acidentes dessa natureza não podem ser percebidos visivelmente e de forma imediata. Muitas das terríveis consequências de tais acidentes chegam a ser

constatadas muitos anos após o evento. Muitos dos maléficos resultados consequentes dos acidentes nucleares, muitas vezes, só podem ser percebidos muito tempo depois da sua ocorrência, como o desenvolvimento de doenças, má formação genética em decorrência do contato do genitor com a radiação e até mesmo a contaminação de doenças pelo consumo de alimentos contaminados. Além é possível que a área na qual aconteceu o acidente se reste impossibilitada de habitação e sobrevivência em razão dos riscos de contaminação de diversos males à saúde daqueles que permanecerem em tais locais. Em determinados acidentes nucleares, locais próximos ao sinistro muitas vezes sofrem os impactos do acidente e a sua população se vê obrigada a uma evacuação imediata. Os efeitos do acidente nuclear de Chernobyl⁴, na Ucrânia, ocorrido em abril de 1986, por exemplo, podiam ainda ser sentidos mesmo 25 anos após a sua ocorrência e em localidades distantes a 300km do local da explosão. Até mesmo através da cadeia alimentar, através da ingestão de alimentos que, de alguma forma, foram contaminados em decorrência do evento. O acidente ocorreu por volta da 1(uma)hora da madrugada do dia 26 de abril de 1986; determinado reator nuclear usina explodiu durante um teste de segurança. Nos dias seguintes à explosão, o combustível nuclear continuou queimando e liberando na atmosfera nuvens tóxicas que contaminaram com radiação uma área com dimensões equivalentes a, aproximadamente, três quartos da Europa. As nuvens tóxicas atingiram especialmente a Ucrânia e os vizinhos Bielorrússia e Rússia. Nos primeiros dias seguintes ao acidente, pelo menos 150 mil pessoas foram obrigadas a evacuar a região próxima à usina; nos anos seguintes, mais 200mil pessoas foram obrigadas a abandonarem o local em razão dosriscos extremos de contaminação.

Relatos do Comitê Científico sobre os Efeitos da Radiação Atômica da ONU⁵ apontam para 30 mortes entre os agentes enviados para conter os efeitos do acidente nos dias seguintes ao acidente. Mais de 30 anos após o evento, permanece incerto o número de vítimas em decorrência do evento; um relatório da Organização das Nações Unidas (ONU) em 2005 estimou em cerca de 4 mil vítimas enquanto que a organização ambientalista Greenpeace estimou o número de 100 mil vítimas.

De qualquer forma, certamente, é superlativo e impreciso todo e qualquer número ou projeção de estatística relativos a esse desastre, tendo em vista que não se sabe ao certo até

⁴ CARDOSO, Eliezer de Moura. **Energia nuclear**. Disponível em: <http://www.fiocruz.br/biosseguranca/Bis/manuais/radioprotecao/Energia%20Nuclear.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2018

⁵ G1. **Chernobyl**: desastre nuclear na Ucrânica completa 30 anos. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/04/chernobyl-desastre-nuclear-na-ucrania-completa-30-anos.html>. Acesso em:21dez. 2018.

onde se vão todas as suas consequências e todos os seus efeitos nefastos⁶; além disso, não se pode deixar de mencionar que inúmeras outras pessoas não receberam a assistência devida em decorrência do desastre e possivelmente sofrem hoje em dia, anonimamente, as suas consequências maléficas; isso sem mencionar que, possivelmente, as condições econômicas do Estado impossibilitaram a devida assistência e desocupação das localidades possivelmente afetadas.

Outro desastre nuclear também de imensa magnitude é o ocorrido em 2011 no Japão, na Central Nuclear de Fukushima, na cidade de Okuma. Diferentemente do que aconteceu em Chernobyl, o acidente nuclear de Fukushima foi uma das consequências do tsunami ocorrido naquela região; em decorrência dessa catástrofe natural, houve o derretimento de 3 dos 6 reatores nucleares da usina e essa começou a liberar imensa quantidade de material radioativo; como consequência, mais de 300mil pessoas foram obrigadas a evacuar e desocupar a região. Diversamente do evento ocorrido em Chernobyl que não foi causado como reação a nenhuma catástrofe natural, o acidente de Fukushima somente ocorreu em decorrência do tsunami que atingiu a região; entretanto, em situações tão adversas como essas não cabe ficar indagando sobre em qual dos casos acidente nuclear é mais ou menos condenável(a não ser em estudo específicos sobre a viabilidade da produção de energia nuclear, que não é objeto deste trabalho). Diante da realidade tão desfavorável desses dois acidentes, a questão de maior relevância é o destino da população que sofreu e sofrerá as consequências do acidente. Nesse ponto é que entra a matéria dos refugiados, tema cada dia mais relevante no mundo devido ao crescimento de casos e à sua intensidade. Quanto aos casos mencionados (Fukushima e Chernobyl) pode-se falar, perfeitamente, que todos aqueles que foram obrigados a evacuar e desocupar as áreas possivelmente afetadas pelos mencionados acidentes nucleares, sem terem alternativas para posterior estabelecimento em outro local são refugiados ambientais. Isso em razão da impossibilidade de permanência no local em que antes viviam em decorrência de o mesmo ter se tornado inabitável por circunstâncias ambientais. Apesar de as características de tais fenômenos não se enquadrarem perfeitamente em alguma das definições normativas de refugiados, é evidente a mesma necessidade de amparo e proteção que é conferida aos demais casos de refugiados previstos expressamente tanto na legislação internacional quanto na Lei nº 9.474/1997.

⁶ G1. **Consequências da tragédia de Chernobyl persistem mesmo após 25 anos.** Disponível em: <http://www.terra.com.br/noticias/consequencias-da-tragedia-de-chernobyl-persistem-mesmo-apos-25-anos,2c6a438a9551206558e238ddc3d3137axfgu0k7i.html>. Acesso em: 21 dez. 2018.

6 A USINA HIDRELÉTRICA DE BELO MONTE

Os casos de deslocamentos de populações residentes em locais nas quais as condições ambientais não permitem a sua permanência no mesmo também ocorrem no Brasil, ainda que não sejam expressamente vinculados a tal razão. São diversos os casos de migração no País em decorrência da falta de condições de sobrevivência em determinados locais; os casos de desertificação ou de excesso de chuvas que desabrigam grupos populacionais e os obrigam a buscarem novos locais de permanência ocorrem com uma certa frequência.

O progresso, entretanto, pode ser um dos desencadeadores de tal processo, tendo em vista que, em algumas situações, há a incompatibilidade de determinado modelo de desenvolvimento com determinado estilo de vida inerente a determinado local. É o que se procedeu na construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, na região de Altamira, no Estado do Pará, onde a concretização do projeto de usina geradora de energia elétrica traria imenso impacto na vida da população ribeirinha da região, tanto em razão da necessidade de remanejamento de determinadas populações quanto pela destruição de recursos naturais que eram, até então, a fonte de sobrevivência de tais povos. Grupos ambientalistas à época alertavam para a diminuição da vazão dos rios e até para a possibilidade da sua completa seca. Também havia a preocupação com relação à manutenção das florestas, visto que parte delas estaria sendo destruída durante as obras, outra parte seria inundada pela barragem e, com a chegada de trabalhadores para a obra e o conseqüente crescimento demasiado da população na região, mais devastação poderia acontecer; não bastasse a conseqüente inviabilidade de permanência da população da região em decorrência dos efeitos da concretização do projeto, havia a necessidade de remanejamento das comunidades que habitavam o local para que a obra pudesse ser viabilizada. Além disso, há denúncias⁷ de que o estudo de impacto ambiental revelaram-se totalmente imprecisos e destoantes da realidade nos aspectos sociais, ambientais e econômicos.

Diversos trabalhos acadêmicos e matérias jornalísticas denunciaram e denunciam as conseqüências da construção da hidrelétrica de Belo Monte, cuja idealização, desde sempre, foi alvo de intensas discussões e conflitos⁸. Os resultados apresentados são, na sua maioria,

⁷SANTOS, Thauan; SANTOS, Luan; ALBUQUERQUE, Renata; CORRÊA, Eloah. Belo Monte: impactos sociais, ambientais, econômicos e políticos. In: **Tendências**, v. XIII, 2012, p. 214-227. Disponível em: http://www.researchgate.net/publication/321197400_Belo_Monte_impactos_sociais_ambientais_economicos_e_politicos. Acesso em: 21dez. 2018.

⁸ GUERRA, Gutemberg Armando Diniz; SOUZA, César Martins de. O apocalipse de Belo Monte: uma cidade frente à construção da hidrelétrica. In: **Amazônica, Revista de Antropologia** (Online) 10 (2): 790 - 814, 2018. Disponível em: <http://periodicos.ufpa.br/index.php/amazonica/article/view/6527/5257> Acesso em: 21dez. 2018.

negativos tais como o absurdo crescimento populacional sem qualquer infraestrutura local para receber os migrantes e trabalhadores que pretendiam se estabelecer em Altamira na expectativa de boas oportunidades de trabalho, alagamento das áreas com a perda das propriedades e fontes de subsistência da população ribeirinha, gerando pobreza e marginalização social e econômica, elevando o índice de desemprego e do número de moradores de rua em Altamira. A população indígena também foi uma das mais afetadas tendo em vista que se viu privada de boa parte das terras das quais esse grupo se utilizava como fonte de recursos de subsistência. Conforme levantamento do IPEA⁹(Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), o Município de Altamira, no Pará, passou a ocupar, em 2018, a primeira posição no ranking dos municípios mais violentos do Brasil, com taxa de 107 mortes para cada 100 mil habitantes.

Não seria exagero equiparar a situação dos desabrigados em decorrência da construção de Belo Monte com a dos refugiados ambientais, tendo em vista que a impossibilidade de permanência no seu local de origem se deu por causas alheias à sua vontade e que as novas condições ambientais impedem a sua sobrevivência na região na qual se encontravam. Não era por acaso que, desde sempre, houve forte oposição e resistência da população que sofreria os impactos diretos da concretização de Belo Monte no sentido de obstar a construção desta.

Tal fato, todavia, não foi o bastante para impedir a concretização do projeto. Seria plenamente aceitável equiparar a situação daqueles que ficaram desabrigados nesse cenário à condição de refugiados ambientais. Apesar de se tratar de episódio proporcionado pela conduta humana que afetou diretamente as condições ambientais, tal fato não obsta a que se reconheça a impossibilidade de permanência de determinada população no local por questões ambientais. No caso, eventual migração da região se dá em razão de fatores totalmente alheios à vontade da população atingida e seria razoável aceitar a equiparação da situação de tais possíveis migrantes aos refugiados ambientais.

Além dos mencionados efeitos, também havia a denúncia de que não se havia realizado o devido estudo de impacto ambiental do projeto e as consequências da concretização do projeto poderiam ser ainda mais gravosas.

Diante de tal quadro, o deslocamento dos grupos populacionais atingidos pela realização de tal empreendimento em busca de condições sobrevivência detém traços

⁹ IPEA. **Intervenção.** Rio não está entre as 30 cidades mais violentas do Brasil, segundo o IPEA. Disponível em: <http://www.brasil247.com/pt/247/rio247/342943/Interven%C3%A7%C3%A3o-Rio-n%C3%A3o-est%C3%A1-entre-as-30-cidades-mais-violentas-do-Brasil-segundo-o-Ipea.htm>. Acesso em: 22 dez. 2018.

idênticos às circunstâncias nas quais se encontram os refugiados ambientais; não estaria além do razoável a edição de norma específica do Estado que buscasse reconhecer amparar e assistir esses migrantes, até mesmo pelo fato de ter sido o Estado o principal causador de tal situação.

7 O ÊXODO DOS HAITIANOS EM DECORRÊNCIA DE TRAGÉDIA AMBIENTAL

O Haiti é um país caribenho da América Central, situado na ilha de Hispaniola, no Mar do Caribe, com população aproximada de 10 milhões de habitantes; sua única fronteira terrestre é a leste com a República Dominicana.

Não bastassem os inúmeros problemas políticos, sociais, econômicos pelos quais esse país sempre esteve imerso, no ano de 2010, o mesmo sofreu as consequências de um terremoto de extrema magnitude (7,0MMS); essa catástrofe teve seu epicentro na parte oriental da península de Tiburon, a cerca de 25 km da capital haitiana, Porto Príncipe e resultou em mais de 300 mil vítimas fatais e, aproximadamente, um milhão e meio de pessoas desabrigadas. São os seguintes os resultados estimados da catástrofe: cerca de 1,3 milhões de pessoas deslocadas internamente vivendo em condições precárias nos 1.354 acampamentos e assentamentos na capital e seu entorno; aproximadamente 60% da infraestrutura administrativa do governo foi destruída; mais de 180.000 casas desabaram ou foram danificadas e 105.000 foram completamente destruídas; 23% de todas as escolas no Haiti sofreram consequências pelo terremoto (4992 escolas), 80% das escolas em Porto Príncipe e 60% das escolas nos estados Sul e Oeste foram destruídas ou danificadas. O prejuízo decorrente da catástrofe foi avaliado pelo Banco Mundial em 7,9 bilhões de dólares e a reconstrução vem sendo financiada por organizações, fundos e doadores internacionais (UNHCR, 2010).

Diante de tal tamanha infelicidade aliada à adversa situação econômica, política e social a que o Haiti sempre já estava acometido, muitos haitianos vislumbraram o êxodo como única alternativa de sobrevivência; eis que surge o Brasil como opção viável em decorrência de uma maior estabilidade institucional, bem como a afinidade gerada pela missão de paz liderada pelo Brasil naquele país no de 2004. A partir de então, passa a ser crescente o número de haitianos no Brasil em busca de trabalho e sobrevivência.

A migração da maioria dos haitianos ocorre, pelo Estado do Amazonas, na cidade de Tabatinga (região da tríplice fronteira Brasil-Colômbia-Peru), mas também acontece pelo

Acre, nas cidades de Assis Brasil e Brasília; as alternativas escolhidas pelos haitianos se dão conforme as maiores ou menores facilidades no processo de êxodo e migração.

No ano de 2017, o número de haitianos pedindo refúgio no Brasil foi de 827 e, em 2018 até o mês de junho, foi de 718 ; proporcionalmente, de 2017 para 2018, houve uma alta de 84%¹⁰.

Como já se poderia supor, são muitas as dificuldades a que se deparam os haitianos, dentre elas merece menção as relativas ao mercado de trabalho. Além da atual crise política e econômica pela qual o Brasil vem passando, os haitianos algumas vezes se veem reduzidos a situações de subemprego e até mesmo a condições análogas de escravo; isso em razão de uma combinação de fatores como a própria situação de vulnerabilidade econômica, social e psicológica na qual se encontram, a baixa escolaridade e a má-fé de empregadores inescrupulosos que se aproveitam de tal situação de fragilidade dos imigrantes.

De acordo com números divulgados pelo Ministério do Trabalho, no Brasil, no ano de 2016, houve uma redução no número de haitianos dentre os trabalhadores formais sendo que em 2015 havia 34224 trabalhadores haitianos e 26127 em 2016; em 2014, esse número era de 23993 trabalhadores haitianos; entretanto, dentre os trabalhadores estrangeiros, os haitianos são os mais numerosos (26127 trabalhadores haitianos no ano de 2016 de um total de 115961 trabalhadores formais estrangeiros)¹¹. A maioria desses trabalhadores haitianos concentram-se nas regiões Sul e Sudeste.

O Direito Internacional ainda não prevê nenhuma norma expressa de nível global que se enquadre se reconheça o caso dos haitianos no Brasil como uma situação de refúgio. No Brasil, também não seria possível enquadrar tal hipótese a uma situação de refúgio tendo em vista que o Estatuto dos Refugiados (Lei nº 9.474/1997) exige que o estrangeiro esteja sofrendo injusta perseguição na sua nação, apesar de tal diploma normativo brasileiro ser um pouco mais abrangente que a Convenção da ONU de 1951, pois elenca a violação dos direitos humanos como mais um caso que caracteriza a condição de refugiado.

É oportuno ressaltar que a nova Lei de Migração (Lei Federal nº13445/2017), embora não disponha expressamente sobre os refugiados ambientais, assegurou uma condição diferenciada nas repartições brasileiras no exterior àqueles que buscam migrar em razão de

¹⁰ FOLHA DE SÃO PAULO. **Após mudança de lei no Chile, haitianos voltam a procurar o Brasil.** Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2018/07/apos-mudanca-de-lei-no-chile-haitianos-voltam-a-procurar-o-brasil.shtml?loggedpaywall#_=_. Acesso em: 21 dez. 2018

¹¹ GOVERNO DO BRASIL. **Mais de 112 mil imigrantes possuem trabalho formal no Brasil.** Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/noticias/emprego-e-previdencia/2017/12/mais-de-112-mil-imigrantes-possuem-trabalho-formal-no-brasil>. Acesso em: 21 dez. 2018.

calamidade de grande proporção na natureza; é o que dispõe o artigo 79 da Lei nº 13.445/2017:

Artigo 79. Em caso de ameaça à paz social e à ordem pública por grave ou iminente instabilidade institucional ou de calamidade de grande proporção na natureza, deverá ser prestada especial assistência ao emigrante pelas representações brasileiras no exterior.

O artigo 14 dessa lei também prevê a concessão de visto temporário com a finalidade de acolhida humanitária para os imigrantes de países que se encontrem em situação de elevada instabilidade em decorrência de calamidades ou desastres ambientais; a concessão de visto temporário, todavia, já havia sido prevista especificamente para o caso dos imigrantes haitianos na Resolução nº 97/2012 do CNIG (Conselho Nacional de Migração):

Artigo 1º Ao nacional do Haiti poderá ser concedido o visto permanente previsto no art.16 da Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, por razões humanitárias, condicionado ao prazo de 5 (cinco) anos, nos termos do art. 18 da mesma Lei, circunstância que constará da Cédula de Identidade do Estrangeiro.

Parágrafo único. Consideram-se razões humanitárias, para efeito desta Resolução Normativa, aquelas resultantes do agravamento das condições de vida da população haitiana em decorrência do terremoto ocorrido naquele país em 12 de janeiro de 2010.

Artigo 2º O visto disciplinado por esta Resolução Normativa tem caráter especial e será concedido pelo Ministério das Relações Exteriores, por intermédio da Embaixada do Brasil em Porto Príncipe.

Parágrafo único. Poderão ser concedidos até 1.200 (mil e duzentos) vistos por ano.

O visto temporário concede ao estrangeiro a possibilidade de regular estabelecimento de residência no País por tempo determinado. Apesar da anterior previsão específica favorável aos imigrantes haitianos, pode ser que essa temporariedade esteja em desacordo com os anseios da maioria deles, tendo em vista que boa parcela dos mesmos não visualiza possibilidade de retorno em curto ou médio prazo; havendo também aqueles que já almejam estabelecer-se definitivamente no Brasil. É possível afirmar que, diversamente do que vem ocorrendo na fronteira do Brasil com a Venezuela com relação a parte dos refugiados venezuelanos, muitos dos imigrantes haitianos já deixaram o Haiti sem perspectiva de retorno e o Brasil surgiu como alternativa interessante por apresentar melhores condições sociais, econômicas e políticas do que o Haiti bem como pela empatia criada pelo Brasil ao liderar a Missão das Nações Unidas para Estabilização do Haiti (MINUSTAH) foi criada por Resolução do Conselho de Segurança da ONU, em fevereiro 2004, a fim de restabelecer a segurança e normalidade institucional do Haiti que se encontrava em situação de intensa instabilidade política. É presumível que há um maior desejo de permanência no Brasil por parte dos haitianos do que dos venezuelanos até mesmo pelo fato de a Venezuela fazer

fronteira terrestre com o Brasil e não apresentar maiores ônus ou empecilhos para o trânsito entre os dois países; isso possibilita que os venezuelanos planejem uma permanência temporária no Brasil até haver uma maior estabilidade na Venezuela que permita o regresso daqueles. Dessa forma, é bastante distinta a situação dos dois grupos migratórios, sendo que, no caso do grupo dos haitianos, é possível defini-lo como hipótese de refúgio ambiental,

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não obstante significativo avanço trazido pela Lei Federal Nº13445/2017 ao prever a concessão do visto temporário para os imigrantes que se encontrem em situação de êxodo em decorrência de calamidades e desastres naturais, a questão dos refugiados ambientais não parece ter recebido tratamento condizente com a dimensão e o impacto inerente a tal tema. Há que se pontuar mais uma vez que trata-se de situação de refúgio dentre as mais graves e mais recorrentes.

Apesar do momento de profunda crise política que o País passa, pode-se dizer que há uma certa urgência em haver por parte do Estado Brasileiro uma regulamentação mais precisa e mais eficaz sobre tal tema. Um objetivo e prático reconhecimento da situação dos deslocados ambientais seria mais condizente com a situação de vulnerabilidade e até de desespero às quais se encontram os grupos migratórios em tais condições.

Comparando com a legislação internacional, a legislação brasileira parece ser sensivelmente mais evoluída, tendo em vista que, diversamente ao que ocorre em muitos países, o País já dispõe de norma específica quanto ao tema refugiados (Lei Federal Nº9474/1997). Entretanto, no tocante à situação específica de refúgio ambiental, tanto a legislação interna quanto a internacional carecem de urgente regulamentação; conforme dito, é até desproporcional a relação entre a gravidade do tema e o seu enfrentamento e regulamentação legislativa.

No âmbito internacional, é necessário que haja uma norma vinculativa aos demais países *hard law* no tocante à definição e regulação da situação daqueles que abandonam as terras e os países em que vivem em decorrência de tais locais não mais apresentarem condições de permanência por fatores ambientais.

É preciso avançar na legislação sobre tal tema a fim de que se reconheça, definitivamente, a condição de elevadíssima adversidade na qual se encontram os refugiados ambientais e que tais causas naturais sejam previstas como mais uma hipótese que caracterize situação de refúgio. Apesar da extrema relevância do tema não há dúvida de que o mesmo

ainda não recebeu o tratamento jurídico merecido, nem por parte do Estado Brasileiro nem pela comunidade internacional.

REFERÊNCIAS

ACNUR. **Alto Comissariado das Nações Unidas para refugiados**. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/portugues/>. Acesso em: 25 ago. 2018.

CARDOSO, Eliezer de Moura. **Energia nuclear**. Disponível em: <http://www.fiocruz.br/biosseguranca/Bis/manuais/radioprotecao/Energia%20Nuclear.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2018.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Após mudança de lei no Chile, haitianos voltam a procurar o Brasil**. Disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2018/07/apos-mudanca-de-lei-no-chile-haitianos-voltam-a-procurar-o-brasil.shtml?loggedpaywall#_=_. Acesso em: 21 dez. 2018.

GOVERNO DO BRASIL. **Mais de 112 mil imigrantes possuem trabalho formal no Brasil**. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/noticias/emprego-e-previdencia/2017/12/mais-de-112-mil-imigrantes-possuem-trabalho-formal-no-brasil>. Acesso em: 21 dez. 2018.

GUERRA, Gutemberg Armando Diniz; SOUZA, César Martins de. O apocalipse de Belo Monte: uma cidade frente à construção da hidrelétrica. In: **Amazônica, Revista de Antropologia** (Online) 10 (2): 790 - 814, 2018. Disponível em: <http://periodicos.ufpa.br/index.php/amazonica/article/view/6527/5257> Acesso em: 21 dez. 2018.

G1. **Chernobyl: desastre nuclear na Ucrânia completa 30 anos**. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/04/chernobyl-desastre-nuclear-na-ucrania-completa-30-anos.html>. Acesso em: 21 dez. 2018.

G1. **Consequências da tragédia de Chernobyl persistem mesmo após 25 anos**. Disponível em: <http://www.terra.com.br/noticias/consequencias-da-tragedia-de-chernobyl-persistem-mesmo-apos-25-anos,2c6a438a9551206558e238ddc3d3137axfgu0k7i.html>. Acesso em: 21 dez. 2018.

IPEA. **Intervenção**. Rio não está entre as 30 cidades mais violentas do Brasil, segundo o IPEA. Disponível em: <https://www.brasil247.com/pt/247/rio247/342943/Interven%C3%A7%C3%A3o-Rio-n%C3%A3o-est%C3%A1-entre-as-30-cidades-mais-violentas-do-Brasil-segundo-o-Ipea.htm>. Acesso em: 22 dez. 2018.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Método, 2007.

ONU. **Protocolo de 1967 relativo ao Estatuto dos Refugiados**. Disponível em: http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Protocolo_de_1967.pdf. Acesso em: 25 ago. 2018.

ONU. **Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951**. Disponível em: http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf/. Acesso em: 26 ago. 2018.

RAMOS, Érika Pires. **Refugiados ambientais**: em busca de reconhecimento pelo direito internacional. São Paulo: E. P. Ramos, 2011, Disponível em: http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/eventos/Refugiados_Ambientais.pdf/. Acesso em: 26 ago. 2018.

SANTOS, Thauan; SANTOS, Luan; ALBUQUERQUE, Renata; CORRÊA, Eloah. Belo Monte: impactos sociais, ambientais, econômicos e políticos. In: **Tendências**, v. XIII, 2012, p. 214-227. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/321197400_Belo_Monte_impactos_sociais_ambientais_economicos_e_politicos. Acesso em: 21dez. 2018.

UNESCO. **Unesco adverte para risco de aumento dos refugiados ambientais devido à desertificação**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/unesco-adverte-para-risco-de-aumento-dos-refugiados-ambientais-devido-a-desertificacao/>. Acesso em: 27 ago. 2018

WOOD, William B. **Ecomigration**: Linkages between Environmental Changes and Migration. Disponível em: https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/31736047/60_anos_de_ACNUR_-_Perspectivas_de_futuro.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1545326528&Signature=%2B3Fp%2BGihqfun4IFDP6%2FRUSOOe4%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3D60_Anos_de_ACNUR_60_Years_of_the_UNHCR..pdf#page=221/. Acesso em: 20 dez. 2018.

O PROCESSO CONSTITUCIONAL COMO GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Guilherme César Pinheiro

Doutorando e Mestre em Direito Processual pela PUCMINAS.
Professor de Direito Processual Civil das Faculdades Santo Agostinho-FASASETE.
Advogado atuante. E-mail: guilhermepinheiro.adv@hotmail.com



FACULDADES
SANTO AGOSTINHO
SETE LAGOAS • MG

O PROCESSO CONSTITUCIONAL COMO GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Guilherme César Pinheiro

Doutorando e Mestre em Direito Processual pela PUCMINAS.
Professor de Direito Processual Civil das Faculdades Santo Agostinho-FASASETE.
Advogado atuante. E-mail: guilhermepinheiro.adv@hotmail.com

RESUMO:

Este trabalho pretende enfatizar a relevância do processo constitucional como garantia de direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito a partir do constitucionalismo brasileiro. Para tanto, é preciso, em vista dos correlatos estudos entre Constituição e Processo, fazer incursões introdutórias à noção de modelo constitucional de processo. Ainda com base nessa correlação, é igualmente necessário discorrer, a partir do Estado Democrático de Direito, sobre a principal garantia do modelo constitucional de processo: o devido processo legal, sublinhando seus elementos de maior destaque, quais sejam: o contraditório como influência e não surpresa, ampla defesa como ampla argumentação, direito constitucional de ação, fundamentação das decisões judiciais e jurisdição como direito fundamental. Nesta perspectiva, apresenta-se a noção descritiva de processo constitucional como metodologia de garantia de direitos fundamentais, objetivando conferir eficácia às normas constitucionais.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos e garantias fundamentais; Processo constitucional; Devido processo legal; Estado democrático de Direito.

THE CONSTITUTIONAL PROCESS AS A GUARANTEE OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE RULE OF LAW

ABSTRACT:

This work intends to emphasize the relevance of constitutional process as warranty of fundamental rights in the Rule of Law from Brazilian constitutionalism. For this, is a need, in view of the studies correlated between Constitution and Process, to do introductory incursions to constitutional model of process. Still with base this correlation, is equally necessary to expatiate, from Rule of Law, about the main warranty of the constitutional model of process: due process of law, highlighted its most important elements, namely: the contradictory as influence and not surprise, the ample defense as ample argumentation, constitutional right of action, basis of judicial decisions and adjudication (jurisdiction) as fundamental right. This perspective, presented the descriptive notion of constitutional process as methodology of warranty of fundamental rights, aiming confer effectiveness the constitutionals norms.

KEYWORDS: Fundamental rights warranties; Constitutional process; Due process of law; Rule of law.

SUMÁRIO: Introdução. 2. Direitos fundamentais e garantias fundamentais: distinções. 3. A correlação entre constituição e processo: incursões introdutórias sobre o modelo constitucional brasileiro de processo. 4. O devido processo legal: uma abordagem à luz do

Estado Democrático de Direito. 5. Da interpretação democrática dos elementos do devido processo legal. 5.1 O contraditório no processo constitucional. 5.1.1 Incursões introdutórias à teoria fazzalariana do processo. 5.1.2 O contraditório como influência e não surpresa. 5.2 Ação e ampla defesa no processo constitucional. 5.3 A fundamentação das decisões judiciais e sua construção participada a partir da hermenêutica constitucional. 5.4 Jurisdição constitucional como direito fundamental e seus princípios diretivos. 6. O processo constitucional como garantia de direitos fundamentais do Estado Democrático de Direito. Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO.

Impulsionado pelos movimentos revolucionários americano e francês e seus respectivos processos constituintes, despontou-se em todo o mundo o que se tem chamado de constitucionalismo. Esse fenômeno histórico-constitucional é marcado pelo reconhecimento de um extenso rol de direitos humanos em nível internacional e sua posterior positivação constitucional nos ordenamentos jurídicos nacionais. É também característica indelével desse marco a preocupação unicamente com os direitos fundamentais, fazendo-se estudos sobre o tema. Não se tem dado, no entanto, a devida importância aos meios processuais de efetivá-los, isto é, as garantias constitucionais, o que se faz pelo processo constitucional, razão pela qual este trabalho tem como objetivo ressaltar a relevância da referida garantia constitucional na construção de um Estado que pretenda ser qualificado como Democrático de Direito.

Nessa perspectiva, inicia-se o presente com a apresentação propedêutica da distinção entre direitos fundamentais e garantias fundamentais, a fim de elucidar a compreensão da ideia central aqui desenvolvida.

Em seguida, importante destacar a correlação entre Constituição e Processo, apresentando noções introdutórias acerca do modelo constitucional brasileiro de processo. Na mesma linha de estudos, a partir da correlação constituição-processo e processo-constituição, discorre-se sobre a acepção da garantia do devido processo legal no Estado Democrático, ressaltando a necessidade de se interpretar em perspectiva democrática seus principais elementos (contraditório, ampla defesa, fundamentação das decisões, direito de ação e jurisdição).

Nesse passo, colocam-se os pressupostos básicos para se compreender o processo constitucional como garantia de direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS: distinções.

Faz-se imprescindível o estudo distintivo entre direitos e garantias fundamentais, ainda que em nível propedêutico, a fim de se elucidar a compreensão do processo constitucional como garantia de direitos fundamentais.

Ressalta-se, preliminarmente, que os denominados direitos humanos, sendo aqueles inerentes à vida, à liberdade, à dignidade, à igualdade, à segurança e à própria condição humana, encarados na perspectiva espiritual, corpórea e social, reconhecidos, primeiramente em textos e tratados internacionais, hão de ser recepcionados pelos Estados constitucionais modernos e reconhecidos por este a sua comunidade político-jurídica (povo), a fim de criar e limitar o exercício do poder soberano do Estado¹.

Nessa perspectiva, verifica-se que a distinção entre direitos humanos e fundamentais ocorre pela positivação desses últimos no plano constitucional interno de cada Estado, pois aqueles contêm uma “*vocação universalista, supranacional*” designando “*pretensões de respeito à pessoa humana, inseridas em documentos de direito internacional*”, enquanto os direitos fundamentais dizem respeito “*aos direitos relacionados com posições básicas das pessoas, inscritos em diplomas normativos de cada Estado*”².

Cabe aqui destacar que essa positivação no plano constitucional de um Estado é que cria e limita o poder soberano estatal, seja qual for a sua atividade (função) essencial exercida (jurisdicional, legislativa ou administrativa), sendo, assim, traço caracterizador do Estado de Direito, isto é, o Estado subordinando seus próprios atos pelo texto constitucional e leis infraconstitucionais, além de assegurar ao povo liberdades individuais, dentre outros direitos humanos³. Além do mais, podem ser destacados como características dos direitos fundamentais a aplicabilidade imediata⁴. Todavia, quanto às tradicionais características da universalidade e absolutização algumas considerações podem ser feitas. No que concerne ao caráter absoluto, este há de ser revisitado, pois os textos constitucionais modernos, ao positivarem e abarcarem tais preceitos, estabelecem certas limitações, direta ou indireta, decorrentes da tensão ou conflito entre conteúdos normativos de outros direitos

¹ BRÊTAS C. DIAS. Ronaldo, *Processo constitucional e estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 67.

² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p 278.

³ BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo. *Processo constitucional e estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 48-54.

⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. *Relativização inconstitucional da coisa julgada: temática processual e reflexões jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 23-32; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p 285-287.

fundamentais⁵. O caráter universal, a seu turno, não é mais uma afirmativa incontestável, visto que, na atualidade, há direitos ou bens que são assegurados a certos grupos específicos, como por exemplo, os direitos dos trabalhadores⁶.

Mas num Estado Democrático de Direito não basta apenas a previsão de um extenso rol de direitos fundamentais, como no caso da Constituição brasileira. É preciso mais do que isso: há que se estabelecerem também mecanismos processuais aptos a proteger os cidadãos de qualquer lesão ou ameaça à lesão a direitos fundamentais, com a finalidade de garantir sua efetividade. A propósito, merece destaque a importância dada por Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias às garantias fundamentais:

À evidência, de nada adiantaria um extenso rol de direitos fundamentais, se mecanismos que assegurassem sua concretização também não fossem selecionados e incluídos no texto constitucional, nas situações – e não são raras – em que o Estado e os particulares os desconsiderassem. [...] Não fossem assim, os enumerados direitos fundamentais somente serviriam para aformosear o texto da constituição ou para revesti-la de inócuo ornamento retórico.⁷

Assim, no mesmo movimento de constitucionalização de direito fundamentais, as ordens constitucionais, pela circunstância de que a simples elevação de certos direitos ao *status* constitucional mostra-se insuficiente para sua efetivação, estabelecem um sistema hábil à proteção e à fruição de direitos humanos e fundamentais, por meio das garantias processuais, sendo estas “*normas positivas que asseguram e protegem determinado direito*”, são, portanto, mecanismos “*processuais através dos quais torna-se efetiva sua proteção e eficácia*”, o que exige o desenvolvimento de novos institutos do processo constitucional, a fim de se fiscalizar a regularidade dos atos (comissivos ou omissivos) do Estado⁸.

Pelo exposto, em resumo, vê-se que os direitos e garantias fundamentais se diferem dos direitos humanos, pela circunstância de que estes são expressos em diplomas internacionais, enquanto aqueles pressupõem a previsão na ordem constitucional do Estado. A distinção entre os direitos fundamentais e garantias fundamentais dá-se pelo fato destas serem mecanismos de índole processual de modo a formar um sistema de proteção daqueles, quando lesado ou estiverem em eminente ameaça de lesão, a fim de assegurar plena efetividade das

⁵ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 56; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 273-274; BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 561.

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 265-285.

⁷ *Processo constitucional e estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 72.

⁸ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 23, 53-60 e 466; Teoria geral do processo constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 2, n. 3 e 4, 1º e 2º sem. 1999, p. 124-125; Ver ainda BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. *Processo constitucional e estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 71-72.

normas Constitucionais.

Destaca-se que o movimento de constitucionalização dos direitos humanos é traço distintivo destes dos direitos e garantias fundamentais. Nesse cenário, ganhou igual destaque, em virtude da importância das garantias processuais, o estudo entre constituição-processo e processo-constituição.

3 A CORRELAÇÃO ENTRE CONSTITUIÇÃO E PROCESSO: incursões introdutórias sobre o modelo constitucional brasileiro de processo.

No Brasil, mais especificamente, a relação entre processo e Constituição é evidenciada na posituação constitucional de um extenso rol de Direitos e Garantias Fundamentais de natureza processual (artigo 5º *caput* e incisos II, XXXIV, XXXV, XXXVII, LIII, LIV, LV e LXXVII) e nos preceitos dos artigos 93, incisos IX e X, 133 e 134, também da Constituição Federal. De conseguinte, apreende-se da referida relação a noção de modelo constitucional de processo, para a qual, existe um esquema geral de processo estruturado numa base principiológica uníssona, que abarca os princípios do contraditório, da ampla argumentação (ampla defesa), da fundamentação das decisões e da imparcialidade⁹.

Explicando melhor, a compreensão de modelo constitucional de processo suscita o esclarecimento de suas três características, orientadas pelo princípio da supremacia da Constituição: expansividade, variabilidade e perfectibilidade. A primeira, permite que a norma processual se estenda para os microssistemas integrantes de seu ordenamento, desde que mantenha sua conformidade com o esquema geral de processo (base principiológica uníssona). A segunda, assegura à norma processual a possibilidade de especialização, assumindo forma diversa de acordo com determinado microssistema, tendo em vista o provimento pretendido ou os direitos fundamentais protegidos pelo microssistema, desde que se mantenha conforme a base constitucional. O terceiro e último, define-se pela capacidade dessa base constitucional se aperfeiçoar e definir novos institutos por meio da função legiferante, observando, é claro, a sua base principiológica¹⁰

⁹ BARROS, Flaviane de Magalhães. O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição. Belo Horizonte. Del Rey. 2009. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA Marcelo Andrade. (Org.) *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 334.

¹⁰ ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano*. 2ª ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997, p. 9-10. Sobre o tema consultar também: BARROS, Flaviane de Magalhães. O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição. Belo Horizonte. Del

Percebe-se, portanto, que a Constituição Federal vigente traz no interior do seu extenso rol de direitos e garantias fundamentais o fundamento normativo para a compreensão do modelo constitucional brasileiro de processo, sendo possível visualizar tanto a base principiológica uníssona (contraditório, ampla argumentação, fundamentação das decisões e imparcialidade) quanto os princípios diferenciadores de cada microsistema processual. Por exemplo, no processo penal os direitos fundamentais à liberdade e à presunção de inocência, assim como necessária observância ao princípio acusatório. Já quanto ao processo legislativo, André Del Negri destaca a imprescindível observância e especial aplicação do princípio da soberania popular, vez que o devido processo legislativo é garantia de os cidadãos participarem democraticamente da produção do Direito a que são subordinados¹¹. Por isso, fala-se em tipologia plúrima (processos jurisdicionais, legislativos, administrativos e até mesmo arbitrais) e base única (contraditório, ampla defesa, fundamentação das decisões judiciais e imparcialidade).

A propósito, esclarecedoras são as palavras de Flaviane de Magalhães Barros:

Tal compreensão de modelo constitucional de processo, de um modelo único e de tipologia plúrima, se adapta à noção de que na Constituição encontra-se a base uníssona de princípios que definem o processo como garantia, mas que para além de um modelo único ele se expande, aperfeiçoa e especializa, exigindo do intérprete compreendê-lo tanto a partir dos princípios-bases como, também, de acordo com as características próprias daquele processo. Contudo, não se trata apenas de diferença procedimentais, no sentido de sucessão de atos e fases processuais [...] Mas do que isto, é preciso perceber que, por mais que todo processo tenha uma base os princípios constitucionais – do contraditório, ampla argumentação, fundamentação das decisões e existência de terceiro imparcial – há diferença entre os processos, seja em razão do provimento pretendido ou dos direitos fundamentais a serem garantidos¹²

Rey. 2009. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA Marcelo Andrade. (Org.) *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 334; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Constituição e processo; desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil*. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA Marcelo Andrade. (Org.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 237.

¹¹ *Controle de constitucionalidade no Processo Legislativo: teoria da legitimidade democrática*. Belo Horizonte. 2008. 2ª ed. Fórum, p. 109-148. Interessante frisar a consequência dessa especial aplicação do princípio da soberania popular nos dizeres de Rosemiro Leal, “o controle de constitucionalidade há de se fazer de modo difuso, incidental-concreto e abstrato, incessante e irrestrito, porque este é que vai propiciar a testificação teorizada do sistema jurídico (controle de democraticidade), conferindo-lhe legitimidade pela oportunidade sempre aberta a todos de eliminação de erros que possam causar entraves à fruição dos direitos fundamentais” (*Processo como teoria da lei democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 57). A partir disso, Del Negri, em obra de publicação recente, defende a ideia de rediscussão das decisões *interna corporis* no Congresso Nacional, nas hipóteses de desrespeito às normas regimentais da casa legislativa, desenvolvendo crítica à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (*Processo constitucional e decisão interna corporis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 83-183).

¹² O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição. Belo Horizonte. Del Rey. 2009. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA Marcelo Andrade. (Org.) *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, 335.

Neste contexto, não mais faz sentido a dicotomização disciplinar de Direito Processual Constitucional (conjunto de normas referentes à organização do Judiciário e aos instrumentos processuais, como a ação popular e controle de constitucional) e Direito Constitucional Processual (conjuntos de normas estruturantes do Direito Processual), vez que, quer seja em razão de sua fundamentação ou estruturação, o processo há sempre de ser constitucional.¹³

Não resta dúvida, portanto, principalmente em razão do princípio da supremacia constitucional, sobre a possibilidade de aplicação do modelo constitucional de processo nos procedimentos públicos (ou até privados) de tomadas de decisões, possibilitando a participação e influência de todos aqueles que serão afetados pela decisão.

Garante-se aos cidadãos, ainda em decorrência da relação constituição-processo, e como viga mestra do processo constitucional, o devido processo legal, importante garantia fundamental, também compreendida no Estado Democrático de Direito a partir de uma interpretação sistemática do arcabouço principiológico explícito no texto da Constituição Federal. Assim, ao se tratar da importância do processo constitucional como garantia de direitos fundamentais, necessário fazer digressões acerca da sua viga mestra, porque ela reflete muito bem os enunciados sistemáticos da metodologia garantidora de direitos fundamentais que se pretende ressaltar.

4 O DEVIDO PROCESSO LEGAL: uma abordagem a partir do Estado Democrático de Direito.

O texto constitucional brasileiro vigente consagrou a garantia do devido processo legal pelo conteúdo normativo de seu artigo 5º, inciso LIV, “Ninguém será privado da liberdade nem de seus bens sem o devido processo legal”. Todavia, a nossa Carta Política não define o que é o Devido Processo Legal. Cabe, portanto, à doutrina, conceituar a mencionada garantia constitucional.

Com efeito, entende-se que o Devido Processo Legal possui um conceito aberto, sendo que sua definição é variável de acordo com o modelo jurídico-constitucional de estado¹⁴ e, por conseguinte, com o conceito de processo adotado. Assim, é preciso que se faça uma

¹³ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 211-215.

¹⁴ Os manuais de Direito Constitucional arrolam como sendo três os paradigmas jurídicos do Estado de Direito: Estado Liberal, Social e Democrático de Direito. Por todos, Ver: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p 61-70; DEL NEGRI, André. *Teoria da constituição e do direito constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 64-74.

reconstrução teórica da garantia em questão, a partir dos Estados Liberal, Social até se chegar ao Democrático de Direito.

Nessa perspectiva, inicia-se a abordagem proposta pelo Estado Liberal, que é marcado pelo individualismo liberal-burguês, sobretudo nos aspectos econômicos, contentando-se apenas com uma formal positivação de direitos individuais, sem, contudo, preocupar com mecanismos para efetivá-los, até porque o idealismo que imperava era a mínima intervenção possível do Estado na vida privada dos cidadãos, em especial no setor econômico¹⁵. Assim, o processo era compreendido como mero meio de resolução de conflito¹⁶, por influência dos princípios dispositivos e da igualdade formal. O primeiro referia-se ao poder exclusivo das partes de requerer e delimitar o objeto da tutela jurisdicional, o que vinculava o juiz às iniciativas das partes. O segundo consistente na pressuposição de inexistência de desigualdades entre as partes. Havia, no contexto liberal, um protagonismo das partes, vez que o magistrado figurava como um espectador imparcial, sem qualquer interferência, incumbindo-lhe tão somente o respeito às normas processuais consideradas à época, ‘*formalidades*’. Daí falou-se em jogo entre as partes ou entre senhores.¹⁷

Assim, o conceito de devido processo legal atrelava-se e era delimitado pela iniciativa dos envolvidos, não se permitia qualquer interferência de terceiros (como o juiz), a ponto de as próprias partes controlarem os prazos processuais e a lei fixar os métodos de apreciação de provas. Logo, o devido processo legal era confundido com devido procedimento legal (série de atos processuais conexos entre si e estabelecidos por lei), determinando apenas o estrito respeito a esta estrutura técnico-normativa previamente estabelecida.

¹⁵ DEL NEGRI, André. *Teoria da constituição e do direito constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 65-69 e *Controle de constitucionalidade no Processo Legislativo: teoria da legitimidade democrática*. Belo Horizonte. 2ª ed. Fórum, 2008, p. 30-34; BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 228-232.

¹⁶ BARROS, Flaviane de Magalhães. *O paradigma do Estado Democrático de Direito e as Teorias do Processo. VirtuaJus, Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 1, n. ano 3, 2004. A propósito, importa destacar que no contexto histórico-teórico do Estado Liberal (séculos XVIII e XIX) são enunciadas as teorias do processo como contrato, tendo como principal expoente Pothier, em data aproximada do ano de 1800, preconizando que o processo era “*contrato privado por meio do qual os litigantes tinham a faculdade de escolher o juiz como árbitro que, para ver sua decisão ganha força coercitiva, necessitava de aprovação das Partes*”, e como quase-contrato, teoria essa defendida por Savigny e Guényvau (1850), na qual a nomenclatura ‘quase-contrato’ é explicada pelo critério da exclusão de institutos civilísticos, eis que o processo não era contrato porque não necessitava de prévia aceitação do réu. Não sendo também ‘delito’, nem mesmo ‘quase-delito’. Ver: DEL NEGRI, André. *Controle de constitucionalidade no Processo Legislativo: teoria da legitimidade democrática*. Belo Horizonte. 2ª ed. Fórum, 2008, p. 90-92 e *Processo constitucional e decisão interna corporis*. Belo Horizonte: Fórum. 2011, p. 35. Ressalta-se ainda o aprofundamento empreendido por Rosemiro Leal, ao apontar as lições de Rousseau como base teórico-filosófica das referidas teorias, máxime a de autoria de Pothier, quando afirma que, “*o processo era um contrato acessório ao hipotético contrato social livremente estabelecido pelos homens para a convivência e solução pacífica de seus conflitos.*” (*Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 8ª ed. São Paulo: Forense, 2009. p. 77-78, 284-285.

¹⁷ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 55-77.

Entretanto, em razão do aumento das desigualdades ocorrido pelo abstencionismo estatal e sua incapacidade de resolver os problemas sócio-político-econômicos, desponta-se como solução contra o individualismo, o intervencionismo do Estado e o reconhecimento de inúmeros de direitos sociais¹⁸. Com efeito, no âmbito processual, em virtude do fracasso do liberalismo processual, pois esse sistema privilegiava a parte mais hábil e esperta, causando, dessa forma, dano à outra parte, buscou-se uma nova perspectiva teórica com base nas críticas aos problemas degeneratórios do sistema processual liberal. Desponta-se, então, no contexto do paradigma social do direito, o socialismo processual,¹⁹ quando no Brasil, a partir dos enunciados da teoria do processo como relação jurídica entre juiz, autor e réu, de Oscar Von Bülow, desenvolveram-se estudos acerca dessa teoria, inclusive, sofisticando-a, com destaque para Cândido Rangel Dinamarco²⁰.

Para o autor brasileiro, o processo teria escopos jurídicos, políticos, sociais e éticos a serem alcançados, casuisticamente, pelo juiz, o que exige grande interferência deste, considerado como uma “super-parte”²¹, a qual autor e réu estariam subordinados. Dessa forma, verifica-se no eixo do socialismo do processual que o devido processo legal não exige só o estrito cumprimento do procedimento, visto que a ele é acrescido o atributo dos escopos metajurídicos do processo. Para tanto, adota-se a prática de se conferir poderes aos magistrados, em preterição das garantias dos litigantes, com vistas a alcançar tais objetivos, suprimindo os pontos falhos do ordenamento jurídicos, o que resultaria numa pretensa pacificação social.²²

No entanto, com o movimento neoconstitucionalista desenvolvido a partir do pós-guerra, passou-se a era do Constitucionalismo-Democrático. E, nessa esteira, a Constituição brasileira de 1988 instituiu o Estado Democrático de Direito, elevando o processo à categoria de garantia fundamental. O modelo jurídico-constitucional de Estado brasileiro é, portanto,

¹⁸ DEL NEGRI, André. *Teoria da constituição e do direito constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 69-72 e *Controle de constitucionalidade no Processo Legislativo: teoria da legitimidade democrática*. Belo Horizonte. 2ª ed. Fórum, 2008, p. 34-39; BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 236-237; BARROS, Flaviane de Magalhães. *O paradigma do Estado Democrático de Direito e as Teorias do Processo*. VirtuaJus. Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, v. 1, n. ano 3, 2004.

¹⁹ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 77. Nesse marco, louvando-se nos escritos de André Leal, sublinha Del Negri, “o juiz era o guardião do Direito e o Judiciário passou assumir um dos papéis centrais na sociedade, a lado Executivo. Destaque-se que isso levou ao entendimento de que o juiz, representando um Estado preocupado com o bem-estar coletivo, caberia impor seu conhecimento e senso de justiça para corrigir as agruras dos desequilíbrios sociais, ainda que tal implicasse inobservância dos textos legais” (*Processo constitucional e decisão interna corporis*. Belo Horizonte; Fórum, 2011, p. 36).

²⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

²¹ BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do processo penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas leis n. 11.690/08 e n. 11.719/08*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 10-16.

²² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

“Democrático de Direito”, que, a seu turno, caracteriza-se pela junção dos princípios do Estado de Direito e da democracia. Em explicação sintética, pode afirmar-se que o primeiro é aquele Estado que, nas relações com os seus súditos (povo), submete-se ao regime jurídico, o qual, por um lado, regula as atividades estatais, e noutro sentido, outorga aos indivíduos direitos e liberdades fundamentais, além de prescrever previamente mecanismos aptos a satisfação de seus interesses e realização dos fins do Estado. Cabe aqui a síntese conclusiva de Brêtas de C. Dias feita com base nas lições de Carré de Malberg: “*Estado de Direito é aquele que, a um só tempo, no seu ordenamento jurídico prescreve relativas ao exercício do poder do Estado [...]*”, mas havendo qualquer excesso ou exercício irregular desse poder, de modo a causar lesão a direitos individuais, o Estado de Direito também garante “[...] *aos indivíduos, como sanção dessas regras, o poder jurídico de atuarem perante um órgão jurisdicional.*” Já quando ao princípio da democracia, este se vincula à ideia de legitimação do domínio político e do poder pelo povo (“*todo o poder emana do povo que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente*” – § único do artigo 1º da CF/88). Nesse passo, esses dois princípios são albergados conjuntamente pelas normas constitucionais brasileiras atinentes à liberdade dos indivíduos, consoante explicação seguinte de Brêtas C. Dias:

[...] a democracia proclama o respeito aos chamados direitos de liberdade democrática, quais sejam, liberdade de opinião, liberdade de imprensa, liberdade de informa e liberdade de reunião e associação das pessoas. Esses direitos são também fim e conteúdo do Estado de Direito ²³

Nesse eixo teórico, uma pergunta urge ser respondida: qual seria o conceito de Devido Processo Legal nessa perspectiva constitucional-Democrático?

Antes de responder a essa pergunta, importa destacar que, no Estado Democrático, compreende-se o processo enquanto garantia constitucional constitutiva de direitos fundamentais, numa relação de codependência.²⁴

Esses direitos e garantias fundamentais formam (fazem parte de) um arcabouço principiológico ou, no dizer de Brêtas C. Dias “*bloco aglutinante e compacto*”²⁵, esculpido nos conteúdos normativos do artigo 5º *caput* e incisos II, XXXIV, XXXV, XXXVII, LIII, LIV, LV e LXXVII; do artigo 93, incisos IX e X; e dos artigos 133 e 134, todos da Constituição Federal.

²³ *Processo constitucional e estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 48-65.

²⁴ BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do processo penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas leis n. 11.690/08 e n. 11.719/08*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

²⁵ *Processo constitucional e estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p 125.

Em síntese conclusiva, na égide do Estado Democrático de Direito, compreende-se que devido processo legal é garantia constitucional que se caracteriza pelos princípios, estes, por sua vez, inferidos dos direitos e garantias fundamentais à isonomia, ao contraditório, à ampla defesa, enquanto direito à ampla argumentação²⁶, (que inclui o direito à indispensável presença do advogado ou defensor público), à inafastabilidade da prestação jurisdicional ('*acesso à justiça*'); ao juízo natural, ao direito de ação, à imposição de fundamentação das decisões e à razoável duração do processo e os meios para sua célere tramitação, mediante processo sem dilações indevidas²⁷. Não se pode deixar de lembrar que a garantia em questão presta-se a possibilitar a participação dos envolvidos (partes, isto é, aqueles que sofrerão os efeitos do provimento estatal) na construção compartilhada das decisões (sentença, interlocutórias e acórdão) e na fiscalização incessante – (re)construção (realização) – do ordenamento jurídico vigente.²⁸

Sublinhe-se que essa ideia de devido processo legal em perspectiva democrática, de modo a possibilitar a participação dos envolvidos na construção dos atos decisórios que incidirão sobre a esfera jurídica daqueles, assim como a compreensão do devido processo como instrumento de fiscalização – (re)construção (realização) – permanente do ordenamento jurídico, reclama uma interpretação (aplicação) em consonância como o Estado Democrático de Direito, com vistas a estruturar uma metodologia de garantia de direitos fundamentais.

5 DA INTERPRETAÇÃO DEMOCRÁTICA DOS ELEMENTOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.

A necessidade de se chamar a atenção para a interpretação da principiologia do devido processo, bem como da sua importância, dá-se em decorrência da existência de inúmeras leis anteriores ao constitucionalismo democrático instituído em 05 de outubro de 1988 e pela insistência de um grande número de reconhecidos autores²⁹ em escrever obras defendendo que a aplicação das leis se dê pela clarividência, pelo saber solitário e magnânimo dos magistrados, ou seja, pelo solipsismo.

Em razão disso, o que se propõe é fazer apontamentos acerca dos princípios do

²⁶ BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do processo penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas leis n. 11.690/08 e n. 11.719/08*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

²⁷ Conforme já citado, a conclusão ora apresentada louva-se nas lições de BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. *Processo constitucional e estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p 123-125.

²⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

²⁹ Por todos, conferir: ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007; DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

contraditório, da ampla defesa (que inclui a indispensabilidade da presença do advogado ou defensor público), da inafastabilidade da prestação jurisdicional (direito fundamental à jurisdição); do direito-de-ação, da imposição de fundamentação das decisões, a fim de conceituar melhor o instituto do devido processo legal, teorizando-o ao máximo e destacando para a necessidade de compreendê-lo adequadamente no marco Constitucional-Democrático³⁰.

5.1 O contraditório no processo constitucional democrático.

Dentre os direitos e garantias fundamentais arrolados, destaca-se o contraditório, haja vista sua relevância na teoria do processo e seus desdobramentos (conexão) com outras garantias, especialmente com o devido processo legal, da qual é viga mestra. Logo, inicia-se a digressão seguinte realçando sua importância e moderna compreensão na perspectiva do processo constitucional democrático, o que requer incursões, ao menos introdutória, à teoria fazzalariana, sobretudo no que concerne distinção entre processo e procedimento.

5.1.1 Incursões introdutórias à teoria fazzalariana do processo

O processualista italiano ElioFazzalari enunciou uma teoria do processo, cuja base teórica de seu ensinamento reside na distinção lógico-inclusiva³¹ entre processo e

³⁰ Importa destacar que não se abordará o direito fundamental à razoável duração do processo somente em razão do limite extensivo deste trabalho monográfico, mas é preciso deixar registrado a sua importância, indicando para quem quiser saber sobre o assunto os seguintes textos: BRÉTAS C. DIAS, Ronaldo. *Processo constitucional e estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, Cap. 4, p. 147-165; TAVARES, Fernando Horta. Tempo e Processo. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). *O Brasil que queremos: reflexão sobre o Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: PUCMINAS, 2006, p. 585-626; MELO, Gustavo de Medeiros. A tutela adequada na reforma constitucional de 2004. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 30, n. 124, p. 76-110, jun. 2005; MARINONI, Luiz Guilherme. Direito fundamental á duração razoável do processo. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 10, n. 51, p. 42-60, set. 2008. Este texto traz interessante abordagem, embora precise de alguns reparos tendo em vista a linha instrumentalista que seu autor segue, ao analisar os diferentes deveres trazidos pela garantia da razoável duração do processo a cada função (jurisdicional, legiferante e administrativa ou governativa) estatal. Fez-se a mesma abordagem que Marinoni, porém no marco do processo do processo como garantia constitutiva de direitos fundamentais (PINHEIRO, Guilherme César. As reformas processuais e o devido processo legal: incursões sobre a razoável duração do procedimento e a efetividade processual no Processo Democrático. *Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização* (Brasília. Impresso), v. 8, p. 77-116, 2º sem/2011).

³¹ Segundo Aroldo Plínio Gonçalves, Fazzalari empreende tal distinção em contraposição às lições da teoria do processo como relação jurídica, vez que esta adotou o critério teleológico para distinguir processo do procedimento, atribuindo finalidades a aquele, a saber: meio de realização (atuação) da jurisdição, meio de exercício do poder do Estado, o que não ocorre com o procedimento, que é compreendido, na referido teoria, como mera formalidade, sucessão de atos, prescindindo de qualquer finalidade, podendo ser tanto uma técnica, quanto como atos de uma técnica, ou também ordenação de uma técnica. (*Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 64-65). Cattoni de Oliveira anota que esse critério é a base para se compreender o processo como instrumento da jurisdição. (*Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte:

procedimento. Este, que é o “gênero”, consiste em uma série de normas, atos e posições subjetivas, cada uma das quais reguladora de uma determinada conduta, qualificada como obrigação (dever) ou direito (faculdade ou permissão), conforme a posição subjetiva do sujeito de direito em relação à norma, que pressupõe o cumprimento de uma atividade regulada por outra norma desta série; tudo isso destinado à formação do provimento ou de mero ato do Estado.³² Em sendo posição subjetiva a relação entre a norma e o sujeito participante do procedimento, relação essa que define se a conduta do sujeito processual é uma faculdade ou uma obrigação, consoante leitura de Aroldo Plínio Gonçalves³³. Nessa perspectiva, o processo é visto com espécie do gênero procedimento, podendo ser dele distinguido por um elemento específico: o contraditório. Este é compreendido como a possibilidade dos destinatários do provimento participarem de modo a influenciar na construção deste. O processo é, então, um procedimento em que os destinatários do provimento participam de forma especial, em contraditório, na preparação do ato do Estado, de caráter imperativo que produzirá efeitos nas esferas jurídicas de seus destinatários (aqueles que participaram em contraditório de sua formação). É, portanto, a partir desse conceito de procedimento que se extrai um novo conceito de processo. Fazzalari incluiu o processo na classe do procedimento caracterizando-o pelo elemento do contraditório, entendido como a possibilidade dos destinatários do provimento de participarem de modo a influenciar na construção deste, seja ele final ou interlocutório. Em síntese, nos dizeres do próprio autor:

Existe, em resumo, o “processo”, então, quando, em uma ou mais fases do *iter* de formação de um ato é contemplada a participação não só – e obviamente – do seu autor, mas também dos destinatários dos seus efeitos, em contraditório, de modo que eles possam desenvolver atividades que o autor do provimento deve determinar, e cujos resultados ele pode desatender, mas não ignorar.³⁴

Vê-se, assim, que o contraditório é o elemento caracterizador do processo no eixo da teoria fazzalariana. Logo, é possível afirmar que há procedimento sem contraditório, mas é impossível haver processo sem contraditório. Exemplificando: o procedimento com o intuito de se conseguir a expedição de Carteira Nacional Habilitação não contém em sua estruturação técnica a presença do contraditório sem, contudo, deixar de ser procedimento (estrutura

Mandamentos, 2001, p. 191-192). Igualmente interessante é a apropriação da distinção entre processo e procedimento pelo critério lógico-inclusivo feita por Del Negri para explicar como se estrutura no direito brasileiro as noções de processo e procedimento legislativo (*Processo constitucional e decisão interna corporis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 83-86; *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 1089-156.).

³² FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Campinas: Bookseller, 2006. p.113-114.

³³ *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 102-103.

³⁴ *Instituições de direito processual*. Campinas: Bookseller, 2006. p. 120. Ver também: GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 68.

técnico-normativa que estabelece uma série atos conexos entre si, a fim de preparar um provimento). Já quando se trata de processo, o contraditório é inerente a este, pois é seu referente lógico-jurídico que possibilita a dialogicidade entre os interlocutores (partes) na preparação do provimento no *iter* procedimental em que apresentam pretensão ou resistência, consoante destaca Rosemiro Pereira Leal.³⁵

Essas ideias além de esclarecerem a distinção do procedimento em face do processo, possibilitam compreender este por um viés democrático-participativo, ao contrário das teorias antecedentes³⁶, sobretudo a teoria do processo como relação jurídica entre juiz, autor e réu³⁷. Dessa forma, mister compreender bem a acepção moderna de contraditório sob a ótica do processo constitucional.

5.1.2 O contraditório como garantia de influência e não surpresa

Nesse eixo teórico enunciativo da diferença entre processo e procedimento pelo critério lógico-inclusivo, o contraditório não mais pode ser compreendido apenas como bilateralidade de audiência, assentado no binômio ciência e participação, cuja origem é a expressão latina *'audita altera pars'*, nem como o “dizer” e o “contradizer” acerca dos pontos controvertidos da demanda, o que pode ser melhor denominado de “*pseudo contraditório*”, mas sim,

³⁵ *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 8. ed.. São Paulo: Forense, 2009, p. 97.

³⁶ Sobre as Teorias do Processo na História do Direito, Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 8. ed. São Paulo: Forense, 2009, p.77-92, oportunidade em que o autor faz descrições-críticas às teorias do processo como contrato de Pothier (1800); do processo como quase-contrato de Savigny e Guényvau (1850); do processo como relação jurídica de Bülow (1868); do processo como situação jurídica de Goldschmidt (1925); do processo como instituição de Guasp (1940); do processo como procedimento em contraditório de Fazzalari; além da teoria constitucionalista do processo, assim como apresenta (propõe) sua Teoria do Processo, a qual, é designada de Neoinstitucionalista. Ver também: DEL NEGRI, André. *Controle de constitucionalidade no Processo Legislativo: teoria da legitimidade democrática*. 2ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 89-108.

³⁷ O contraponto usado por Fazzalari, como já dito, foi a teoria relacionista do processo, em especial o critério teleológico para distinguir processo do procedimento, já ressaltado acima, além da estruturação procedimental a partir de relações jurídicas entre o autor, réu e o juiz, nas quais haveria vínculos de subordinação do réu para com o autor e de ambos para com o juiz. Em sentido contrário, o processualista italiano constrói a estrutura do procedimento tendo em vista a noção de posições subjetivas, das quais se verificaria a determinação (deveres) ou permissão (faculdade) para práticas de atos das partes ou deveres (em decorrência da função judicante) para o magistrado. As noções fazzalarianas são adequadas ao Estado Democrático de Direito, pois este não trabalha com vínculo de poder entre pessoas ou entre estas e o próprio Estado. Muito pelo contrário, nesse modelo de Estado, só o povo tem poder, que pode ser exercido por outrem somente se havendo norma democraticamente criada que autorize e limite tal exercício. Em razão disso, equivocou-se Zaneti Júnior ao afirmar que a teoria de Fazzalari é inadequada ao Direito brasileiro. E assim o fez porque esta propõe uma estrutura procedimental muito lógica que vincula o provimento à estrutura do procedimento, o que impediria de o juiz exercer atividade criativa o direito, consoante destaca Hermes Zaneti Júnior (*Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p.189-201) Todavia, conforme ressaltado neste trabalho, não é adequado ao constitucionalismo brasileiro é a atividade criativa do direito pelo juiz.

enquanto garantia de influenciar ativamente e de forma efetiva na construção das decisões (sentença, acórdão ou interlocutórias). Assim são as lições de Aroldo Plínio Gonçalves:

O contraditório não é o “dizer” e o “contradizer” sobre matéria controvertida, não é a discussão que se trava no processo sobre a relação de direito material, não é a polêmica que desenvolve em torno dos interesses divergentes sobre o conteúdo do ato final. Essa é a sua matéria, o seu conteúdo possível. O contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a igualdade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante. É essa igualdade de oportunidade que compõe a essência do contraditório enquanto garantia de simétrica paridade de participação no processo.³⁸

Com efeito, por consequência dessa moderna compreensão de contraditório significando direito a influenciar o magistrado na construção do provimento, agrega-se ao princípio em questão mais uma garantia, tendo em vista sua correlação com a fundamentação das decisões, saber: a garantia da não surpresa. Esta, por sua vez, veda que o juiz motive suas decisões com argumentos não suscitados pelas partes, o que impõe o dever de o autor do provimento provocar o debate acerca de todas as questões relevantes para a solução do caso, inclusive as matérias de conhecimento oficioso, conforme preceitos da legislação estrangeira - art. 16 do Novo Código de Processo Civil da França; § 139 da ZPO alemã; art. 3, item 3, do Código de Processo Civil de Portugal. Em razão disso, o contraditório vem sendo concebido como garantia de influência e não surpresa.³⁹ Compreensão essa, sublinhe-se, foi abarcada pelo artigo 10 do Projeto de Lei nº 8.046/2010 novo Código de Processo Civil brasileiro (“o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestas, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício”).

Em direito processual democrático, o contraditório é a garantia de oportunidade dos envolvidos (aqueles que sofrerão os efeitos do provimento final ou interlocutório) de participarem de forma influente e discursiva na construção do provimento, de sorte a imprimir legitimidade e racionalidade a este, além de impedir o proferimento de decisões surpresas.

É inegável que a acepção de contraditório como garantia de influência e não surpresa mostra-se intimamente relacionada com a imposição de fundamentação das decisões pelos magistrados, vez que a efetividade do contraditório será alcançada tão-somente se os argumentos trazidos pelos envolvidos para o espaço-tempo procedimental discursivo forem considerados ao se motivar a *decisum*. Logo, a fundamentação das decisões deve,

³⁸Técnica processual e teoria do processo. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 127.

³⁹ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 224-239.

essencialmente, percorrer todo o conteúdo do contraditório.

A propósito da indissociável correlação entre o contraditório e a fundamentação das decisões, enunciam-se classificações ao exercício daquele (modalidades de contraditório), tais como contraditório *antecipado, ex ante, prévio* ou *preventivo*; ou *postergado, diferido, sucessivo, postecipado* ou *ex post (impróprio)*⁴⁰, em que no primeiro grupo os modos de exercícios do contraditório se caracterizariam pela possibilidade de participação dialógica dos envolvidos na construção do provimento futuro, enquanto no segundo grupo refere-se às hipóteses de manifestação como forma de controle e eficácia do provimento após proferimento deste. Todavia, na perspectiva de contraditório como garantia de influência e não surpresa, que é indissociável da ideia de fundamentação racional e legítima das decisões, os classificados exercícios *postergado, diferido* e *sucessivo* do contraditório, só para citar os mais repetidos, são, a rigor, uma *contradictio in terminis*. Lado outro, as expressões ‘*contraditório prévio ou antecipado*’ mostram-se pleonásticas, porque, conforme exaustivamente descrito, o contraditório na vertente aqui já destacada sempre será precedente ao ato decisório (seja interlocutório ou final), não se justificando afirmar que se pode utilizar do instituto do recurso, seja qual for sua espécie, para se criar um espaço-tempo procedimental para seu exercício sucessivo no juízo *ad quem*, nas hipóteses do juízo *a quo* não ter se manifestado acerca de questões debatidas pelas partes, ou tiver conhecido alguma matéria de ofício sem a prévia oitiva dos interessados⁴¹, pois a inobservância do princípio em comento há de implicar invalidade da decisão recorrida, não podendo sofrer posterior convalidação⁴². Admite-se, no entanto, apenas nas hipóteses de “*tutelas de urgências*” para a

⁴⁰ Por todos, conferir: ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 195; e NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e não surpresa: In TAVARES, Fernando Horta (Org.). *Constituição, Direito e Processo: Princípios Constitucionais do Processo*. Curitiba: Juruá Editora, 2007, p. 156-158

⁴¹ NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e não surpresa: In TAVARES, Fernando Horta (Org.). *Constituição, Direito e Processo: Princípios Constitucionais do Processo*. Curitiba: Juruá Editora, 2007, p.158.

⁴² Avoca-se aqui doutrina de Lenio Streck que afirma: “*Tudo isso deve ser compreendido a partir daquilo que venho denominando de “uma fundamentação da fundamentação”, traduzida por uma radical aplicação do art. 93, IX, da Constituição. Por isso é que uma decisão mal fundamentada não é sanável por embargos (sic); antes disso, há uma inconstitucionalidade ab ovo, que a torna nula, írrita, nenhuma! Aliás, é incrível que, em havendo dispositivo constitucional tornando a fundamentação um direito fundamental[...]” (STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 109) . Isso porque em outro texto o mesmo autor complementa “[...] não há embargos declaratório que possa, posteriormente à decisão, restabelecer aquilo que é a sua condição de possibilidade: o fundamento do compreendido.” (Hermenêutica, Constituição e Processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA Marcelo Andrade. (Org.) *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático*. 2009, p.17. Cabe lembrar ainda o posicionamento de André Cordeiro Leal, “*Mais do que garantia de participação das partes em simétrica paridade, portanto, o contraditório deve efetivamente ser entrelaçado com o princípio (requisito) da fundamentação das decisões de forma a gerar bases argumentativas acerca dos fatos e do direito**

satisfação de direitos fundamentais, concedidas *inaudita altera par*, pois quanto a estes, a Constituição é título executivo extrajudicial dotado, portanto, de liquidez, certeza e exigibilidade, havendo, assim, justificativa constitucional para a inobservância do contraditório⁴³ ou nos casos em que a ciência da parte acarretar perigo, concretamente demonstrado, de ineficácia de tutela.

Mas as implicações da moderna acepção de contraditório não para por aí. É igualmente possível repensar as noções de “ação” e ampla defesa a partir da teoria do processo como procedimento em contraditório.

5.2 A ação e a ampla defesa no processo constitucional

Ao se tratar da temática “ação”, ou “direito de ação”, impossível não mencionar a célebre controvérsia entre dois professores alemães (Windscheid e Muther) que deram origem aos estudos, no ano de 1856, em perspectiva publicizante ao conceito de ação, dissociando-o do direito material. Com efeito, narra Brêtas C. Dias que Windscheid intenta diferenciar pretensão da ação, sob a alegação de que esta seria um ato pelo qual se impõe pretensão (*anspruch*) em juízo, enquanto a pretensão se caracterizaria pela possibilidade de exigência de subordinar interesse alheio ao interesse próprio⁴⁴.

Ainda em perspectiva de perpasso histórico, antes de se passar ao estudo da contribuição fazzalariana, podem ser destacada, as seguintes outras teorias que tentaram definir esse importantíssimo elemento do direito processual, tais como: a teoria imanentista de Savigny (1840), que preconizava ser o direito material imanente à ação, ou seja, haveria para cada direito material uma ação correspondente⁴⁵; a teoria da ação como direito autônomo e

debatido para a motivação e das decisões. Uma decisão que desconsidere, ao seu embasamento, os argumentos produzidos pelas partes no iter procedimental será inconstitucional e, a rigor, não será sequer pronunciamento jurisdicional, tendo em vista que lhe faltaria a necessária legitimidade democrática.” (O contraditório e a fundamentação das decisões jurisdicionais do direito processual democrático. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p.105).

⁴³ LEAL, Rosemiro Pereira. *Relativização inconstitucional da coisa julgada: temática processual e reflexões jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 23-32; RIBEIRO, Ana Lúcia. *A tutela antecipada inaudita altera parte no Estado Democrático de Direito*. 2009. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, p. 82-99.

⁴⁴ *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p 77-78. Mais sobre a controvérsia entre Windscheid e Muther, conferir BARROS, Flaviane de Magalhães. *O processo, a jurisdição e ação sob a ótica de Elio Fazzalari*. VirtuaJus (Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito/PUC, Belo Horizonte, v. ano 2, p. 01-29, 2003. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 133-135.

⁴⁵ BARROS, Flaviane de Magalhães; CARVALHO, Marius Fernando Cunha de; GUIMARÃES, Natália Chernicharo. O princípio da ampla defesa: uma reconstrução a partir do paradigma do estado democrático de direito. *Provocações*, Sete Lagoas, MG, n. 2, p. 35-51, jan./dez. 2006. Em estudo sobre o ciclo histórico da Ação, no que diz respeito a teoria imanentista, Rosemiro Pereira Leal conclui que: “Assim, para essa escola, o

concreto de Wach (1860-1870), autônomo, uma vez que o direito material não seria pressuposto da ação, mas esta só existiria nos casos em que houvesse sentença favorável ao autor, daí falou-se em direito concreto⁴⁶; tangente a essa se encontra a teoria de Chiovenda, que concebia a ação como um direito potestativo, isto é, seria a ação um direito autônomo, ou melhor, nesse caso, um poder pelo qual se pretenderia fazer valer em juízo um direito material contra outrem que nada poderia fazer.⁴⁷ Para Degenkolb e Plosz (1877), a ação deve ser entendida como direito público, autônomo e abstrato, o que pode ser entendido, segundo Rosemiro Pereira Leal, como direito incondicionado de movimentar à jurisdicional. Destaca-se que este autor, na proposição da moderna teoria neoinstitucionalista, grafa a expressão “direito de ação” de forma infenizada: “*direito-de-ação*”, a fim de diferenciá-la das outras teorias e frisar o seu caráter de direito constitucional⁴⁸.

Voltando ao ponto proposto, Fazzalari ofereceu à ciência processual, ainda na estruturação da teoria do processo como procedimento realizado em contraditório entre as partes, uma reelaboração do conceito do direito de ação, pois os existentes a sua época, ainda se mostravam arraigados à teoria do processo como relação jurídica entre pessoas, por trabalharem com vínculo de sujeição – *direito potestativo* – (Chiovenda) ou limitar o direito de ação ao simples de direito de movimentar a jurisdição⁴⁹. Nesse sentido, Fazzalari propõe uma revisão ao direito de ação a partir do critério da “*legitimação para agir*”⁵⁰ no seu duplo aspecto, qual seja: “*situação legitimante*” e “*situação legitimada*”. Esta se refere ao poder, ou a faculdade, ou ao dever – ou uma série deles – de prática de atos processuais, que, por consequência, incumbe à pessoa identificada pela situação legitimante, que é o aspecto da legitimação para agir pelo qual se determina qual a pessoa que, concretamente, pode e/ou deve cumprir certo ato. Com efeito, o provimento jurisdicional pleiteado e os sujeitos sobre os quais incidirão os efeitos deste, é que possibilitam definir quem são os legitimados a participarem, em contraditório, da preparação do provimento, visto que a legitimação para

direito material (bem da vida jurídica) era imanente à ação para exercê-lo, o que queria dizer que ação e direito material surgiam de modo geminado, não sendo possível separá-los” (Teoria geral do processo: primeiros estudos. 8. ed. São Paulo: Forense, 2009. p. 130).

⁴⁶Teoria geral do processo: primeiros estudos. 8. ed. São Paulo: Forense, 2009, p. 130-131.

⁴⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 269.

⁴⁸Teoria geral do processo: primeiros estudos. 8. ed. São Paulo: Forense, 2009, p. 131-132.

⁴⁹ BARROS, Flaviane de Magalhães. O processo, a jurisdição e ação sob a ótica de Elio Fazzalari. *Virtuajus. Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito/PUC (MG)*, Belo Horizonte, v. ano 2, p. 01-29, 2003.

⁵⁰Importar anota a acepção de legitimação na vertente neoinstitucionalista do processo: “O “legitimado ao processo” no paradigma do Estado brasileiro é o que tem acesso (pro-acesso-processo), por um direito fundante de seu próprio sujeito, à fruição de uma linguagem jurídica que lhe seja auto-includente, como parceiro (parte) de um sistema normativo. (LEAL, Rosemiro Pereira. Modelos processuais e constituição democrática. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA Marcelo Andrade. (Org.) *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático*. 2009, p. 290-291).

agir, no seu aspecto de situação legitimante, identifica a quem incumbe a faculdade ou dever da prática dos atos processuais de construção do provimento⁵¹.

Assim, sob a perspectiva da legitimação para agir, especialmente sobre o aspecto da situação legitimada, reformula-se o conceito de ação como uma série de posições subjetivas, as quais determinam (obrigam) ou permitem (conferem faculdade) que os diferentes sujeitos do processo (autor, réu ou, eventualmente, terceiros intervenientes) pratiquem atos processuais em toda a estrutura procedimento realizado em contraditório.

Em que pese o seu evidente ganho teórico, a teoria fazzalariana mostra-se insuficiente por não ressaltar o caráter constitucional do direito de ação, o que, ao contrário, é destacado, anota Brêtas C. Dias, por Eduardo Couture, ao considerar ação como “*espécie*” do “*gênero*” direito constitucionalizado de petição que, a seu turno, assegura às pessoas jurídicas ou naturais a faculdade de pleitearem do Estado a prestação da atividade jurisdicional (direito fundamental à jurisdição), sob a regência inafastável metodologia normativa do devido processo legal:

Inspirando-nos nas doutrinas até colacionadas e levando em conta o princípio da supremacia da Constituição, do qual emerge a garantia fundamental do devido processo constitucional, entendemos que, em sentido jurídico amplo, ação, espécie do gênero direito de petição, é direito constitucionalmente assegurado a qualquer pessoa (natural ou jurídica, de direito público ou de direito privado), exercido contra o Estado, consistindo em lhe exigir seja prestada a jurisdição, tendo por base a instauração de um processo legal e previamente organizado, segundo o devido processo constitucional, no qual se postulará decisão sobre uma pretensão de direito material (Constituição Federal, art. 5º inciso XXXIV, alínea a, e incisos XXXV, LIV e LV).⁵²

Como dito, a proposta do conceito de ação em Fazzalari trouxe um ganho teórico ao elucidar que o direito de ação não se esgotaria da proposição da demanda ou instauração do procedimento nem seria apenas “*direito subjetivo de uma parte*”, mas compreenderia uma série complexa de atos processuais (extraídos de diversas posições subjetivas) desenvolvidos em todo o procedimento realizado em contraditório. Logo, é possível empreender uma releitura ao direito à ampla defesa⁵³, pois, assim, se afastaria a noção pandectista de que este seria um paralelo ao direito de ação, este do autor e aquele do réu. Isso se faz ampliando as implicações do conteúdo teórico da moderna compreensão do contraditório e interagindo-as

⁵¹ FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Campinas: Bookseller, 2006, p. 369-370.

⁵² *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 82.

⁵³ Fernando Lage Toletino afirma que importantes autores brasileiros (José Frederico Marques, Moacyr Amaral Santos, Ovídio Batista, Ney Junior, Dinamarco, Greco Filho e Rui Portanova), por estarem arraigados a concepção pandectista da ação, não desenvolvem o conceito de ampla defesa, ou trabalham ampla defesa com direito apenas do réu como paralelo ao contraditório (ver. Ampla defesa e direito ao advogado: da necessidade de participação do advogado para o livre e amplo exercício da defesa.. In: Fernando Horta Tavares. (Org.). *Constituição, Direito e Processo: princípios constitucionais do processo*. Curitiba: Juruá Editora, 2007, p. 186).

como a revisão de conceito de ação feita por Fazzalari⁵⁴, porque a partir da relação do contraditório com a ampla defesa, esta pressupõe possibilidade ampla de deduzir *argumentos* acerca dos *pontos* ou das *questões* da pretensão ou resistência discutidas no *iter* procedimental⁵⁵, mas assegura também a participação nos atos de produção de provas. Nesse sentido, assevera Tolentino, “[...] *ampla defesa objetiva resguardar ao autor, ao réu e a possíveis interessados, que participam em regime de contraditório, o direito de produzir provas e argumentos que visem fundamentar suas teses.*”⁵⁶

Com isso, garante-se a participação em todos os atos referentes à construção dos elementos probatórios. A defesa, em direito, pressupõe oportunidade de ampla argumentação e produção de provas. Dito de forma simples, ampla defesa, como ampla argumentação, é o direito tanto do autor quanto do réu, de argumentar e provar o que foi aduzido.

Nesse contexto, verifica-se que a indispensabilidade da presença do advogado ou do defensor públicos exigida pelo devido processo constitucional na norma no artigo 133 da Constituição vigente não é mera formalidade que pode ser dispensada ou flexibilidade ou adotada facultativamente, como se vê em regras procedimentais do direito brasileiro. Logo, vez que tal preceito normativo se traduz em direito fundamental dos cidadãos de serem assessorados por um profissional tecnicamente qualificado, não só para o amplo exercício de defesa, como direitos dos envolvidos de participarem em regime contraditorial na construção do provimento, formulando argumentos fáticos e jurídicos e propondo produção provas, “*valorando-as*” e “*valorizando-as*”⁵⁷, mas também para o irrestrito controle da atividade jurisdicional pelo advogado. Mas não é só, Soares, anota a importância do advogado no Estado Democrático de Direito ao conferir a este profissional a qualidade de “*agente*

⁵⁴ FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Campinas: Bookseller, 2006. Ver também GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

⁵⁵ A respeito do sentido técnico-jurídico de *argumentos*, *questões* e *pontos*, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias louvando-se nos ensinamentos de Carnelutti e Larenz tece considerações quando trata da conexão sobre o princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais, afirmando que “*ponto*” é qualquer fundamento da pretensão ou resistência; “*questão*” é o *ponto* controvertido, mediante instalação de controvérsia; e, por último, “*argumentos*” são as razões justificantes dos pontos (*Processo constitucional e estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 131-132).

⁵⁶ Ampla defesa e direito ao advogado: da necessidade de participação do advogado para o livre e amplo exercício da defesa. In: Fernando Horta Tavares. (Org.). *Constituição, Direito e Processo: princípios constitucionais do processo*. Curitiba: Juruá Editora, 2007, p. 187. Destaca-se, no entanto, que o autor entende o direito de ação se exaurir com a formalização de petição e, portanto, a instauração do procedimento.

⁵⁷ Rosemiro Leal destaca a importância de diferenciar “*valoração*” e “*valorização*” da prova, sendo que aquele ato consiste na percepção do elemento de prova nos autos do procedimento, enquanto este ato “*é mostrar o conteúdo de importância do elemento de prova para a formação do convencimento e o teor significativo de seus aspectos técnicos e lógico-jurídicos de inequívocidade material e formal*”. Logo, o autor concluiu que não basta apenas que o intérprete-decisor perceba o elemento de prova, é indispensável seja feita uma comparação dos elementos de provas, os *valorizando* em grau de importância jurídica (*Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 8. ed. São Paulo: Forense, 2009. p. 207-208).

garantidor” da legitimidade das decisões judiciais e sua construção participada, vez que “[...] *é o mesmo o juridicamente capaz de estabelecer um diálogo técnico-jurídico que permite a construção do provimento em simétrica paridade, garantindo o contraditório e a ampla defesa, bem como um controle da jurisdição [...]*”⁵⁸.

É inegável, como se pode perceber, o entrelaçamento teórico entre os enunciados teórico do contraditório como influência e não surpresa, da ampla defesa como ampla argumentação (incluindo-se a indispensabilidade do advogado), da ação como direito constitucional com a garantia da fundamentação racional (construção participada) das decisões judiciais à luz do processo constitucional, de modo afastar o subjetivismo, a discricionariedade e a arbitrariedade na aplicação do direito.

5.3 A fundamentação das decisões judiciais e sua construção participada a partir da hermenêutica constitucional

Nesse passo, a Constituição brasileira vigente instituiu o Estado Democrático de Direito, fato que confere maior importância ao instituto jurídico da decisão judicial, sobretudo ao preceitar que os atos decisórios não fundamentados são suscetíveis de nulidade, fazendo que a fundamentação seja a sua parte mais importante. Por consectário, os fundamentos justificantes da *decisum* hão de ser construídos mediante ampla participação dos envolvidos, levando em conta os seus argumentos empreendidos em contraditório entorno dos pontos e questões discutidas no *iter* procedimental, nem de longe podendo ser apoiada “*em convicções pessoais ou critérios salomônicos ou sentimentos vagos de justiça*”⁵⁹. Isso em virtude das implicações teóricas do contraditório e da ampla defesa, conforme ressaltado acima.

Essa inafastável exigência constitucional tem assento lógico e jurídico, segundo Brêtas C. Dias, nas seguintes razões: a) verificar se a decisão judicial assenta-se nos ordenamento jurídico (princípio legalidade), realizando, portanto, controle de constitucionalidade da função jurisdicional; b) vedação de interferências ideológicas e do subjetivismo dos magistrados no exercício da função judicante; c) verificação da racionalidade decisória, mediante apreciação e análise dialética dos argumentos deduzidos em contraditório entre as partes; d) viabilização do amplo exercício de defesa, ao permitir às partes maior precisão técnica na interposição de eventuais recursos.⁶⁰

⁵⁸*O advogado e o processo constitucional*. Belo Horizonte: Decálogo, 2004, p. 173.

⁵⁹*Processo constitucional e estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 130.

⁶⁰*Processo constitucional e estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 132.

Para tanto, é imprescindível, reitera-se, conceber o contraditório como direito de influência e de não surpresa, a ampla defesa como ampla argumentação e a ação como direito constitucional traduzido numa série de posições subjetivas presentes em toda a estrutura do procedimento desenvolvido em contraditória, conforme digressão realizada acima. Com efeito, é possível, tendo como pano de fundo teórico o processo constitucional, ampliar os estudos acerca da conexão entre a fundamentação das decisões e os princípios do contraditório e congruência, porque, ao se exigir uma racionalidade participada na construção das razões justificantes do ato decisório, o faz em respeito também à ampla defesa, pois decisões sem fundamentação ou mal fundamentadas inviabilizam o exercício do direito de defesa no que concerne à interposição de recursos. Assim leciona Theodoro Júnior,

Quem milita no foro conhece bem a dificuldade de recorrer de um decisório carente de fundamentação lógico-jurídica. É como esgrimir com fantasma, pois não se sabe onde encontrar o cerne do julgado, onde se localiza a *ratio* da deliberação, para atacá-la e tentar reverter seu desfecho. Enfim, é o direito de ampla defesa que não se consegue exercitar a contento. Sentença não fundamentada, ou inadequadamente motivada, provoca grave cerceamento do direito de defesa assegurado constitucionalmente.⁶¹

Mas não é só. Ao se tratar da fundamentação das decisões jurisdicionais no sentido de controle da jurisdição e afastamento do subjetivismo, discricionariedade e arbitrariedade dos magistrados, é importante visitar, ainda que perfunctoriamente, mas com indicação de textos especializados sobre o tema, teorias hermenêuticas e de argumentação jurídica, objetivando cumprir esses desideratos do dever de motivar os julgados em consonância com o Estado Democrático de Direito.

Antes, porém, cabe aqui uma informação metodológica. Tendo em vista o limite extensivo deste trabalho monográfico serão analisadas somente as teorias de Hans Kelsen, Robert Alexy e Klaus Günther, com a leitura destas últimas feitas por Habermas, vez que as duas primeiras mostram-se contrárias, e a última, lado outro, em consonância com noção de processo constitucional no Estado Democrático de Direito.

Nessa perspectiva, sobre a teoria kelseniana da interpretação, na estreita da “*Teoria Pura do Direito*”, compreendendo o Direito como um sistema de normas escalonadas em regime de estrutura hierárquica, no qual uma norma inferior encontra sua validade em outra norma hierarquicamente superior, o que faz que a interpretação seja uma operação intelectual (cognitiva) de atribuição de sentido a uma norma, acompanhando o processo de aplicação do

⁶¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Constituição e processo; desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA Marcelo Andrade. (Org.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 257-258.

direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior⁶². Isso, porém, não retira a complexidade da atividade aplicativa do Direito, vez que há, inegavelmente, indeterminações nas relações entre normas de diferentes escalões, bem como entre a Constituição e uma Lei, ou entre esta e um ato jurídico⁶³. A partir disso, Kelsen defende a ideia de que a norma a ser aplicada é apenas um quadro, uma moldura, no qual se buscam várias possibilidades de aplicação⁶⁴, devendo qualquer ato de aplicação da norma estar em conformidade com tal moldura e, por conseguinte, de acordo com norma⁶⁵, razão pela qual existiriam, ao contrário, várias possibilidades corretas, desde que dentro das estabelecidas pela moldura.

Nesse norte, é que se apresenta a diferença entre a interpretação realizada pelos órgãos estatais (funções administrativa ou legislativa e Judiciário) e a operada pelos cidadãos ou pela ciência do direito. Diz-se não autêntica a interpretação destes, e autêntica a interpretação realizada por aqueles. Com efeito, por meio da interpretação autêntica, um cidadão interpreta a norma a fim de verificar se o ato que pretender praticar será ou não conforme o direito, enquanto a ciência do direito descreve as possíveis possibilidades de aplicação da norma, ou seja, estabelece qual é a moldura interpretativa da norma. Noutro sentido, autêntica seria a operação intelectual pela qual o órgão jurídico aplicador ou executor da lei efetua a escolha entre os possíveis sentidos da norma dados pela moldura, estabelecidos pela interpretação não autêntica. Contudo, afirma o jurista austríaco, a contrário senso, que o órgão aplicador ou executor (intérprete) poderia, por meio da interpretação autêntica (interpretação como ato de vontade), escolher livremente não somente um dos sentidos normativos arrolados pela interpretação não autêntica (interpretação como ato cognoscitivo), isto é, moldura interpretativa do direito, mas qualquer outro sentido atribuível à norma, mesmo que não se situasse dentro moldura interpretativa⁶⁶.

⁶² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 387.

⁶³ Esta indeterminação ora seria intencional, ora seria não intencional. Aquela se verificaria quando o órgão editor da norma tivesse o objetivo de fazer com que a norma geral fosse completada pela norma individual no processo contínuo de determinação, que constituiria a ordenação hierárquica de normas jurídicas⁶³. Por outro lado, a indeterminação não intencional seria aquela que possui sua origem na pluralidade de significações das palavras ou frases, quando as expressões contidas na norma não fossem unívocas. O mesmo ocorreria quando o texto normativo contrariasse, segundo o intérprete, a vontade do legislador. Outra hipótese, por fim, ocorreria em decorrência do fato de duas normas que pretendem ser simultaneamente válidas, uma vez que estariam contidas na mesma lei, se contradizerem total ou parcialmente⁶³. *Teoria pura do direito*. 6ª. ed. São Paulo: Martins, 2003.p 388-390.

⁶⁴ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Interpretação como ato de conhecimento e como ato de vontade: a tese kelseniana da interpretação autêntica. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. (org.). *Jurisdição e hermenêutica no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 126.

⁶⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 390.

⁶⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 387-387e 394. Cattoni de Oliveira destaca que Kelsen não pensava assim desde o início, vez que a expressão “*interpretação autêntica*”

Não é difícil concluir que os enunciados teóricos de Kelsen acerca da interpretação jurídica são incompatíveis com os preceitos do processo constitucional, porque sua base é explicitamente arbitrária, subjetivista e discricionária, golpeando de morte o contraditório, a ampla defesa e a isonomia interpretativa, fazendo com que a decisão seja fruto do saber solitário do magistrado, justamente o que se pretende abolir num Estado Democrático de Direito.

Outra metodologia interpretativa que também se mostra incompatível com o processo constitucional é a “ponderação de valores” de Robert Alexy, que pode ser conceituada como uma linha teórico-argumentativa desenvolvida a partir da distinção entre regras e princípios, estes entendidos como mandamentos de otimização – ordem de realizar algo da melhor maneira possível entre as existentes –, sem levar em conta a distinção entre os discursos de justificação e aplicação das normas, uma vez que, nesse marco, os argumentos de espectro axiológico, moral, pragmático e ético são válidos tanto nos discursos de justificação – que objetiva a positivação de normas e refere-se à validade destas – quanto nos discursos de aplicação – destinados à dedução lógica de qual norma, dentre as *prima facie* aplicáveis, é a adequada ao caso.

Explicando melhor: essa inexistência de limitação de espectro argumentativo ocorre em razão da afirmação de Robert Alexy, enunciador da distinção entre regras e princípios, na qual se funda a sua ideia de “ponderação de valores”, de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral, diferenciado este do primeiro apenas pelo fato de ser institucionalizado por normas. Assim, seria permitido que os participantes dos discursos de aplicação de normas se valessem de argumentos morais⁶⁷, o que guarda conexão com a sua teoria dos princípios jurídicos, que critica a distinção proposta por alguns autores, que apresenta uma distinção chamada de qualitativa⁶⁸, entre regras e princípios, sendo ambos

não é usada na primeira edição (1934) de sua “*Teoria Pura do Direito*”. Tal expressão é textualizada, pela primeira vez, na edição francesa (1953), quando o autor no capítulo 10 discorre sobre a interpretação. Mas é na terceira edição (1960), mais especificamente no capítulo 8, que ocorre o giro decisionista kelseniano quando o conteúdo significativo da interpretação autêntica é ampliado (*Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 31-60). Ver também: DEL NEGRI, André. *Teoria da Constituição e do Direito Constitucional*, Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 205.

⁶⁷ ALEXY, Robert. La tesis del caso especial. *Isegoría*, Espanha, n. 21, 1999, p. 27.

⁶⁸ Norberto Bobbio é um dos autores que distingue regras e princípios pelo critério da generalidade. Segundo Alexy, a generalidade seria uma consequência do princípio, mas não a causa. Cf. GALUPPO, Marcelo Campos. Princípios jurídicos e a solução de seus conflitos: a contribuição da obra de Alexy. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, vol. 1, n. 2, p. 134-142; PEDRON, Flávio Quinaud. Comentários sobre as interpretações de Alexy e Dworkin. *Revista CEJ (Brasília)*, v. 30, p. 70-80. Cabem aqui dois destaques. O primeiro, referente aos termos “generalidade” e “universalidade”, pois Alexy chama a atenção para distingui-los, sendo que o oposto de universal é individual, e o contrário de geral é o especial. Assim, pelo critério da generalidade, a norma pode ser “relativamente geral” ou “relativamente especial” (*Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 87, nota de rodapé nº. 11). O segundo, refere-se à existência de diferença entre as teorias dos princípios

espécies do gênero norma, entendida como “*o significado de um enunciado normativo*”. A partir disso, o jurista de Kiel caracteriza os princípios como mandamentos de otimização, isto é, ordem de se realizar algo na melhor medida possível entre as existentes, enquanto regras são determinações que devem ser cumpridas, obedecidas ou não. Nessa esteira, diferencia o modo de aplicação das duas espécies de normas. Regras seriam aplicadas de maneira silogística e, havendo conflito entre elas, uma seria válida e a outra não. Já os princípios se aplicariam por meio de balanceamento e, ao contrário das regras, um princípio não excluiria o outro, no caso de colisão, nos termos da lei da ponderação, que dispõe: “*quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro*”. No mais, esclarece que esta lei estabelecerá um balanceamento (peso, prevalência ou preferência) relativo, nunca absoluto⁶⁹.

O principal e basilar equívoco da proposta alexiana teoria reside em equiparar os princípios jurídicos, enquanto espécie do gênero norma, a valores. As normas diferem dos valores por quatro motivos: o primeiro, porque norma traduz a ideia de uma ação obrigatória, enquanto valor refere-se às ações teleológicas; o segundo, atinente à validade, porque normas são válidas ou inválidas sem exceções – código binário –, o que não ocorre com os valores, visto que um apenas se sobrepõe ao outro, não o invalidando; o terceiro, diz respeito à obrigatoriedade absoluta das normas e relativa dos valores; o quarto e último refere-se ao conflito entre normas ou entre valores, porquanto, normas conflituosas não podem coexistir no mesmo ordenamento jurídico, pois integram um sistema coerente, ao passo que valores contraditórios visam obter superioridade em relação aos outros⁷⁰. Essa equiparação de princípios jurídicos a valores e a ausência de limitação de conteúdo argumentativo, pressupondo ser a Constituição uma ordem concreta de valores, permite a discussão sobre a realização de valores nos processos jurisdicionais, eis que, caso tal fato seja admitido, a jurisdição extrapolaria seu âmbito de incidência, tornando-se, portanto, autoritária, ferindo, inclusive o art. 2º da Constituição, haja vista que, *grosso modo*, sua função consiste em

jurídicos de Alexy e Dworkin, eis que o para o autor norte americano as regras seriam aplicadas tudo-ou-nada, não admitindo exceções, enquanto os princípios seriam ordem *prima facie*. Noutro sentido, para o jurista alemão tanto as regras quanto os princípios, estes como mandamentos de otimização, seriam ordem *prima facie*, admitindo exceções. TRAVESSONI GOMES, Alexandre. *Tópicos em teoria do método jurídico: teoria da argumentação*. Aula ministrada no programa de pós-graduação em Direito (PUC/MG) sobre o capítulo 3 da obra “*Teorias dos direitos fundamentais*” de Robert Alexy, 05 de julho de 2011 (informações verbais).

⁶⁹ ALEXY, Robert. *Teorias dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 58, 90-91, 162-163 e 167.

⁷⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. (Biblioteca tempo universitário, 101-102), p. 316-317. Ver o esboço da resposta de Alexy à crítica habermasiana: ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais e democracia no paradigma procedimental do direito de Jürgen Habermas*. In: FRANKENBERG, Günter; MOREIRA, Luiz (Org.). *Jürgen Habermas, 80 anos: direito e democracia*. Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2009, p. 119-139.

aplicar o direito vigente ao caso concreto levado a juízo. Assim, a jurisdição, destaca Álvaro Ricardo de Souza Cruz, “(...) *passaria a produzir normas, assumindo a função de um legislador positivo, concorrente do Parlamento, na condição de guardião dos valores éticos da sociedade, cristalizados na Constituição.*”⁷¹

Além do que, a lei de ponderação, elaborada por Alexy, não prescreve uma relação de prevalência absoluta de um princípio sobre outro nem tampouco determina critérios racionais para isso. Logo, a ponderação material de valores se operará de forma autoritária, uma vez que o balanceamento fica a cargo do juízo singular ou do órgão colegiado (o tribunal), o que retira o caráter participativo e policêntrico não só da construção do ato decisório, mas também da atividade jurisdicional, implicando confusão entre esta e a atividade judicial dos instrumentalistas como legisladores *a posteriori*, mediante atuação solipsista (discricionária) do juiz, em preterição das garantias processuais, com vistas a atingir os escopos metajurídicos do processo. Tanto é assim, que o próprio Alexy confessa haver discricionariedade judicial na ponderação material de valores:

Os direitos fundamentais não são um objeto passível de ser dividido de uma forma refinada que inclua impasses estruturais – ou seja – impasses reais no sopesamento, de forma a torná-los praticamente sem importância. Neste caso, então, existe uma discricionariedade para o sopesar, uma discricionariedade tanto do Legislativo quanto do Judiciário.⁷²

Isso também implica confusão entre as funções legislativas e jurisdicionais do Estado. Com efeito, o caráter dialético da construção do ato decisório resta prejudicado, porque as garantias processuais dos cidadãos são suprimidas, especialmente o princípio do contraditório e a fundamentação das decisões judiciais.

Vê-se, portanto, a importância dos enunciados da teoria da argumentação jurídica de Klaus Günther em vista de se permitir uma exata e necessária distinção de conteúdo argumentativo nas discussões jurídicas realizadas nos procedimentos legislativos e jurisdicionais⁷³, o que enseja esclarecimentos atinentes à diferenciação entre discursos

⁷¹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 173. Ver também HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. (Biblioteca tempo universitário, 101-102), p. 321; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito, política e filosofia: contribuição para uma teoria discursiva da constituição no marco do patriotismo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.120-121.

⁷²ALEXY, Robert. *Teorias dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 611.

⁷³ Tal distinção não é mera questão acadêmica tampouco arbitrária, uma vez que permitir compreender o Direito numa relação de co-originariedade com Moral, na qual aquele só recebe conteúdos desta nos processos de produção de normas. (DEL NEGRI, André. *Teoria da Constituição e do Direito Constitucional*, Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 217-218, e *Controle de constitucionalidade no processo legislativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, 2ª Ed., p. 66-76). Tanto é assim que Zaneti Júnior, sob influência da teoria alexiana, principalmente no que diz respeito à pretensão de coerção a partir dos conteúdos da Moral e o que o alemão entende por pós-positivismo, afirma que o juiz “*não está vinculado à lei*”, além do mais aduz “*A jurisprudência é, portanto, fonte*

jurídicos de justificação e aplicação das normas, destacando estes últimos, visto que são os que mais interessam ao presente trabalho.

Segundo o autor, os discursos de justificação referem-se à validade de normas, ou seja, trata-se de uma interação argumentativa objetivando a posituação de normas, pressupondo a consideração dos interesses de todos. Nestes, o âmbito argumentativo é mais amplo do que os discursos de aplicação, uma vez que os participantes podem valer-se de razões éticas, morais, axiológicas e pragmáticas, no espaço-tempo procedimental institucionalizado pelo devido processo legislativo⁷⁴. Já os discursos de aplicação dizem respeito à adequabilidade de uma norma, dentre as aplicáveis *prima facie*, ao caso concreto. Tratando-se de discurso de aplicação, a esfera argumentativa limita-se a razões de cunho técnico-jurídico, sendo imprescindível a descrição completa do caso, bem como a consideração de todas as variantes semânticas das normas *prima facie* aplicáveis⁷⁵. Os discursos jurídicos de aplicação, portanto, têm como objetivo a dedução lógico-racional de qual norma, dentre as *prima facie* aplicáveis, é adequada ao caso concreto. Pressupondo-se, a partir de uma exaustiva reconstrução fática do caso, permanente problematização. Além de considerar os interesses dos envolvidos (aqueles possíveis atingidos pelos efeitos do ato estatal), traduzidos em argumentos jurídicos desenvolvidos em contraditório. A propósito, veja as lições complementares de Habermas:

(...) encontrar entre as normas aplicáveis *prima facie* aquela que se adapta melhor à situação de aplicação descrita de modo possivelmente exaustivo e sob todos os

primário do direito". (Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 63 e 156).

⁷⁴ GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness: application discourses in morality and law*. New York: State University of New York Press, c1993. p. 270-271. A propósito, Emílio Peluso Neder Meyer anota que na argumentação (discurso) éticas as razões giram em torno da questão do que seja bom; na argumentação moral o cerne do problema diz respeito ao que seja justo; já quanto à argumentação pragmática o problema é encontrar o que seja o adequado para a realização de um fim. Após demonstrar a lógica de cada um desses discursos, o autor trabalhar o entrelaçamento desses. V. *A decisão no controle de constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2008, p. 221-268.

⁷⁵ GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. Tradução Juan Velasco Arroyo. *Doxa: CuadernodeFilosofiadelderecho*. Alicante, n. 17-18, 1995. p. 287. Mais acerca do pensamento guntheano e sua crítica à teoria alexiana, conferir: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.224- 231; MEYER, Emílio Peluso Neder. *A decisão no controle de constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2008, p. 339-350. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado democrático de Direito; um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p.47-78; *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 139-160; DEL NEGRI, André. *Teoria da Constituição e do Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 215-218; HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. (Biblioteca tempo universitário, 101/102), caps.IV e VI, p.169-240 e 297-354; ALEXÝ, Robert. *Direitos fundamentais e democracia no paradigma procedimental do direito de Jürgen Habermas*. In: FRANKENBERG, Günter; MOREIRA, Luiz (Org.). *Jürgen Habermas, 80 anos: direito e democracia*. Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2009, p. 125-128.

pontos de vista relevantes. É preciso estabelecer umnexo racional entre a norma pertinente e as normas que passam para o pano de fundo, de tal modo que a coerência do sistema de regras permaneça intocada em seu todo. As normas pertinentes e as retroativas não relacionam entre si como valores concorrentes, os quais, na qualidade de mandamentos de otimização, seriam realizados em diferentes níveis: porém, como normas ‘adequadas’ ou ‘não adequadas’. Ora, adequação significa a validade de um juízo deduzido de uma norma válida, através do qual a norma subjacente é satisfeita.⁷⁶

Ocorre que a adequabilidade jurídico-normativa referida acima exige, para que seja alcançada, discursividade processual, mediante a disciplina normativa do devido processo legal constitucionalizado, eis que o juízo jurídico-normativo de adequação “[...] não é autoevidente ou existe per se, mas é uma (re)construção, que levanta pretensões de validade no quadro de um determinado paradigma de Direito e de Estado, a adequabilidade só pode ser buscada discursivamente, através do processo jurisdicional”⁷⁷. Nessa perspectiva, a hermenêutica da decisão jurisdicional não pode ser um espaço privilegiado, a partir do qual o juiz, autocraticamente, interpreta (aplica) o direito ao caso levado a juízo. A hermenêutica é, nesse contexto processual-democrático, um espaço de participação isomênico-discursiva de preparação, construção e conclusão do ato decisório⁷⁸.

Pelo exposto, tendo em vista a noção de processo constitucional no Estado Democrático de Direito, a aplicação do direito não pode se realizar senão a partir da distinção entre discurso de justificação e discurso de aplicação, em que esta se dá mediante a descrição completa do caso concreto e das variáveis normativas possivelmente aplicáveis, buscando deduzir qual norma é adequada ao caso, dentre as *prima facie* aplicáveis e, principalmente com uma efetiva participação dos envolvidos, visto que a melhor maneira de atingir a adequabilidade, sem sombra de dúvida, é discursivamente. Ressalta-se que esse discurso de aplicação há de ser orientado pela disciplina normativa do devido processo legal, formando-se, repita-se, um espaço-tempo isomênico de interação argumentativa em busca da preparação, construção e conclusão de qual legalidade aplicável, o que Del Negri chama de “*devida hermenêutica constitucional*”⁷⁹.

Essas implicações teóricas do contraditório, ampla defesa, direito de ação e dever de fundamentação das decisões judiciais, citando apenas as de maior destaque, ínsitas à compreensão da garantia do devido processo legal no Estado Democrático de Direito, formam

⁷⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. (Biblioteca tempo universitário, 101/102), p. 322-323.

⁷⁷ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito, política e filosofia: contribuição para uma teoria discursiva da constituição no marco do patriotismo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 71.

⁷⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 8. ed. São Paulo: Forense, 2009, p. 56-57.

⁷⁹ *Teoria da Constituição e do Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 219

um arcabouço constitucional balizador, legitimador, fiscalizador e concretizante da atividade jurisdicional, que é direito fundamental do povo⁸⁰, o qual, em última análise, é quem legitima o seu exercício. Logo, o presente estudo ficaria incompleto caso não tratasse da jurisdição, até porque se compreende o direito fundamental à jurisdição como elemento do bloco normativo do devido processo constitucionalizado.

5.4 A jurisdição constitucional como direito fundamental e seus princípios diretivos.

Na estreita constitucionalizada, a Carta Política brasileira de 1988 incluiu no rol de direitos fundamentais o direito à jurisdição, ao preceituar que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*” (artigo 5º, inciso XXXV), assegurando-se a qualquer do povo o direito pleitear do Estado tutela de seus direitos, já lesados ou em eminência de sê-lo. Por consectário lógico constitucional do devido processo, o direito fundamental do povo à jurisdição se traduz em dever do Estado de prestar a atividade jurisdicional pelos seus órgãos, previamente estabelecidos na Constituição, após provocação da parte interessada, mediante o direito constitucional de petição, sob a regência da principiologia processual constitucionalizada, pois esta é a “*(...) única forma de afirmar a legitimidade democrática dos pronunciamentos jurisdicionais feitos nos processos*”⁸¹. Complementando, Rosemiro Leal anota que jurisdição é, portanto,

(...) atividade-dever do órgão jurisdicional de cumprir de cumprir e fazer cumprir o direito positivo, mediante observação das garantias constitucionais do processo e do princípio da reserva legal, cujo fundamento submete os provimentos (sentenças, decisões judiciais) ao dado prévio da lei (...) ⁸².

Logo, com a finalidade de enfatizar o entrelaçamento da jurisdição como a sistemática constitucional democrática, importante frisar a existência de uma principiologia diretiva da referida função estatal. Nesse sentido, a partir dos estudos de Brêtas C. Dias, afirma-se que o exercício da atividade jurisdicional exige observância aos princípios do juízo natural, da vinculação ao Estado Democrático de Direito, da supremacia da Constituição, da reserva legal, do devido processo legal, da fundamentação das decisões judiciais e da eficiência da função jurisdicional. O primeiro significando prévia determinação, mediante lei, do órgão jurisdicional competente para exercer jurisdição, sendo, então, “*antítese do juízo pós-*

⁸⁰ BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. *Processo constitucional e estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Del Rey, p. 67-75.

⁸¹ BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 33.

⁸² *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 8ª. Ed. Belo Horizonte: Forense, 2009, p. 65-66.

constituído ou juízo de exceção”. O princípio da vinculação ao Estado Democrático de Direito funda-se a partir da junção dos princípios da democracia e do Estado de Direito como criadores da ordem normativa estatal, limitando e legitimando o poder do Estado no exercício de suas três essenciais funções, pressupondo ainda a incidência dos princípios da supremacia da Constituição e da reserva legal. Quanto ao princípio do devido processo constitucional, compreendido como um bloco aglutinante de direitos e garantias fundamentais apto a balizar, fiscalizar e legitimar a atividade jurisdicional. No que concerne à fundamentação das decisões judiciais, a qual é decorrente das modernas implicações teóricas da ampla defesa, do direito de ação e, sobretudo do contraditório assegurando-se o proferimento participado e legítimo das decisões, de modo a evitar que essas sejam fundadas em critérios ideológico-subjetivos, discricionários ou arbitrários. Por fim, a jurisdição também se vincula ao princípio da eficiência, que determina que os serviços públicos devam ser prestados adequadamente, o que impõe ao Estado obediência ao ordenamento jurídico e a utilização de meios adequadamente técnicos e racionais a fim de produzirem o resultado almejado em tempo útil, observando ainda o devido processo⁸³.

O que se depreende dessa principiologia diretiva é que a jurisdição, compreendida no Estado Democrático como direito fundamental dos cidadãos, ao se reger pela disciplina normativa do processo constitucional, não realiza qualquer “*atividade criativa do direito*” como aduz Zaneti Júnior, porque, para o autor, a “*sentença como ato de vontade, portanto ato criativo*” faz do juiz um agente criador de direitos em complemento à atividade legiferante, atuando “*como político, com a ponderação de critérios de conveniência (proporcionalidade) advindos da sua sensibilidade e humanidade*”, entretanto, paradoxalmente, conclui o processualista que a criação se realiza “*sempre dentro do ordenamento constitucional e jurídico posto e vinculado*”⁸⁴. No eixo do Estado Democrático de Direito, tendo em vista principalmente o princípio do Estado de Direito, vale à pena colacionar as lições de Rosemiro Leal, sobre o tema, pois para o autor “*jurisdição não é a atividade jurídico-resolutiva e pessoal do juiz ou dos agentes do Estado, mas o próprio conteúdo da lei conduzido por aqueles agentes indicados na lei democrática*”⁸⁵.

Ao se discorrer sobre a função jurisdicional no Estado Democrático, não se pode olvidar da qualificada jurisdição constitucional, sobretudo quando se pretenda ressaltar a importância do processo constitucional como garantidor de direitos fundamentais.

⁸³*Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 67-75 e 103-145.

⁸⁴ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 187-188.

⁸⁵*Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 8ª. Ed. Belo Horizonte: Forense, 2009, p. 63.

Atualmente, a expressão jurisdição constitucional não tem seu significado restrito ao atividade-dever do Estado de exame judicial de questões jurídico-constitucionais atinentes à supremacia da Constituição, mediante o controle de constitucionalidade das leis ordinárias ou atos estatais que estivessem contrários ao texto constitucional. Ampliou-se o conteúdo daquela expressão, considerando também seu exercício quando se pleitear a proteção de direitos fundamentais, porque anota Brêtas C. Dias, “*não seria suficiente consagrar os direitos fundamentais do ser humano nas Constituições para que fossem respeitos, sendo necessária a implantação de um coeso e eficiente sistema de garantias e mecanismos*”, com a finalidade de protegê-los, sendo exemplos destas, o *habeas corpus*, mandado de segurança, mandado de injunção, devido processo constitucional, além de outros não menos importantes⁸⁶. Ademais, a ordem jurídica brasileira possibilita a efetivação da jurisdição constitucional ou por via difusa, na qual qualquer órgão judicial, de forma concreta e incidental, oficiosamente ou mediante oferecimento de exceção, examina a constitucionalidade da lei ou ato, esta decisão produz efeitos somente entre partes; ou por via concentrada, hipótese em que o Supremo Tribunal Federal tem competência exclusiva para julgar o mesmo controle de constitucionalidade, somente mediante provocação de um dos legitimados prevista do Texto constitucional, tendo eficácia *erga omnis* tal pronunciamento jurisdicional.

Em face de todas as considerações feitas até agora, percebe-se que a Constituição prescreve um verdadeiro bloco para a salvaguarda de seus próprios preceitos, máxime os atinentes aos direitos fundamentais, sob à regência do processo constitucional. Toda essa sistemática conduz, portanto, à enunciação de uma metodologia de garantia de direitos fundamentais, formatando normativamente e teoricamente o *Processo Constitucional*.

6 O PROCESSO CONSTITUCIONAL COMO GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

Quando se concebe o devido processo legal no eixo do Estado Democrático de Direito, a partir da teoria fazzalariana do processo como procedimento em contraditório entre as partes, em que este implica direito de influenciar na construção do provimento e de não surpresa; a ampla defesa como ampla argumentação, traduzindo-se em elasticidade argumentativa e participativa na construção dos conteúdos probatórios do procedimento, com

⁸⁶*Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 44-45.

a indispensável presença de um advogado ou defensor público; da ação como direito constitucional, assegurando-se uma série de posições subjetivas em toda a estrutura procedimental; a fundamentação das decisões judiciais conectada aos princípios do contraditório e ampla argumentação, além da orientação interpretativa da “*devida hermenêutica constitucional*”; assim como a jurisdição como direito fundamental, considerando seus princípios diretivos e a relevância da qualificada jurisdição constitucional neste contexto, não se pode compreender o processo como simples instrumento da jurisdição, torna-se imperioso concebê-lo como “*metodologia de garantias dos direitos fundamentais*”, haja vista que seus institutos estruturais inferidos do bloco garantista formatador do devido processo constitucionalizado, quais sejam: processo, ação e jurisdição “*remetem-nos à efetivação dos direitos essenciais*”⁸⁷.

As normas constitucionais estruturadoras do Estado Democrática não se restringem ao estabelecimento formal de direitos fundamentais do ser humano, agrupam também uma série de mecanismos aptos a protegê-los, concretizá-los, possibilitando a sua fruição pelos cidadãos, vez que tais garantias visam “*tutelar o princípio da supremacia constitucional, protegendo os direitos fundamentais*”⁸⁸. Além do processo constitucional a Constituição prescreve outras garantias de direitos fundamentais, tais como o mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas data*, *habeas corpus*, recurso de amparo, ação popular, ação de descumprimento de preceito fundamental, ação de direito de inconstitucionalidade.

Nota-se a partir dessas cogitações a relevância da jurisdição constitucional tendo em vista que o processo constitucionalizado concretiza-se e viabiliza-se na atuação da atividade jurisdicional, razão pela qual, ressalta Andolina “o processo jurisdicional coloca-se ao centro de toda a estrutura de atuação das garantias constitucionais”⁸⁹. A importância da jurisdição é igualmente percebida por Canotilho, quando o autor define processo constitucional como “*conjunto de regras e actos constitutivos de um procedimento juridicamente ordenado através do qual se fiscaliza jurisdicionalmente a conformidade constitucional dos actos normativos*”⁹⁰. No entanto, a metodologia normativa do processo constitucional é aplicável

⁸⁷ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 47; Teoria geral do processo constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v.15, n. 59, abr./jun 2007, p. 119.

⁸⁸ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 45; Teoria geral do processo constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v.15, n. 59, abr./jun 2007, p. 118.

⁸⁹ ANDOLINA, Ítalo Augusto. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 22, n. 87, jul. 1997, p. 65.

⁹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3ª. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 904

do mesmo modo e com igual abrangência aos procedimentos legislativos⁹¹, administrativos e até mesmo arbitrais⁹² ou em outras espécies procedimentos de tomada decisões entre particulares.

Muito embora se tenha sido destacado neste trabalho em razão de seu limite extensivo apenas os institutos do contraditório, da ampla defesa, da fundamentação das decisões judiciais, do direito de ação e da jurisdição, além de seus institutos e princípios correlatos, pois são esses os mais importantes na estruturação do processo constitucional com vistas à proteção de direitos fundamentais, o bloco garantista do devido processo legal é ainda formatado por outros direitos e garantias fundamentais, a saber: o direito aos recursos, o direito ao acolhimento de prova e a sua produção lícita, direito à razoável duração do processo, mediante procedimento sem dilações indevidas, princípio da publicidade, do acesso gratuito à jurisdição, direito ao juízo pré-constituído, direito a efetividade jurisdicional, direito à igualdade, direito à imparcialidade de julgamento, assim como outros mecanismos de proteção judicial de direitos fundamentais, tais como: mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas data*, *habeas corpus*, ação popular, ação civil pública, ação de descumprimento de preceito fundamental e as ações de controle de constitucionalidade das leis ou atos normativos do Estado⁹³.

Vê-se, pelo exposto, a consubstanciação de uma verdadeira metodologia de garantia de direitos fundamentais, mediante a enunciação sistemática de conteúdos científicos, por proposições sintéticas, a fim de informar e criar institutos jurídicos que possam estruturar o processo constitucional e sua aplicação as três funções estatais (jurisdicional, legislativa e administrativa), assim como aos procedimentos de tomada de decisões entre particulares, visando a proteção da supremacia constitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, o constitucionalismo democrático brasileiro não se contenta apenas com a positivação de direitos fundamentais do ser humano, estabelece também

⁹¹ Por todos, conferir as seguintes obras de André Del Negro: *Teoria da Constituição e do Direito Constitucional*, Belo Horizonte: Fórum, 2009; *Controle de constitucionalidade no processo legislativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, 2ª Ed e *Processo constitucional e decisão interna corporis*. Belo Horizonte; Fórum, 2011.

⁹² BARROS, Flaviane de Magalhães. O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição. Belo Horizonte. Del Rey, 2009. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA Marcelo Andrade. (Org.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 333-336.

⁹³ Conferir: BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 11-22 e 45-52; BRÉTAS C. DIAS, Ronaldo. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 44-45 e 92-93.

mecanismos aptos a protegê-los e concretizá-los, possibilitando aos cidadãos sua fruição.

Nesse passo, torna-se indispensável o estudo correlato entre Constituição e Processo a fim de elucidar a compreensão da principal garantia constitucional, a saber: processo constitucional.

Uma adequada compreensão da metodologia normativa do processo constitucional passa pelo estudo do modelo constitucional de processo, no qual a partir da supremacia das normas constitucional vislumbra-se na Constituição uma base principiologica uníssona aplicáveis a qualquer “*processo*”, seja ele de natureza civil, criminal, trabalhista, legislativa, administrativa ou arbitral, respeitando as variações de cada microssistema, desde que em conformidade com os princípios-base da Constituição.

Nessa perspectiva, merece destaque a garantia do devido processo legal compreendido, no Estado Democrático de direito, como um bloco aglutinante e compacto de direitos e garantias fundamentais formatador de uma sólida base para ao processo constitucional. Avultam entre esses direitos e garantias, a partir da noção de processo como procedimento em contraditório entre as partes, o contraditório como influência e não surpresa, a ampla defesa como ampla argumentação, o direito de ação como espécie do direito constitucional de petição, assegurando participação em toda a estrutura procedimental, a imposição de fundamentação das decisões judiciais, levando em conta a devida hermenêutica constitucional, assim como a ideia de jurisdição como direito fundamental vinculada a uma série de princípios constitucionais (juízo pré-constituído, Estado Democrático de Direito, supremacia da Constituição, devido processo legal, fundamentação das decisões jurisdicional e eficiência).

Esse conjunto de enunciados teórico-normativos, sistematizados sob è égide do Estado Democrático de Direito pela Constituição brasileira em vigor cria e informa uma metodologia de garantia de direitos fundamentais, denominada processo constitucional, na estreita de conferir eficácia às normas constitucionais, concretizando o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS.

ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modelo costituzionale del processo civile italiano*. 2. ed. Torino: G. Giapichelli Editore, 1997.

ANDOLINA, Ítalo Augusto. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 22, n. 87, p. 63-69, jul. 1997.

ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais e democracia no paradigma procedimental do direito de Jürgen Habermas*. In: FRANKENBERG, Günter; MOREIRA, Luiz (Org.). *Jürgen Habermas, 80 anos: direito e democracia*. Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2009, p. 119-139.

ALEXY, Robert. La tesis del caso especial. *Isegoría*, Espanha, n. 21, p. 23-35, 1999.

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

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 2, n. 3 e 4, p. 89-154, 1º e 2º sem. 1999.

BARROS, Flaviane de Magalhães. O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA Marcelo Andrade. (Org.) *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático*. Belo Horizonte: Del rey, 2009, p. 331-345.

BARROS, Flaviane de Magalhães. *O paradigma do Estado Democrático de Direito e as Teorias do Processo*. *Virtuajus, Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 1, n. ano 3, 2004.

Flaviane de Magalhães. *O processo, a jurisdição e ação sob a ótica de ElioFazzalari*. *Virtuajus Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito/PUC*, Belo Horizonte, v. ano 2, p. 01-29, 2003.

BARROS, Flaviane de Magalhães; CARVALHO, Marius Fernando Cunha de; GUIMARÃES, Natália Chernicharo. O princípio da ampla defesa: uma reconstrução a partir do paradigma do estado democrático de direito. *Provocações*, Sete Lagoas, MG, n. 2, p. 35-51, jan./dez. 2006.

BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do processo penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas leis n. 11.690/08 e n. 11.719/08*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BRASIL. Projeto de Lei nº. 8.046/2010, *Novo Código de Processo Civil*. Câmara dos Deputados, Brasília, 08 de junho de 2010.

BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo. *Processo constitucional e estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito, política e filosofia: contribuição para uma teoria discursiva da constituição no marco do patriotismo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2007.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: mandamentos, 2001.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Interpretação como ato de conhecimento e como ato de vontade: a tese kelseniana da interpretação autêntica. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. (org.). *Jurisdição e hermenêutica no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado democrático de Direito; um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. (org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p.47-78.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza Cruz. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DEL NEGRI, André. *Controle de constitucionalidade no Processo Legislativo: teoria da legitimidade democrática*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DEL NEGRI, André. *Processo constitucional e decisão interna corporis*. Belo Horizonte: Fórum. Prefácio de Rosemiro Pereira Leal. 2011.

DEL NEGRI, André. *Teoria da Constituição e do Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

DEL NEGRI, André. *Processo constitucional e decisão interna corporis*. Belo Horizonte. 2011. Prefácio de Rosemiro Pereira Leal. Editora Fórum.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução de Elaine NassifCampinas: Bookseller, 2006.

GALUPPO, Marcelo Campos. Princípios jurídicos e a solução de seus conflitos: a contribuição da obra de Alexy. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, vol. 1, n. 2, p. 134-142

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness: application discourses in morality and law*. New York: State University of New York Press, c1993.

GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. Tradução Juan Velasco Arroyo. *Doxa: Cuaderno de Filosofía del Derecho*. Alicante, n. 17-18, 1995.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. nv. (Biblioteca tempo universitário; 101/102).

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. 5. tiragem São Paulo: Martins Fontes, 2003. Tradução: João Baptista Machado.

LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. Modelos processuais e constituição democrática. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA Marcelo Andrade. (Org.) *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático*. 2009, p. 283-292.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como teoria da lei democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Relativização inconstitucional da coisa julgada: temática processual e reflexões jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Forense, 2009.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

LIMA, Juliano Vitor. *Do princípio do devido processo legal*. In: Fernando Horta Tavares. (Org.). *Constituição, Direito e Processo: Princípios Constitucionais do Processo*. Curitiba: Juruá Editora, 2007, p. 241-255.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEYER, Emílio Peluso Neder. *A decisão no controle de constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2008.

NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e não surpresa: In TAVARES, Fernando Horta (Org.). *Constituição, Direito e Processo: Princípios Constitucionais do Processo*. Curitiba: Juruá Editora, 2007, p. 51-8.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.

PEDRON, Flávio Quinaud. Comentários sobre as interpretações de Alexy e Dworkin. *Revista CEJ (Brasília)*, Porto Alegre v. 30, p. 70-80, 2005.

RIBEIRO, Ana Lúcia. *A tutela antecipada inaudita altera parte no Estado Democrático de Direito*. 2009. 113 p. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito

SOARES, Carlos Henrique. *O advogado e o processo constitucional*. Belo Horizonte: Decálogo, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e Processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta *In*: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA Marcelo Andrade. (Org.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Constituição e processo; desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. *In*: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA Marcelo Andrade. (Org.) *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 233-263.

TOLETINO, Fernando Lage. Ampla defesa e direito ao advogado: da necessidade de participação do advogado para o livre e amplo exercício da defesa. *In*: Fernando Horta Tavares. (Org.) *Constituição, Direito e Processo: princípios constitucionais do processo*. Curitiba: Juruá Editora, 2007, p. 177-190.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

DA CONSTRUÇÃO À IMINENTE DESCONSTRUÇÃO DO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL. UMA ANÁLISE DA REALIDADE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA NASCIDA EM 1988

Marcus Firmino Santiago

Doutor em Direito. Professor do Curso de Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do Centro Universitário do Distrito Federal – UDF. Advogado especialista em Direito e Jurisdição Constitucional e Direito Educacional.

E-mail: marcusfsantiago@gmail.com

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8405313313388657>

Rosilene dos Santos

Mestre em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do Centro Universitário do Distrito Federal - UDF. Advogada.



FACULDADES
SANTO AGOSTINHO
SETE LAGOAS • MG

DA CONSTRUÇÃO À IMINENTE DESCONSTRUÇÃO DO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL. UMA ANÁLISE DA REALIDADE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA NASCIDA EM 1988

Marcus Firmino Santiago

Doutor em Direito. Professor do Curso de Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do Centro Universitário do Distrito Federal – UDF. Advogado especialista em Direito e Jurisdição Constitucional e Direito Educacional. E-mail: marcusfsantiago@gmail.com Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8405313313388657>

Rosilene dos Santos

Mestre em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do Centro Universitário do Distrito Federal - UDF. Advogada.

RESUMO:

O presente artigo analisa a construção do Estado de Bem-Estar Social no Brasil a partir do referencial jurídico trazido pela Constituição de 1988 e os movimentos recentes que tem colocado em risco a continuidade desta obra. É certo que, em muitas ocasiões, direitos sociais fundamentais sofrem alterações pelos mais variados motivos, ora trazendo avanços, ora retrocessos em termos de proteção social. Defende-se que o horizonte constitucional introduzido em 1988 coloca os direitos sociais em patamar diferenciado, pelo que deveriam estar a salvo deste movimento pendular. A partir da análise das reformas que promovem a flexibilização de direitos trabalhistas, busca-se afirmar a premente necessidade de conter a trajetória liberal que o Estado brasileiro experimenta. O estudo se vale do método indutivo, caracterizando-se como uma pesquisa explicativa, pautada em fontes bibliográficas e tem como marco teórico o modelo de bem-estar social desenhado por Alain Supiot e Célia Lessa Kerstenetzky.

PALAVRAS-CHAVE: Liberalismo; Direitos sociais e trabalhistas; Flexibilização de direitos; Reformas.

FROM THE CONSTRUCTION TO THE IMMINENT DECONSTRUCTION OF THE WELFARE STATE. AN ANALYSIS OF THE BRAZILIAN CONSTITUTIONAL REALITY BORN IN 1988

ABSTRACT:

This article analyzes the construction of the Social Welfare State in Brazil based on the legal framework established by the 1988 Constitution and the recent changes that have put at risk the continuity of this work. It is true that, on many occasions, social rights suffer changes for different reasons, sometimes bringing advances, sometimes setbacks in terms of social

protection. This article argues that the constitutional horizon introduced in 1988 puts the social rights in a different level, where they should be safe of this pendulum motion. From the analysis of the reforms that promote the flexibilization of labor rights, the study affirms the urgent need to contain the liberal path the Brazilian State experiences. The study uses the inductive method, is characterized as an explanatory research, based on bibliographic sources and has as theoretical framework the social welfare model designed by Alain Supiot and Celia Lessa Kerstenetzky.

KEYWORDS: Liberalism; Social and labor rights; Flexibilization of rights; Reforms.

SUMÁRIO: Introdução. 2 A Construção do Estado de Bem-Estar Social. 3. O Estado de Bem-Estar Social na Constituição de 1988. 4. A Iminente Desconstrução do Estado de Bem-Estar Social Brasileiro: o sistema de proteção ao trabalhador em risco. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

A construção de um modelo de Bem-Estar Social no mundo e, sobretudo, no Brasil foi resultado de um caminho árduo de conquistas e perdas. Em vários momentos ao longo do processo formativo deste paradigma estatal, que no caso brasileiro coincidiu com a luta e solidificação do Estado Democrático de Direito, houve um movimento pendular.

É fato que a Constituição de 1988 promoveu uma forte mudança de direcionamento do Estado brasileiro ao agregar uma ampla gama de novos valores sociais em resposta à candente preocupação com a desigualdade, chaga que maculava a sociedade dos anos 1980 e que precisava ser curada. Também é fato que 1988 não representou a primeira tentativa de inserir o Brasil no paradigma do Bem-Estar Social. Contudo, seja pela realidade nacional daquele momento, seja pelo contexto político e jurídico vivido no mundo ocidental, a preocupação em fortalecer um constitucionalismo social, pautado na valorização dos direitos fundamentais, conferiu um norte diferenciado e inédito ao projeto constituinte.

É possível afirmar que as condições para que o Brasil se organizasse como um Estado de Bem-Estar Social somente se fizeram presentes naquele instante, quando democracia, Estado de Direito, centralidade dos direitos fundamentais e luta contra a desigualdade se combinaram a instituições estatais um tanto mais sólidas que em décadas anteriores. Daí que se autoriza o recorte ora feito, tratando da formação do Bem-Estar Social brasileiro a partir da transição do militarismo de 1964/1985 para um regime civil e democrático.

O país passou por momentos sociais conturbados com o Regime Militar que durou mais de 21 anos, autoritário e limitador de liberdades. Em seguida, viveu um período de redemocratização, de lutas por liberdades e direitos sociais, culminando com a promulgação da Constituição de 1988.

Com o seu advento, um novo modelo de Bem-Estar Social tem início no Brasil. Trata-se de conquistas sociais finalmente sedimentadas em um texto Constitucional, que busca garantir e implementar direitos que outrora eram negados. É nesse período pós Constituição de 1988 que o Estado passa a efetivamente atuar em prol das garantias sociais, abrindo espaço para superar um recente passado de grande tensão política, com severa restrição de direitos e importante aumento da desigualdade. Esses fatores serviram de combustível necessário para a luta pela redemocratização brasileira.

A Constituição de 1988 ampliou tremendamente as possibilidades de transformação social. Por outro lado, impôs – e impõe – grandes desafios para que o horizonte desenhado no seu texto se transformasse em realidade. Um ponto relevante quanto a isto diz respeito à resistência oposta por variados setores especialmente àqueles direitos voltados a tutelar grupos vulneráveis.

Quando se analisa o universo das relações de trabalho, isto fica bastante evidente. O fortalecimento de direitos sociais trabalhistas promovido pela Constituição de 1988 foi desde início contestado por diversos segmentos da sociedade que, em diferentes oportunidades, manifestam-se em defesa da flexibilização de direitos laborais e, mesmo, sua desconstitucionalização.

O presente estudo objetiva compreender a realidade constitucional brasileira, a partir do que se considera o principal momento de conquistas sociais, para, com base nestes dados, analisar o momento atual no qual se faz presente iminente risco de retrocesso nas conquistas sociais trazidas pela Constituição de 1988.

Para tanto, a partir de método indutivo, vale-se da pesquisa bibliográfica na busca por identificar elementos conceituais e factuais capazes de sustentar as análises desenvolvidas, as quais abrangem uma breve síntese acerca dos fundamentos estruturantes do Estado de Bem-Estar Social a fim de fornecer base para compreender o modelo estatal incorporado pela Constituição de 1988. O processo constituinte de 1987/88 e seus antecedentes imediatos também são objeto de resgate, sempre com vistas a lançar luzes sobre o horizonte almejado pelo texto que se construiu naquele momento. Pretende-se, assim, fazer uma apreciação crítica acerca das transformações que estão sendo operadas especificamente no universo das relações de trabalho.

Nesse contexto, faz-se necessário o presente estudo de modo que se possa compreender tais movimentos, que ora geram avanços ora retrocessos na proteção a direitos. Um movimento pendular que, neste momento, oscila em direção a uma perigosa abertura de matriz liberal e

coloca em xeque a sobrevivência do modelo de Bem-Estar Social concebido em 1988 e ainda em vias de se consolidar.

2 A CONSTRUÇÃO DO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL

O traço característico do Bem-Estar Social é a crescente intervenção estatal na vida dos indivíduos com o propósito de implementar condições para que desequilíbrios sociais históricos sejam superados. A ideia é que a redução da desigualdade atenua as tensões entre capital e trabalho, permitindo, com isso, melhor controle sobre o principal foco das crises sociais vividas desde o advento do capitalismo liberal.

A expansão deste modelo trouxe importantes avanços em termos de proteções sociais, sobretudo no que tange ao universo do trabalho. Se, em algum momento, o Estado existia prioritariamente para si, mantendo uma relação de mando e dominação com uma sociedade na qual os indivíduos não tinham voz nem vez, progressivamente foi instado a trazer para si a responsabilidade de tutor de homens, do bem-estar destes.

(...). Em vez de ser somente encarregado do governo dos homens, de encarnar um poder que os domina, o Estado se fez servidor do próprio bem-estar deles. Isso a que se chamou o *'Welfare state'*, o *'Sozialstaat'* ou o *'Estado providência'* conferiu aos homens novos direitos e liberdades, que acrescentaram à ideia de cidadania política a ideia de cidadania social.¹

O avançar do Século XX e a disseminação das ideias de Keynes levaram uma ampla gama de países a reconhecer que os sistemas econômico e financeiro deveriam existir em função dos indivíduos. Era chegado o momento da mão visível do Estado keynesiano assumir a tarefa de construir uma situação de equilíbrio entre emprego, produção e fluxo de capitais. Os Estados tomam para si a tarefa de funcionarem como indutores do desenvolvimento econômico e social, buscando, deste modo, assegurar que a exploração da atividade produtiva priorize a distribuição de benefícios para o maior número possível de pessoas, e não apenas para os detentores do capital.²

A proteção social se materializa, ainda, na construção de uma ampla rede de assistência que permita assegurar, especialmente aos mais necessitados, condições mínimas de disputar um

¹ SUPIOT, Alain. *Homo Juridicus*. Ensaio sobre a função antropológica do Direito. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes. 2007. p. 190.

² SANTIAGO, Marcus Firmino. Bem-Estar Social: Uma análise sobre seus problemas e alternativas para sua sobrevivência. *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas*. Centro Universitário do Distrito Federal – UDF. Vol. II, n. 2, jul./dez. 2016. p. 20-21.

espaço no mercado. A igualdade é vista como um fim a ser perseguido e a noção de liberdade passa a se revestir de novos significados: o ser humano deve ser especialmente *livre da necessidade* (*freedom from want*), lembrando os dizeres de Franklin Roosevelt.³

O sucesso do Bem-Estar Social, contudo, não veio isento de contestações ou de reveses. Em vários momentos, e especialmente a partir do fim dos anos 1970, se fez presente uma forte reação liberal que, de forma sistemática, apontou suas baterias para o combate aos direitos sociais estabelecidos, evocados como princípios a serem perseguidos.

(...). Na Declaração de Filadélfia, a economia e a finança são os meios a serviço dos homens. É a perspectiva inversa que preside o atual processo de globalização: o objetivo de justiça social foi substituído pelo da livre circulação de capitais e de mercadorias (...).⁴

Nota-se que a trajetória de formação e estabilização dos Estados de Bem-Estar Social segue um movimento pendular, que oscila entre fases de grande expansão de direitos e mecanismos de proteção social e outras nas quais estes são restringidos. Normalmente estes fluxos e influxos seguem a maré dos sucessos e reveses econômicos experimentados pelos países.

Especialmente quando o balanço financeiro nacional insiste em ficar negativo, acumulando sucessivos déficits fiscais, muitos lembram dos vaticínios de autores como Friedrich Hayek que, com seu grupo de ‘peregrinos’, cuidou de manter viva a chama do liberalismo conservador que tanto tem sido lembrado nos tempos atuais. O respeito ao indivíduo e sua capacidade de autodeterminação é um traço evolutivo contra o qual o intervencionismo estatal atenta.⁵ Libertar as pessoas (ou os agentes econômicos) da ação nefasta do Estado é a meta, portanto, e isto implica na necessária redução dos mecanismos protetivos que tanto incomodam os detentores do capital.

Essa perspectiva de evolução e regressão de direitos, sob a ótica brasileira, não é diferente. Se a Constituição de 1988 abriu espaço para que muitos direitos sociais fossem garantidos e se pusesse em marcha um ciclo de profunda transformação social, esse período de euforia não tardou em ser questionado, talvez em virtude de momentos econômicos instáveis, que dificultariam a efetivação de direitos postos constitucionalmente.

³ SUPIOT, Alain. *O Espírito de Filadélfia*. A justiça social diante do mercado total. Porto Alegre: Sulina. 2014. p. 19.

⁴ SUPIOT, Alain. *O Espírito de Filadélfia*. Op. cit., p. 23

⁵ HAYEK, Friedrich A. *O Caminho da Servidão*. 6. ed. Trad. Anna Maria Capovilla et alli. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010. p. 36.

Passados os primeiros anos de vida da nova Constituição, não apenas os direitos sociais, mas também outros avanços trazidos voltaram ou passaram a ser objeto de acirrada crítica, levando, inclusive, ao questionamento quanto à legitimidade do processo constituinte. Muitos utilizaram isso como argumento para uma pretensa revisão constitucional, o que seria arcabouço para justificar a exclusão de uma série de direitos fundamentais, como os direitos trabalhistas.⁶ Quando se nota que o Bem-Estar Social brasileiro somente começa a se fazer possível a partir de 1988, momento em que se combinam as condições jurídicas, sociais e políticas para dar início a este projeto transformador, chega a ser chocante o curto espaço de tempo que se leva para começar seu desmonte.

Importante salientar que esse movimento de progressão e regressão, de avanço e retrocesso, ocorreu em praticamente todos os momentos constitucionais brasileiros, ou seja, desde a primeira Constituição brasileira, a Imperial de 1824 até a Constituição chamada Cidadã. O pêndulo do constitucionalismo brasileiro oscilou, frequentemente, entre textos legislativos avançados e perfeitamente adequados aos ideais vigentes em sua época e outros concebidos com o claro propósito de conferir uma aparência de legitimidade a regimes autoritários.⁷ Mais ainda: as práticas institucionais igualmente oscilam de forma reiterada e nem sempre com atenção aos limites e balizamentos trazidos pelas constituições.

3 O ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A promulgação da Constituição de 1988 foi de fundamental importância para que se começasse a efetivamente construir um modelo de Bem-Estar Social no Brasil. Contudo, os momentos que antecederam seu nascimento foram anos difíceis e é importante revisitá-los, ainda que rapidamente, para compreender melhor o contexto que envolveu o momento constituinte de 1987/88 e os sonhos que ali foram materializados.

Submerso num regime autoritário que durou cerca de 21 anos, o Brasil demorou a construir um Estado Social de Bem-Estar. Às vésperas do início do processo constituinte, havia uma sólida e disseminada massa crítica, formada ao longo dos anos anteriores, que apontava a premente necessidade de o país enfrentar o gravíssimo problema social existente:

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais*: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. Publicado em 01 set. 2008. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLI_S_final_01_09_08.pdf Acesso em: 03 de dez. 2016.

⁷ SANTIAGO, Marcus Firmino. Liberalismo e Bem-Estar Social nas Constituições brasileiras. *Revista História Constitucional*. n. 16, 2015. Disponível em: <http://www.historiaconstitucional.com>. Acesso em: 25 abr. 2017. p. 370.

(...) não bastava repetir, mais uma vez, um extenso rol de direitos, era imprescindível garantir que estes se tornassem reais, pudessem ser efetivamente usufruídos pela sociedade. Além de restaurar a liberdade, também era preciso enfrentar os pesados déficits sociais que se acumularam durante décadas.⁸

Do período compreendido entre 1969 a 1974 o país experimentou o chamado *milagre econômico*, caracterizado por forte expansão do Produto Interno Bruto e da renda média per capita, o que não foi, contudo, acompanhado de uma distribuição equitativa destes ganhos. O crescimento econômico entrou em declínio nos anos seguintes levando consigo o que restava de apoio social ao modelo político vigente:

O ano de 1973 marca o auge do ‘milagre’ em crescimento da produção e redução da inflação. Nos anos seguintes, o desempenho da economia será pior do que em 1973, o último ano do ‘milagre’. (...). O processo político e o processo econômico sempre se condicionaram mutuamente, mas esse intercondicionamento foi particularmente intenso durante o regime militar por ser um regime de força, que tornava o processo político opaco, com a imprensa sob censura, inclusive no terreno da economia.⁹

O crescimento econômico, que beneficiava alguns, foi acompanhado de incomparável expansão populacional dos centros urbanos e esvaziamento do campo, além de expressivo fluxo migratório das regiões Norte e Nordeste em direção ao Sul e Sudeste do país, contribuindo para formar grandes bolsões de pobreza. A desigualdade social alcançou níveis até então desconhecidos, fomentando um rápido recrudescimento da criminalidade organizada e da violência urbana.¹⁰

Foi nessa conjuntura política econômica que o país começou a se redemocratizar, em um processo lento e fortemente negociado ao final do qual completou-se a abertura política e os militares aceitaram devolver o poder à vontade popular.¹¹

O longo debate que conduziu a este termo teve um de seus marcos inaugurais no ano de 1977, durante a gestão de Raymundo Faoro como presidente da OAB, quando foi lançada a primeira campanha por uma nova Constituição (e também pelo restabelecimento do habeas corpus e por anistia geral para os perseguidos políticos pelo regime).¹² Nas eleições para

⁸ SANTIAGO, Marcus Firmino. Liberalismo e Bem-Estar Social nas Constituições brasileiras. *Op. cit.*, p. 368.

⁹ SINGER, Paul. O processo econômico. in REIS, Daniel Aarão (Coord). *História do Brasil Nação*. Modernização, Ditadura e Democracia – 1964-2010. Vol. 5. Rio de Janeiro: Objetiva, 2014. p. 197 e 199.

¹⁰ SANTIAGO, Marcus Firmino. Liberalismo e Bem-Estar Social nas Constituições brasileiras. *Op. cit.*, p. 363-364.

¹¹ SILVA, Francisco Carlos Teixeira da. O Brasil no mundo. in REIS, Daniel Aarão (Coord). *História do Brasil Nação*. Modernização, Ditadura e Democracia – 1964-2010. Vol. 5. Rio de Janeiro: Objetiva, 2014. p. 148.

¹² FAORO, Raymundo. Entrevista in DIAS, Maurício (org.). *Raymundo Faoro. A Democracia Traída*: Entrevistas. São Paulo: Globo, 2008. p. 20.

Governadores de 1982, a ideia de uma constituinte foi tema recorrente entre candidatos de oposição, assim como no movimento *Diretas já*.

Em 1983 deu-se início à campanha pelo restabelecimento de eleições diretas para Presidente da República, suprimidas em 1964 pelo primeiro Ato Institucional.¹³ Embora frustrado em seu intento (a emenda constitucional não alcançou o quórum qualificado de 320 votos na Câmara dos Deputados, restando rejeitada ante as insuficientes 298 adesões¹⁴), este movimento mobilizou multidões, aglutinou diferentes segmentos sociais e correntes ideológicas, funcionando como um catalisador para expressão de um amplo e disseminado desejo de mudança.

Duas campanhas estiveram portanto nas ruas, sendo que uma, mais forte e imediata, de certo modo ofuscou e suspendeu a primeira, a saber, a da Constituinte, e de certo modo retardou em cerca de cinco anos o coroamento do ato convocatório do primeiro dos poderes soberanos. Foi a campanha da sucessão presidencial pelo voto direto, cuja fase culminante se concretizou com a histórica cruzada das Diretas-Já, de que nasceu paliativamente a nova República (...). As Diretas-Já não ocorreram em 1985, como queria a Nação. Teve esta que resignar-se com o último colégio eleitoral da ditadura. Cumpria ele seu derradeiro ato de poder, depois de cair nas mãos da maioria democrática, elegendo Tancredo Neves presidente da República. Tancredo, por motivo de doença, não pode tomar posse (...) vindo a falecer algumas semanas depois.¹⁵

Mesmo com o revés sofrido, seguia firme o ciclo de formação de um novo Estado e uma nova ordem constitucional. Nelson Nogueira Saldanha, em 1985, informava:

Constrangidos diante dos alunos de Teoria do Estado e Direito Constitucional durante muitos anos, em que ir além dos enunciados positivos era arriscar-se, e não o fazer era um escapismo, os professores de Direito recomeçaram, no Brasil de 1984 para 1985, a retomar postura crítica e comparativa, indo dos textos para os pressupostos, ou analisando problemas gerais em termos mais abertos. Destarte se tem mantido uma atmosfera de revisão e de novas exigências, que se (como advertimos acima) enseja com frequência exageros e incoerências, vem permitindo o reexame franco e inteiro de um grande número de temas.¹⁶

¹³ Ato Institucional n. 01, de 09 de abril de 1964

.....

Art. 2º - A eleição do Presidente e do Vice-Presidente da República, cujos mandatos terminarão em trinta e um (31) dias de janeiro de 1966, será realizada pela maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, dentro de dois (2) dias, a contar deste Ato, em sessão pública e votação nominal.

BRASIL. Ato Institucional n. 01, de 09 de abril de 1964. Dispõe sobre a manutenção da Constituição Federal de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as modificações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da revolução Vitoriosa. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-01-64.htm Acesso em 06 jun. 2017.

¹⁴ ALENCASTRO, Luiz Felipe de. O Golpe de 1964 e o Voto Popular. *Novos Estudos CEBRAP*. n. 98, março 2014. p. 11.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 1991. p. 452-453.

¹⁶ SALDANHA, Nelson Nogueira. *Poder Constituinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 21.

Assume então, o primeiro Presidente civil, José Sarney, vice de Tancredo Neves, em 15 de março de 1985. Diante da irrefreável pressão por uma nova ordem constitucional que culminasse o processo de transição democrática, Sarney instituiu a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais. Finalmente, a Emenda Constitucional n. 26, de 27/11/1985, conferiu poderes constituintes para o Congresso que seria eleito em 1986.¹⁷

Em 1º de fevereiro de 1987 foi instalada a Assembleia Nacional Constituinte, sob o comando do Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Moreira Alves, que dirigiu a sessão inaugural. Naquela ocasião, Moreira Alves, valendo-se das lições de Karl Loewenstein, antecipou um aspecto crucial do debate constitucional então presente e que se manifestaria pelos anos seguintes: a Constituição sozinha não muda nada na vida de ninguém, mas, se bem compreendida e aplicada, pode fornecer as bases para intensas e necessárias transformações.

A massa do povo é suficientemente lúcida para reclamar um mínimo de justiça social e de segurança econômica. Porém, nem a mais perfeita Constituição está em situação de satisfazer essas aspirações, por mais pretensioso que possa ser o catálogo dos direitos fundamentais econômicos e sociais. A Constituição não pode solver o abismo entre a pobreza e a riqueza, não pode trazer comida, nem casa, nem roupa, nem educação, nem descanso, ou seja, as necessidades essenciais da vida.¹⁸

Com a Constituição de 1988, o Estado brasileiro foi profundamente reformulado em suas bases estruturantes. Neste momento, foi enfim chamado a efetivamente atuar como um agente de promoção do Bem-Estar Social, empreendendo vastos esforços a fim de assegurar a implementação das garantias sociais que passam a compor o cerne da vida estatal.

O modelo de Bem-Estar Social contemplado pela Constituição de 1988 se estabelece, naturalmente, sob a tutela do Estado, instado a intervir nas relações socioeconômicas, com o que se busca suprimir o caráter mercantilizado de determinados bens, valores e práticas. Esse modelo visa a construir e manter uma sociedade que respeite a dignidade da pessoa humana, os direitos individuais e fundamentais, valorizando o trabalho e o emprego.¹⁹

¹⁷ NASSAR, Paulo André. Construção do compromisso maximizador: Análise do Processo Constituinte e das características da Constituição de 1988. in VIEIRA, Oscar Vilhena *et alli.* (Org). *Resiliência Constitucional*. Compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual. São Paulo: Direito FGV, 2013. p. 26.

¹⁸ LOEWENSTEIN, Karl. *apud* ALVES, José Carlos Moreira. Assembleia Nacional Constituinte. Instalação. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 24, n. 98, jan./mar. 1987. Brasília: Senado Federal. p. 8-9.

¹⁹ DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *Constituição da República e Direitos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: LTr. 2015. p. 45.

Interessante registrar que o então primeiro civil a presidir a República, após longo período de governos militares, logo viria a se tornar um crítico da Constituição a qual estava ajudando a construir:

A Constituição de 1988, no ponto de vista do então presidente José Sarney, conhecido como crítico do texto, é excelente na parte dos direitos humanos e sociais, porém peca por seu hibridismo, por ser ao mesmo tempo parlamentarista e presidencialista, pelo seu forte potencial gerador de ingovernabilidade.²⁰

Nota-se, nesse aspecto, que, ainda durante seu processo de elaboração, o texto gestado já sofria severas críticas. Na leitura de Oscar Vilhena Vieira, o texto final da Constituição foi fruto de um movimento conciliatório que buscou acomodar as diferentes correntes políticas presentes no espectro estatal e social brasileiro, onde se incluem aquelas que seguiram arraigadas às estruturas de poder. E alerta: “Por conciliação não se deve compreender, no entanto, um processo de negociação entre forças razoavelmente igualitárias na sociedade para firmar um pacto simétrico de mútuo interesse.”²¹

Em que pesem estas aparentes contradições, fruto decerto do pluralismo presente no processo constituinte (e reflexo da transição negociada, sem rupturas, que marcou o ocaso do militarismo), a Constituição de 1988 refletiu largamente os anseios de uma sociedade que clamava por liberdades, por melhores condições de vida e trabalho. Daí que trouxe, entre outros tantos, um grande rol de direitos voltados para os trabalhadores, através de seu artigo 7º e seguintes, de importância crucial na luta contra a desigualdade e pela construção de um modelo de Bem-Estar Social brasileiro.

O artigo 7º, por sua vez, estipula para os trabalhadores largo rol de direitos trabalhistas, ao lado de alguns previdenciários, ficando um piso constitucional mínimo para contratação e gestão trabalhista no País. Tão importante quanto esse rol é a circunstância de o mesmo preceito, no *caput* do art. 7º, incorporar o relevante *princípio da norma mais favorável* no corpo constitucional, ao dispor: ‘São direitos

²⁰ MENCK, José Theodoro Mascarenhas. Constituinte de 1987 e a Constituição Possível. in ARAÚJO, José Cordeiro de *et alli* (Org). *Ensaio sobre Impactos da Constituição Federal de 1988 na Sociedade Brasileira*. Vol. 1. Brasília: Câmara dos Deputados. 2008. p. 19-20. A este aspecto, lembrado por Menck, pode-se somar a descentralização federativa pretendida naquele momento, que levou ao incremento das receitas tributárias de Estados e Municípios em detrimento da União e contribuiu para que o então Presidente concluísse que o país se tornara ‘ingovernável’. Ver, a propósito, o estudo de IBRAHIM, Fábio Zambitte; SCHWARTZ, Gustavo Carvalho Gomes. As Contribuições Sociais como Instrumento de Fraude ao Pacto Federativo. *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas*. Centro Universitário do Distrito Federal – UDF. Volume 3, n. 1, jan-jun/2017. p 183-206.

²¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. Do Compromisso Maximizador ao Constitucionalismo Resiliente. in VIEIRA, Oscar Vilhena *et alli*. (Org). *Resiliência Constitucional*. Compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual. São Paulo: Direito GV, 2013. p. 18.

dos trabalhadores urbanos e rurais, *além de outros que visem à melhoria de sua função social:*’.”²²

A Constituição é instrumento de fundamental importância para solidificar e efetivar os direitos sociais que permitem o avanço de um Estado de Bem-Estar Social, principalmente no que diz respeito à proteção dos direitos dos trabalhadores, que se tornam elementos de construção de uma sociedade menos desigual. Afinal, “São impensáveis a estrutura e a operação prática de um efetivo Estado Democrático de Direito sem a presença de um Direito do Trabalho relevante na ordem jurídica e na experiência concreta dos respectivos Estado e sociedade civil.”²³

Não há dúvidas de que, após a promulgação da Constituição de 1988, houve um grande esforço no sentido de conferir efetividade ao seu texto, sobretudo no que se refere às normas definidoras de direitos sociais. A caminhada no rumo de um verdadeiro Estado de Bem-Estar Social tem acontecido ao longo destes anos, embora nem sempre de forma constante e linear, e deu origem a importantes programas sociais.

Políticas públicas como o Programa Bolsa-família, por exemplo, permitiram que famílias recolocassem seus filhos na escola, sob a condição de auxílio; ou ainda, a inclusão de estudantes carentes em programas de estudo universitário, facilitando o acesso de muitos jovens ao ensino superior. Como aponta Célia Kerstenetzky, nas últimas duas décadas os gastos sociais foram praticamente triplicados.²⁴

No subconjunto de políticas aqui denominado ‘políticas sociais economicamente orientadas’, destacam-se a ampliação das transferências governamentais – aí incluídas as aposentadorias dos trabalhadores do setor privado, urbano e rural, as políticas e programas assistenciais, como (...) o programa Bolsa Família (...).²⁵

Ocorre que o movimento pendular parece não se aquietar por variadas razões e os direitos sociais como um todo, mas especialmente os trabalhistas, voltam a ser objeto de propostas limitadoras, num terreno onde o conservadorismo capitalista ganha força e reverbera suas pretensões.

²² DELGADO, Maurício Godinho. Constituição da República, Estado Democrático de Direito e Direito do Trabalho. in ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de (Coord). *Direito Constitucional do Trabalho*. São Paulo: LTr. 2015. p. 27.

²³ DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *Constituição da República e Direitos Fundamentais*. Op. cit., p. 47.

²⁴ KERSTENETZKY, Célia Lessa. *O Estado do Bem-Estar Social na Idade da Razão*. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2012. p. 211

²⁵ KERSTENETZKY, Célia Lessa. *O Estado do Bem-Estar Social na idade da razão*. p. 234.

O capitalismo da economia global domina o mundo. (...). Atravessando fronteiras e arruinando instituições suas vítimas se chamam soberania, nação, democracia, liberdade, Estado social e Constituição. (...). O capitalismo global ameaça revogar teoria, implodir conceitos e anular valores. (...). O povo brasileiro está encarcerado na Bastilha do desemprego, do neoliberalismo, da globalização, da soberania abdicada.²⁶

Anos antes, durante a Ditadura Militar, torturas e assassinatos eram frequentes nos calabouços da repressão. Entretanto, superado o regime ditatorial, o neoliberalismo, intensamente presente em especial a partir dos anos 1990, sem derramar sangue de seus patriotas parece se achar inclinado a perpetrar atos de igual modo reprováveis na esfera da economia, da ética, da tributação e do serviço público.²⁷

Não é difícil inferir, a par das análises feitas, que momentos de grande instabilidade social tendem a recair sobre a nação em virtude das reformas estruturais limitadoras de direitos que são propostas. Reformas essas que se escondem atrás de uma pretensa bandeira de progresso. Contudo, progresso e restrição de direitos são dois conceitos que não combinam num Estado Social Democrático de Direito.

4. A IMINENTE DESCONSTRUÇÃO DO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL BRASILEIRO: O SISTEMA DE PROTEÇÃO AO TRABALHADOR EM RISCO

Ao longo da história de implementação dos direitos constitucionais, sobretudo os trabalhistas, houve momentos em que se avolumaram conquistas e outros que impuseram retrocessos. Contraopondo-se à luta de muitos pela efetivação e ampliação de direitos sociais trabalhistas, em todo o tempo, seja quando da elaboração da Constituição de 1988, seja agora, encontram-se vozes ressoantes no sentido de limitar tais direitos.

Em diferentes ocasiões, na sequência aparentemente interminável de crises que marca a vida econômica brasileira, a estagnação do sistema produtivo teve como consequência a supressão de direitos e salvaguardas dos trabalhadores. Em vários momentos fez-se forte o discurso de que o combate ao desemprego demandaria reduzir o custo do trabalho e – paradoxalmente – facilitar as demissões.

²⁶ BONAVIDES, Paulo. *Do País Constitucional ao País Neocolonial: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 70-71.

²⁷ BONAVIDES, Paulo. *Do País Constitucional ao País Neocolonial*. *Op. cit.*, p. 138-139.

Durante os anos de 1988 a 1994 houve um grande avanço nas políticas de Bem-Estar Social no país, permitindo maior participação dos cidadãos e maior descentralização na promoção de políticas públicas. “É desse período a definição do novo perfil do estado de bem-estar brasileiro, vinculando as políticas de proteção e promoção social a direitos sociais exigíveis pelos cidadãos (...).”²⁸

Para Célia Kerstenetzky, a partir de meados dos anos 1990, como reflexo da adoção do Plano Real e a ênfase conferida ao equilíbrio fiscal, verifica-se uma retração das políticas sociais: “Ao fim desse primeiro período expansionista, em 1994, frente ao recrudescimento da inflação após planos de estabilização fracassados, a tônica do ajuste fiscal finalmente atinge os gastos sociais.”²⁹

De forma mais pormenorizada expõe a autora:

Na fase pós-redemocratização entre os anos de 1985 e 1994, o Brasil teve três governantes e apenas uma eleição presidencial sob as novas regras democráticas, (...). Os oito anos seguintes, sob a presidência de Cardoso, se caracterizariam por maior estabilidade política e diretrizes mais coerentes para as políticas sociais. Todavia, (...) o período se caracterizou por um desenvolvimento limitado das políticas sociais, (...) os anos Cardoso foram marcados pelo esforço de estabilização da economia (...). O esforço envolveu um forte ajuste fiscal (...) com efeitos consideráveis. O primeiro conjunto de efeitos decorreu dos próprios resultados negativos sobre o emprego e a renda do trabalho.³⁰

A austeridade fiscal que caracteriza a primeira década do Plano Real veio acompanhada pela incorporação do credo neoliberal, o que se traduziu em uma forte redução do papel interventivo estatal, a quebra de monopólios, a desestatização de diferentes espaços produtivos e a adoção de maiores facilidades ao livre fluxo de capitais. O Brasil entrou de cabeça na lógica do capitalismo financeiro, passando a depender cada vez mais do ingresso de recursos que em nada se comprometem com o bem-estar da sociedade.³¹

Nos anos que se seguiram, a taxa de desemprego cresceu e o salário médio dos trabalhadores caiu. Isso significou uma grande estagnação social: “(...) o outro efeito do ajuste fiscal foi afetar a própria capacidade de resposta das políticas sociais, especialmente dentro da lógica universal (...).”³²

²⁸ KERSTENETZKY, Célia Lessa. *O Estado do Bem-Estar Social na idade da razão*. Op. cit., p. 217.

²⁹ KERSTENETZKY, Célia Lessa. *O Estado do Bem-Estar Social na idade da razão*. Op. cit., p. 219.

³⁰ KERSTENETZKY, Célia Lessa. *O Estado do Bem-Estar Social na idade da razão*. Op. cit., p. 220.

³¹ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *A Construção Política do Brasil*. Sociedade, economia e Estado desde a independência. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2015. p. 311 e segs. Complementando este raciocínio, Stiglitz destaca haver “(...) uma relação clara entre a maior financeirização das economias mundiais e o aumento da desigualdade.” STIGLITZ, Joseph E. *O Grande Abismo*. Sociedades desiguais e o que podemos fazer sobre isso. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016. p. 9.

³² KERSTENETZKY, Célia Lessa. *O Estado do Bem-Estar Social na idade da razão*. Op. cit., p. 220.

No ciclo seguinte, entre os anos 2003 e 2009, o Brasil alcança uma nova perspectiva econômica com consequentes avanços em políticas e gastos sociais, permitindo um incremento nas políticas de Bem-Estar Social: “(...) as políticas do estado do bem-estar ganham novo alento. A novidade principal está na experimentação de novos modos de interação entre políticas econômicas, em um modelo de ‘crescimento redistributivo’.”³³

Entretanto, essa experimentação de novos modelos econômicos e redistribuição social volta a se deparar com severos limites fiscais, levando o pêndulo a oscilar mais uma vez.

A recessão econômica que se avizinha no Brasil em 2014 e se escancara a partir de 2015, aliada a uma forte mudança ideológica no comando do Governo Federal, trouxeram de volta os já conhecidos cortes em políticas públicas sociais e de incentivo à melhora das condições de vida das pessoas, sobretudo dos trabalhadores. As crises econômicas aprisionam os grupos sociais mais vulneráveis em um círculo nada virtuoso onde, não havendo geração de emprego, a economia fica estagnada, os setores produtivos do mercado sofrem queda, a inflação sobe e o país entra em recessão.

Tais problemas passam a ser os principais argumentos utilizados por aqueles que desejam restringir direitos sociais, colocando em xeque a sobrevivência do Estado de Bem-estar Social. As ideias e ideais do neoliberalismo são reagitados, propugnando por um Estado menos atuante, menos interventor nas ordens social e econômica, sob o pretexto de que este ‘novo’ paradigma liberal garantirá melhores condições de crescimento econômico para o país, gerando benefícios para todos.

Deste modo, cresce o discurso que “Aplauda o neoliberalismo, triunfalmente, o capitalismo; mal percebe, contudo, que o capital pode colocar a Humanidade, pela segunda vez, no buraco negro da História.”³⁴ Neste contexto as reformas vão ganhando corpo sob o prisma de um pretenso progresso. Esta é a bandeira do reformismo. Reformas legislativas. Reformas constitucionais. Reformas. Todas apresentadas como imprescindíveis para a implementação de um suposto novo período de crescimento econômico.

Semelhante retórica é utilizada por muitos segmentos sociais na atualidade, que se valem de um momento de fragilidade institucional e política pela qual passa o país para defender reformas que levam o sistema jurídico de proteção ao trabalho para um patamar dissonante daquele desenhado na Constituição de 1988. Assim sustenta a Confederação Nacional da Indústria - CNI, ao defender uma nova legislação trabalhista, cuja *modernização* é essencial para proporcionar a melhoria do ambiente de negócios, contribuindo com o

³³ KERSTENETZKY, Célia Lessa. *O Estado do Bem-Estar Social na idade da razão*. Op. cit., p. 231.

³⁴ BONAVIDES, Paulo. *Do País Constitucional ao País Neocolonial*. Op. cit., p. 140.

crescimento econômico, na medida em que venha a beneficiar as empresas com mais segurança jurídica e estabilidade.³⁵

A mesma linha de pensamento se encontra, por exemplo, na Exposição de Motivos apresentada ao Projeto de Lei n. 6.787, de 2016 (que acabou por dar origem à Lei 13.467, conhecida como Reforma Trabalhista e melhor abordada na sequência). O texto - relativamente curto - de apresentação do referido Projeto refere-se apenas a questões pontuais, sequer adentrando nas discussões centrais e efetivamente motivadoras da reforma. Contudo, apesar da superficialidade dos argumentos, é possível perceber a sintonia com o discurso aqui comentado. A ênfase na superioridade da negociação coletiva sobre normas legais - em que pese a fragilização dos sindicatos que o mesmo Projeto propunha - ou a defesa da maior 'flexibilidade no processo de contratação de trabalhadores' são exemplos de propostas que invertem a lógica tutelar cunhada na Constituição de 1988.³⁶

O que aparentemente não faz muito sentido - sob a perspectiva constitucional - se coaduna perfeitamente com o interesse do capital, que visa o lucro com absoluta prioridade, não raro inclusive sobre o ser humano, e encontra amplo espaço para ser defendido e implantado em um contexto no qual o Estado se vê prisioneiro do mercado financeiro. Em semelhante contexto, a capacidade estatal de tutelar interesses coletivos se vê severamente limitada quando, nas palavras de Joseph Stiglitz, "(...) o governo é sequestrado por empresas e, principalmente, pelos mercados financeiros", restando incapaz de intervir nos espaços econômicos e contrabalançar a força do capital.³⁷

Esse é o ideal do capitalismo liberal. Propõe-se um modelo econômico de última geração que, ao mesmo passo, desfere, em silêncio, o que é denominado como golpe de Estado institucional. Este, ao contrário do golpe de Estado governamental, não remove governos, mas regimes, não busca direitos, mas privilégios e não ousa vir a público declarar suas verdadeiras intenções. Assim, vão fluindo medidas que desembocam em desemprego, submissão passiva a organismos internacionais, desmantelamento de sindicatos, desvalorizando os indivíduos do ponto de vista humano e social.³⁸

³⁵ CNI - Confederação Nacional da Indústria. *Modernização Trabalhista. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017 - Panorama Anterior e Posterior à Aprovação.* Disponível em http://www.portaldaindustria.com.br/relacoesdotrabalho/media/publicacao/chamadas/Modernizacao%20Trabalhista_Vweb.pdf Acesso em 20 out. 2017.

³⁶ BRASIL. Projeto de Lei n. 6.787, de 2016 (Poder Executivo). Altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 – Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências. Disponível em <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020170204000170000.PDF#page=17> Acesso em 23 set. 2017.

³⁷ STIGLITZ, Joseph E. *O Grande Abismo. Op. cit.*, p. 13.

³⁸ BONAVIDES, Paulo. *Do País Constitucional ao País Neocolonial. Op. cit.*, p. 23.

A fragilidade das relações trabalhistas volta a ganhar contornos de importante consideração e debate, entretanto, os mais interessados e atingidos por pretensas e eventuais reformas são pouco ouvidos e raramente lembrados. A não ser na condição de *objetos*, e não sujeitos de direitos. Muitas das atuais reformas buscam exatamente transformar o trabalhador em objeto, esquecendo sua condição humana.

A *objetificação* do trabalhador não é condição nova. “O trabalhador objetivado é aquele que, estando submetido ao poder anônimo de objetivos a serem atingidos, perde o último elemento da subjetividade, a relação pessoal com o chefe.”³⁹ Sua desconsideração enquanto um ser subjetivado – e consequente consideração como elemento objetivado – é uma das nuances das reformas que atingem direitos trabalhistas.

Tome-se como exemplo a recente mudança no sistema de contratação de serviços terceirizados, medida aprovada com respaldo no discurso liberalizante, que defende a máxima eficiência do sistema produtivo e a supressão dos entraves que a legislação trabalhista representaria.

A Lei nº. 13.429 de 2017⁴⁰, que prevê em seu texto a possibilidade de terceirização de todas as atividades da empresa, modificou a Lei nº. 6.019 de 1974, criando uma situação de notória afronta ao sistema protetivo constitucional. Ora, toda empresa, todo empregador, de acordo com os ditames expressos e lógicos da Constituição Federal, deve exercer a sua função social. Isso significa que o empregador pode explorar a mão de obra trabalhadora, entretanto, deve primar pelo seu bem-estar, o que se perde quando aquele que se vale do trabalho alheio não tem qualquer responsabilidade direta perante o sujeito que lhe presta serviços. É em semelhante fundamento que Gabriela Delgado e Hélder Amorim se respaldam para sustentar:

A Constituição da República Federativa do Brasil, por sua lógica conceitual e estrutural e por vários de seus princípios e regras jurídicas, rejeita manifestamente a terceirização em atividades finalísticas de empresas e entes públicos. E apenas por exceção, em caráter e abrangência firmemente restrito, admite a terceirização em atividades-meio da entidade tomadora.⁴¹

E os exemplos maiores do que se discute até aqui vêm da Reforma Trabalhista, promulgada em julho de 2017, após rápida tramitação nas Casas Legislativas,⁴² por meio da

³⁹ SUPIOT, Alain. *Homo Juridicus*: Ensaio sobre a função antropológica do Direito. *Op. cit.*, p. 212.

⁴⁰ Art. 9º, § 3º. O Contrato de Trabalho temporário pode versar sobre o desenvolvimento de atividades meio e atividades-fim a serem executadas na empresa tomadora de serviço.

⁴¹ DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. A inconstitucionalidade da terceirização na atividade-fim das empresas. *Revista do TST*. Brasília, vol. nº. 3, jul/set 2014. p. 75.

⁴² O Projeto de Lei encaminhado em 23/12/2016 pelo Poder Executivo tramitou em regime de urgência. As discussões na Câmara dos Deputados começaram em 03/02/2017 e foram concluídas em 26/04/2017, ou seja,

Lei 13.467. O cerne das inúmeras alterações implementadas na CLT foi a busca por maior ‘flexibilidade’ para as relações de trabalho, sempre segundo o argumento de que a geração de empregos - tão necessária nos tempos atuais - depende da redução do custo dos contratos. Assim, há inúmeras medidas que flexibilizam as relações de trabalho e, em regra, fragilizam a posição dos empregados, dificultando o pleno exercício de direitos previstos na Constituição.

Os argumentos daqueles que defendem a flexibilização de direitos são sempre os mesmos: a economia precisa voltar a crescer e, para tal, é necessário que a excessiva rigidez do sistema protetivo laboral seja abrandada. Esse é o mote utilizado pela reforma trabalhista que, sob a égide da modernização, incentiva a negociação coletiva, onde o negociado passará a ter mais valor que o legislado:

O que se tenta, concretamente, é fazer com que os próprios trabalhadores sejam agentes de suas derrotas, vez que numa realidade de desemprego estrutural, de terceirização ampla, de trabalho intermitente como regra e de sindicatos fragilizados, os empregadores (sobretudo os grandes empregadores) terão amplas condições de impor a sua vontade, sempre com o argumento de que se as reduções não forem aceitas conduzirão os trabalhadores ao desemprego, o que, aliás, foi expressamente autorizado pelo projeto (o projeto da reforma expressamente autoriza e, assim até incentiva, as dispensas coletivas sem justo motivo – o que vinha sendo impedido pela Justiça do Trabalho).⁴³

De acordo com a Lei 13.467/2017, aplicar-se-á à Justiça do Trabalho o princípio da intervenção mínima. Isso significa que a Justiça do Trabalho, ao analisar um acordo coletivo de trabalho ou uma convenção coletiva, deverá levar em consideração o negociado pelas partes, caso o objeto do acordo contrarie a legislação. Deverá, portanto, pautar sua atuação respeitando a autonomia de vontade das partes que negociam, atuando de forma mínima na tutela desse ‘negócio jurídico’ que passa a ser o contrato de trabalho, inclusive com aplicação subsidiária do Código Civil.

Estes são dois dentre vários exemplos que ilustram o movimento pendular que afasta a legislação trabalhista do paradigma protetivo desenhado originariamente na Constituição de

pouco mais de dois meses. Já no Senado o Projeto foi recebido em 28/04/2017 e aprovado em Plenário no dia 11/07/2017, de novo menos de três meses. A Reforma Trabalhista foi aprovada em pouco mais de cinco meses, um tempo extremamente curto para debate de um projeto que alterou mais de uma centena de dispositivos da CLT e de outras leis trabalhistas, além de modificar elementos cruciais à própria estrutura de funcionamento do Direito e do Processo do Trabalho.

Sobre a tramitação legislativa na Câmara dos Deputados, ver: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122076> Acesso em 23 set. 2017.

A tramitação do Projeto de Lei no Senado está descrita em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129049> Acesso em 23 set. 2017.

⁴³ MAIOR, Jorge Luiz Souto. *A quem interessa essa ‘reforma’ trabalhista?* Publicado em 01 mai. 2017. Disponível em: <http://www.jorgesoutomaior.com/blog/a-quem-interessa-essa-reforma-trabalhista> Acesso em: 03 de maio de 2017.

1988. Reformas como as apontadas acima demonstram a fragilidade dos direitos sociais trabalhistas e o risco em que se vê o próprio Estado de Bem-Estar Social. Afinal, em uma sociedade organizada a partir da produção capitalista e da exploração do trabalho, flexibilizar relações laborais tem como consequência direta fragilizar a posição jurídica da grande maioria das pessoas, o que coloca em risco a paz social.

Dados concretos comprovam a tendência crescente à informalidade, ampliando-se o quadro de trabalhadores mantidos (involuntariamente) à margem do sistema de proteção estatal, ‘flexibilizados’ pela escassez de empregos formais que assola o país, em um cenário que não tende a ser revertido em futuro próximo.⁴⁴ Este é um contexto que se torna especialmente gravoso diante da opção estatal (traduzida nas alterações legislativas realizadas) por apostar no abrandamento dos mecanismos de tutela das relações de emprego.

Ao que consta, pelas práticas reiteradas do Parlamento brasileiro, sobretudo com a chancela do Executivo, não há princípios constitucionais ou direitos fundamentais que impeçam tais medidas. O argumento liberal conservador, que demoniza os direitos trabalhistas e exalta o mercado, ignora teorias ou normas constitucionais e, onde estas se mostram um incômodo obstáculo, busca suprimi-las ou, simplesmente, ignorá-las.

A linha da regressão das garantias trabalhistas, encontrando solo fértil, vai se aprofundando e ganhando sofisticação. (...) assiste agora, à tentativa de obscurecer a própria relação de emprego, com o nítido propósito, embora não declarado, de fugir totalmente das obrigações decorrentes do Direito do Trabalho. Evita-se, assim, de todos os modos, pronunciar a palavra ‘empregado’.⁴⁵

Não se pode esquecer que, ainda em sua recente promulgação, a Constituição Federal de 1988 já era considerada um instrumento de ingovernabilidade.⁴⁶ O momento atual abre uma janela de oportunidades para que a insatisfação de movimentos conservadores com o arcabouço de conquistas sociais adquiridas pelas classes trabalhadoras através do texto constitucional seja transformada em ações voltadas a desmontar um sistema desde sempre indesejado.

⁴⁴ Dados divulgados pelo IBGE em 31 de agosto de 2017 informam que entre abril e julho deste ano a redução do nível de pessoas desempregadas se deveu exclusivamente ao trabalho informal, repetindo tendência que já vem sendo registrada reiteradamente, desde a debacle econômica de 2014/2015. MARLI, Monica. Trabalho Informal faz Desemprego Cair. Publicado em 31 ago. 2017. Disponível em <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/16155-trabalho-informal-faz-desemprego-cair.html> Acesso em 18 out. 2017.

⁴⁵ MAIOR, Jorge Luiz Souto. A Supersubordinação. in RENAULT, Luiz Otávio Linhares *et alli* (Coord). *Parassubordinação: Estudos em homenagem ao Professor Márcio Túlio Viana*. São Paulo: LTr, 2011. p. 55.

⁴⁶ MENCK, José Theodoro Mascarenhas. Constituinte de 1987 e a Constituição Possível. *Op. cit.*, p. 19-20.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A construção de direitos sociais no Brasil passou por momentos de ruptura e reconstrução. Ruptura com um Regime Militar que durou cerca de 21 anos e posterior estabelecimento de um regime social democrático de direito.

Após a luta por *Diretas Já*, um dos marcos no processo de mobilização social em torno da redemocratização do país, nasce um novo modelo de Bem-Estar Social a partir de uma Constituição cujo foco é o reconhecimento e a concretização de direitos, especialmente de cunho social. Ocorre que esses avanços são paulatinamente sucedidos por retrocessos e, em seguida, novos ganhos. É o fluxo de progressão e regressão, o movimento pendular no contexto dos direitos sociais.

Esta oscilação pendular é vivida atualmente através da iminente regressão de direitos conquistados pelos trabalhadores. Direitos que são objeto de mudanças sem o necessário e imprescindível debate com os sujeitos diretamente interessados, criando um sistema que destoia do paradigma constitucional traçado em 1988.

A reforma trabalhista proposta, analisada e aprovada pelo Congresso Nacional, coloca em risco o Estado de Bem-Estar Social na medida em que desestrutura direitos historicamente sedimentados, como o livre acesso ao Judiciário, enfraquecendo a classe trabalhadora. E o que acontece no universo das relações de trabalho é reflexo de uma tendência que se manifesta em todos os espaços de relações sociais, resultado da reiterada crítica ao Bem-Estar Social que ganha corpo e coloca em dúvida a possibilidade de sobrevivência dos sistemas protetivos.

Isto se mostra particularmente grave em países como o Brasil, onde subsistem altos níveis de desigualdade, reflexo de déficits sociais históricos que ainda não foram equacionados. Tais considerações precisam ser levadas em conta diante da crescente e disseminada opção por incorporar um discurso liberalizante e francamente contrário ao horizonte constitucional ainda vigente.

REFERÊNCIAS

ALENCASTRO, Luiz Felipe de. O Golpe de 1964 e o Voto Popular. *Novos Estudos CEBRAP*. n. 98, março 2014.

ALVES, José Carlos Moreira. Assembleia Nacional Constituinte. Instalação. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 24, n. 98, jan./mar. 1987. Brasília: Senado Federal.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 1991.

BONAVIDES, Paulo. *Do País Constitucional ao País Neocolonial: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional*. São Paulo: Malheiros. 2009.

BRASIL. Ato Institucional n. 01, de 09 de abril de 1964. Dispõe sobre a manutenção da Constituição Federal de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as modificações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da revolução Vitoriosa. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-01-64.htm Acesso em 06 jun. 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em 12 mai. 2017.

BRASIL. Projeto de Lei n. 6.787, de 2016 (Poder Executivo). Altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 – Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências. Disponível em <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020170204000170000.PDF#page=17> Acesso em 23 set. 2017.

BRASIL. Lei 6.019, de 03 de janeiro de 1974. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019.htm Acesso em 20 jun. 2017.

BRASIL. Lei 13.429, de 31 de março de 2017. Altera dispositivos da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm. Acesso em 20 jun. 2017.

BRASIL. Lei 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm Acesso em 18 jul. 2017.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *A Construção Política do Brasil*. Sociedade, economia e Estado desde a independência. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2015.

CNI - Confederação Nacional da Indústria. *Modernização Trabalhista. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017 - Panorama Anterior e Posterior à Aprovação*. Disponível em http://www.portaldaindustria.com.br/relacoesdotrabalho/media/publicacao/chamadas/Modernizacao%20Trabalhista_Vweb.pdf Acesso em 20 out. 2017.

DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. A inconstitucionalidade da terceirização na atividade-fim das empresas. *Revista do TST*. Brasília, vol. nº. 3, jul/set 2014.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *Constituição da República e Direitos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: LTr. 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. *Constituição da República, Estado Democrático de Direito e Direito do Trabalho*. in ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de (Coord). *Direito Constitucional do Trabalho*. São Paulo: LTr. 2015.

FAORO, Raymundo. Entrevista. in DIAS, Maurício (org.). *Raymundo Faoro. A Democracia Traída: Entrevistas*. São Paulo: Globo, 2008.

HAYEK, Friedrich A. *O Caminho da Servidão*. 6. ed. Trad. Anna Maria Capovilla et alli. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

IBRAHIM, Fábio Zambitte; SCHWARTZ, Gustavo Carvalho Gomes. As Contribuições Sociais como Instrumento de Fraude ao Pacto Federativo. *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas*. Centro Universitário do Distrito Federal – UDF. Volume 3, n. 1, jan-jun/2017.

KERSTENETZKY, Célia Lessa. *O Estado do Bem-Estar Social na Idade da Razão*. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2012.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *A quem interessa essa ‘reforma’ trabalhista?* Publicado em 01 mai. 2017. Disponível em: <http://www.jorgesoutomaior.com/blog/a-quem-interessa-essa-reforma-trabalhista> Acesso em: 03 de maio de 2017.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. A Supersubordinação. in RENAULT, Luiz Otávio Linhares et alli (Coord). *Parassubordinação: Estudos em homenagem ao Professor Márcio Túlio Viana*. São Paulo: LTr, 2011.

MARLI, Monica. Trabalho Informal faz Desemprego Cair. *Agência IBGE*. Publicado em 31 ago. 2017. Disponível em <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/16155-trabalho-informal-faz-desemprego-cair.html> Acesso em 18 out. 2017.

MENCK, José Theodoro Mascarenhas. Constituinte de 1987 e a Constituição possível. in ARAÚJO, José Cordeiro de et alli (Org). *Ensaio sobre Impactos da Constituição Federal de 1988 na Sociedade Brasileira*. Vol. 1. Brasília: Câmara dos Deputados. 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NASSAR, Paulo André. Construção do compromisso maximizador: Análise do Processo Constituinte e das características da Constituição de 1988. in VIEIRA, Oscar Vilhena et alli. (Org). *Resiliência Constitucional*. Compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual. São Paulo: Direito GV, 2013.

REIS, Daniel Aarão. Entre Ditadura e Democracia – Da modernidade conservadora ao reformismo moderado, 1960-2010. in REIS, Daniel Aarão (Coord). *História do Brasil Nação*. Modernização, Ditadura e Democracia – 1964-2010. Vol. 5. Rio de Janeiro: Objetiva, 2014.

SALDANHA, Nelson Nogueira. *Poder Constituinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

SANTIAGO, Marcus Firmino. Bem-Estar Social: Uma análise sobre seus problemas e alternativas para sua sobrevivência. *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas*. Centro Universitário do Distrito Federal – UDF. Vol. II, n. 2, jul./dez. 2016.

_____. Liberalismo e Bem-Estar Social nas Constituições brasileiras. *Revista História Constitucional*. n. 16, 2015. Disponível em: <http://www.historiaconstitucional.com>. Acesso em: 25 abr. 2017

SARLET, Ingo Wolfgang. *Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais*: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. Publicado em 01 set. 2008. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf Acesso em: 03 de dez. 2016.

SILVA, Francisco Carlos Teixeira da. O Brasil no Mundo. in REIS, Daniel Aarão (Coord). *História do Brasil Nação*. Modernização, Ditadura e Democracia – 1964-2010. Vol. 5. Rio de Janeiro: Objetiva, 2014.

SINGER, Paul. O processo econômico. in REIS, Daniel Aarão (Coord). *História do Brasil Nação*. Modernização, Ditadura e Democracia – 1964-2010. Vol. 5. Rio de Janeiro: Objetiva, 2014.

STIGLITZ, Joseph E. *O Grande Abismo*. Sociedades desiguais e o que podemos fazer sobre isso. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016.

SUPIOT, Alain. *Homo Juridicus*. Ensaio sobre a função antropológica do Direito. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes. 2007.

_____. *O Espírito de Filadélfia*. A justiça social diante do mercado total. Porto Alegre: Sulina. 2014.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Do Compromisso Maximizador ao Constitucionalismo Resiliente. in VIEIRA, Oscar Vilhena *et alli*. (Org). *Resiliência Constitucional*. Compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual. São Paulo: Direito GV, 2013.

GUARDA COMPARTILHADA OU ALTERNATIVA DOS FILHOS: UM DIÁLOGO ENTRE DIREITOS E DEVERES

Matheus Antônio Guimarães

Pós-graduação pela Faculdade Anhanguera/UNIDERP em Direito Registral e Notarial. Membro Fundador da Comissão de Direito Notarial/Cartórios na AACO - Associação dos Advogados do Centro-Oeste de Minas. Presidente da Comissão de Direito Notarial/Cartórios na AACO. Mesário desde 2010. Graduado em Direito pela Fundação Universidade de Itaúna-MG.

Sérgio Henriques Zandona Freitas

Pós-Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD) da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (São Leopoldo/RS). Doutor pela PUCMINAS. Professor do PPGD Mestrado em Direito da FUMEC



FACULDADES
SANTO AGOSTINHO
SETE LAGOAS • MG

GUARDA COMPARTILHADA OU ALTERNATIVA DOS FILHOS: UM DIÁLOGO ENTRE DIREITOS E DEVERES

Matheus Antônio Guimarães

Pós-graduação pela Faculdade Anhanguera/UNIDERP em Direito Registral e Notarial. Membro Fundador da Comissão de Direito Notarial/Cartórios na AACO - Associação dos Advogados do Centro-Oeste de Minas. Presidente da Comissão de Direito Notarial/Cartórios na AACO. Mesário desde 2010. Graduado em Direito pela Fundação Universidade de Itaúna-MG.

Sérgio Henriques Zandoná Freitas

Pós-Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD) da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (São Leopoldo/RS). Doutor pela PUCMINAS. Professor do PPGD Mestrado em Direito da FUMEC.

RESUMO:

O presente trabalho tem como proposta o estudo da guarda compartilhada à luz do que estabelece a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002. No estudo são abordados, inicialmente, o princípio da dignidade da pessoa humana e o instituto da família no ordenamento jurídico brasileiro, conforme a normatização constitucional e infraconstitucional, para que seja possível compreender a aplicação e os benefícios da guarda compartilhada, evitando-se prejuízos maiores aos infantes com o fim do relacionamento dos pais, ao atribuir, a ambos, os direitos e responsabilidades na educação, nos cuidados e no desenvolvimento dos filhos. Com o objetivo de discutir e analisar todas as faces da Guarda na atualidade, tem-se como base para a pesquisa, o entendimento da doutrina majoritária e da jurisprudência pátrias.

PALAVRAS-CHAVE: Guarda compartilhada; Direito de família; Dignidade da pessoa humana; Direitos e deveres.

CHILD SHARED GUARD OR CHILDREN'S ALTERNATIVE: A DIALOGUE BETWEEN RIGHTS AND DUTIES

ABSTRACT:

The present paper has as its proposal the study of child shared custody in light of the Federal Constitution of 1988 and the Civil Code of 2002. The study initially addresses the principle of the dignity of the human person and the family institute in the legal system Brazilian, according to constitutional and infraconstitutional regulations, so that it is possible to understand the application and benefits of child shared custody, avoiding greater harm to infants with the end of the parents' relationship, by assigning both rights and responsibilities in education, in the care and development of children. With the objective of discussing and analyzing all the faces of the child-shared guard in the present time, one has as basis for the research, the understanding of the majority doctrine and the jurisprudence of the Court House.

KEYWORDS: Child shared guard; Family right; Dignity of human person; Rights and duties.

SUMÁRIO: Introdução. 2. O princípio da dignidade da pessoa humana. 3. A família na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002. 4. A família no Estatuto da Criança e do Adolescente. 4.1 A família na Lei de Alienação Parental. 5. A guarda no direito brasileiro e as vantagens da guarda compartilhada. 5.1 Algumas considerações sobre a guarda unilateral. 5.2 Guarda compartilhada: vantagens em sua utilização. 5.2.1 Reforçando ainda mais as vantagens da guarda compartilhada. 5.2.2 Eventuais desvantagens da guarda compartilhada. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

A “família” e todas as suas modalidades vêm sendo modificadas ao passar dos anos, apresentando novos conceitos e novas concepções de famílias. (GONÇALVES, 2014).

O que não se tem alterado é o número crescente de divórcios que em sua grande maioria não é amigável. E os tantos desacordos e discordâncias entre casais, até mesmos pelo menor dos motivos, traz um reflexo muito grande nos casais que têm filhos.

Esses novos formatos de família trazem também consigo novos conflitos, aos quais o Judiciário vem trabalhando. Um dos conflitos mais comuns é a Síndrome da Alienação Parental. (DIAS, 2015).

São casos da Síndrome da Alienação Parental aqueles em que um dos cônjuges no término da relação conjugal, sente-se ameaçado pelo ex-companheiro ou até mesmo agrega um espírito vingativo, destrutivo, contra o mesmo, pois, de alguma forma não aceita bem o fim da relação conjugal, e deposita (direciona) toda a sua “raiva” no ex-cônjuge. Porém, nesse caso, o pai ou a mãe usam o filho como meio para agredir de certa forma o ex-parceiro, manipulando os sentimentos da criança, levando-a a crer em história inventadas. (ASSIS, 2015).

Com o intuito de combater a alienação parental e tantos outros conflitos do cotidiano familiar do menor com pais separados, a guarda compartilhada passou a ter grande relevância no âmbito do Direito de Família.

Até porque, o instituto da família está relacionado à própria vida, o que ressalta mais ainda a sua importância, haja vista que é no âmbito da família que se desenvolvem hábitos, inclinações, sentimentos que juntos formarão o caráter da criança ou do adolescente. (COELHO, 2012).

Este trabalho tem a intenção de avaliar e expor sobre a guarda compartilhada, com suas características, haja vista que tem se mostrado como uma solução para evitar e resolver conflitos familiares, respeitando o melhor interesse do melhor.

Justifica-se a escolha deste tema haja vista que é de grande importância para o futuro do direito de família, considerando a nova formação da família brasileira e os princípios e direitos constitucionais previstos na Carta de 1988 (BRASIL, 1988), que asseguram uma proteção especial à criança e ao adolescente.

O estudo se fundamentará em uma junção de ideias referentes à guarda compartilhada, bem como do entendimento jurisprudencial pátrio predominante, da legislação e da doutrina, fazendo-se uma análise de como o Judiciário tem procedido.

Não se pretende esgotar o tema com este trabalho, mas apenas tem-se o objetivo alertar sobre a importância da guarda compartilhada e a necessidade de se combater à alienação parental e os conflitos familiares, evitando-se provocar graves prejuízos àquele que ainda não tem condição de se defender sozinho.

2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana tem origem secular na filosofia, onde pensadores inovadores como Cícero, Pico della Mirandola e Immanuel Kant elaboraram ideias como antropocentrismo, o valor intrínseco de cada pessoa e a capacidade individual de ter acesso à razão, fazer escolhas morais e determinar seu próprio destino. (BARROSO, 2014).

Possuindo raízes na ética e na filosofia moral, a ética é, primeiramente, um valor, ou seja, um conceito vinculado à moralidade, ao bem, à conduta correta e à vida boa. (BARROSO, 2014).

Neste sentido, fica fácil perceber que a dignidade da pessoa humana possui duas dimensões: uma interna, que expressa no intrínseco ou próprio de cada indivíduo, e outra externa, representando seus direitos, aspirações e responsabilidades, assim como os correlatos deveres de terceiros. (BARROSO, 2014).

Destarte, compreender os valores que o princípio da dignidade da pessoa humana traz em si é fundamental para entender a importância da aplicação da guarda compartilhada, a fim de resguardar estes e outros direitos.

Luiz Roberto Barroso (2014) assim conceitua e delimita a dignidade da pessoa humana:

[...] na medida em que a dignidade tem ganhado importância, tanto no âmbito interno quanto no discurso transnacional, se faz necessário estabelecer um conteúdo mínimo para o conceito, a fim de unificar o seu uso e lhe conferir alguma objetividade. Para levar a bom termo esse propósito, deve-se aceitar uma noção de dignidade humana aberta, plástica e plural. Grosso modo, esta é a minha concepção

minimalista: a dignidade humana identifica 1. O valor intrínseco de todos os seres humanos; assim como 2. A autonomia de cada indivíduo; e 3. Limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário). (BARROSO, 2014, p.72).

A Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1998) previu no artigo 1º, III, que o Estado Democrático de Direito brasileiro tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, que se comporta como um princípio máximo, ou superprincípio, ou macroprincípio, estabelecendo um regramento inafastável de proteção da pessoa humana. E pode-se afirmar que não há outro ramo do Direito Privado em que a dignidade da pessoa humana tenha tanta atuação quanto o Direito de Família. (TARTUCE, 2016).

A propósito:

A dignidade humana é da pessoa concreta, na sua vida real e cotidiana; não é de um ser ideal e abstrato. É o homem ou a mulher, tal como existe, que a ordem jurídica considera irredutível, insubsistente e irrepetível e cujos direitos fundamentais a Constituição enuncia e protege. (MIRANDA; MEDEIROS, 2004, p.53, *apud* TARTUCE, 2016, p.1184).

E neste sentido, assim afirma Maria Berenice Dias (2015):

É o princípio maior, fundante do Estado Democrático de Direito, sendo afirmado já no primeiro artigo da Constituição Federal. A preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça social levou o constituinte a consagrar a dignidade da pessoa humana como valor nuclear da ordem constitucional. Sua essência é difícil de ser capturada em palavras, mas incide sobre uma infinidade de situações que dificilmente se consegue elencar de antemão. Talvez possa ser identificado como sendo o princípio de manifestação primeira dos valores constitucionais, carregado de sentimentos e emoções. É impossível uma compreensão totalmente intelectual e, em face dos outros princípios, também é sentido e experimentado no plano dos afetos. (DIAS, 2015, p.44).

A dignidade da pessoa humana deve ser analisada a partir da realidade do ser humano em seu contexto social. Pelos naturais diálogos do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), entende-se que os pais têm um dever de dar auxílio psicológico aos filhos, com base na ideia de cuidado jurídico, assim, quando este cuidado não é observado, como no caso da alienação parental, poderá haver um abalo na dignidade da pessoa do filho, como também, a ocorrência de danos morais. (TARTUCE, 2016).

Neste sentido, leciona o ilustre doutrinador Carlos Roberto Gonçalves (2014):

O direito de família é o mais humano de todos os ramos do direito. Preleciona Rodrigo da Cunha Pereira que “a evolução do conhecimento científico, os movimentos políticos e sociais do século XX e o fenômeno da globalização provocaram mudanças profundas na estrutura da família e nos ordenamentos

jurídicos de todo o mundo. Todas essas mudanças trouxeram novos ideais, provocaram um ‘declínio do patriarcalismo’ e lançaram as bases de sustentação e compreensão dos Direitos Humanos, a partir da noção da dignidade da pessoa humana, hoje insculpida em quase todas as constituições democráticas”.

O princípio do respeito à dignidade da pessoa humana constitui, assim, base da comunidade familiar, garantindo o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente (CF, artigo 227). (GONÇALVES, 2014, p.267).

Como se percebe, o princípio da dignidade da pessoa humana é o mais universal de todos os princípios, dele se irradiando todos os demais, como o princípio da liberdade, da autonomia privada, da cidadania, da igualdade, da solidariedade, etc. O princípio da dignidade da pessoa humana é o centro axiológico da ordem constitucional, balizando não apenas os atos estatais, mas todas as relações privadas que se desenvolvem na sociedade. (DIAS, 2015).

Na precisa lição de Maria Berenice Dias (2015):

Na medida em que a ordem constitucional elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem jurídica, houve uma opção expressa pela pessoa, ligando todos os institutos à realização de sua personalidade. Tal fenômeno provocou a despatrimonialização e a personalização dos institutos jurídicos, de modo a colocar a pessoa humana no centro protetor do direito. (DIAS, 2015, p.45).

O Direito das famílias está estritamente ligado aos direitos humanos, que têm fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, este que encontra na família o campo apropriado para o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe com base em ideias pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas. (DIAS, 2015).

3 A FAMÍLIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Neste item é abordado como a família tem sido albergada pela Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) e pelo Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), demonstrando assim, a sua importância suprema para a construção da sociedade e a necessidade de ser respeitada e preservada não apenas pelo Estado, mas por todos os cidadãos.

A família provoca, em relação a cada um de seus membros, o denominado estado de família, que é reconhecido como um atributo da pessoa humana, que produz direitos subjetivos exercitáveis. “Quem não está investido no estado de família tem ação para obtê-lo (ação de estado), a exemplo do reconhecimento forçado do estado de filiação (ou investigação da paternidade ou maternidade)”. (LOBO, 2011, p.38).

O artigo 226 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), determina que a família é a base da sociedade e terá proteção especial do Estado. “A família é uma instituição fundamental para o pleno desenvolvimento do indivíduo, por isso recebeu da Constituição uma proteção especial, pois foi reconhecida como base da sociedade civil”. (MASSON, 2015, p.1275).

Infere-se que o conceito constitucional de família foi ampliado pelo constituinte de 1988, uma vez que estendeu a proteção do Estado à união estável, que também foi reconhecida como entidade familiar. Além disso, nos termos do artigo 226, §4º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), entende-se como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. (LENZA, 2014).

A propósito:

Prioriza-se, portanto, a família socioafetiva à luz da dignidade da pessoa humana, com destaque para a função social da família, consagrando a igualdade absoluta entre os cônjuges (artigo 226, § 5.º)" e os filhos (artigo 227, § 6º). (LENZA, 2014, p.1339).

Destarte, atualmente, o termo “família” designa uma instituição privada, formada voluntariamente por pessoas adultas, pouco importando se sua constituição foi formal ou informal. (MASSON, 2015).

Por sua vez, o artigo 227, caput, da Constituição Federal de 1988 determina que:

Artigo 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988)

Como se vê, a Constituição Federal (BRASIL, 1988) quis dar especial proteção à criança, ao adolescente e ao jovem, como forma de protegê-los de quaisquer atos que possam comprometer seu correto desenvolvimento. (MASSON, 2015).

Neste sentido, é a lição de José Afonso da Silva (2005):

A família é uma comunidade natural composta, em regra, de pais e filhos, aos quais a Constituição, agora, imputa direitos e deveres recíprocos, nos termos do artigo 229, pelo qual os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, havidos ou não da relação do casamento (artigo 226, §6º), [...]. (SILVA, 2005, p.848-849).

De fato, por meio da Constituição Federal de 1988 o conceito de família foi ampliado e esta passou a receber proteção especial do Estado, e, além disso, previu de forma minuciosa e redundante os direitos das crianças e dos adolescentes. (SILVA, 2005).

Segundo Paulo Lobo (2011):

A Constituição de 1988 expande a proteção do Estado à família, promovendo a mais profunda transformação de que se tem notícia, entre as constituições mais recentes de outros países. Alguns aspectos merecem ser salientados:

- a) a proteção do Estado alcança qualquer entidade familiar, sem restrições;
- b) a família, entendida como entidade, assume claramente a posição de sujeito de direitos e obrigações;
- c) os interesses das pessoas humanas, integrantes da família, recebem primazia sobre os interesses patrimonializantes;
- d) a natureza socioafetiva da filiação torna-se gênero, abrangente das espécies biológica e não biológica;
- e) consuma-se a igualdade entre os gêneros e entre os filhos;
- f) reafirma-se a liberdade de constituir, manter e extinguir entidade familiar e a liberdade de planejamento familiar, sem imposição estatal;
- g) a família configura-se no espaço de realização pessoal e da dignidade humana de seus membros. (LOBO, 2011, p.35-36).

Inferese que o sistema de interpretação do Direito de Família, por meio dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais, que se impõem em face dos interesses particulares, impondo a constitucionalização do Direito Civil, são muito mais exigentes que as disposições do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002). (LOBO, 2011).

O Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), tramitou no Congresso Nacional durante três décadas, não obstante, deu um tratamento confuso ao Direito de família em diversos pontos. Embora tenha sido sancionado após o advento da Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002 apresenta diversas incongruências em relação à Constituição Federal de 1988. Pode-se afirmar que o Código Civil de 2002, em função de sua demora em ser aprovado, já nasceu velho. (LOBO, 2011).

É cediço que várias modificações já ocorreram no Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), com a intenção de adaptar o texto às necessidades contemporâneas, contudo, verifica-se que as alterações realizadas não tiveram o condão de suprimir suas contradições e tampouco serão extintas por meio de eventual declaração de inconstitucionalidade de alguns dispositivos do Direito de Família, o que demandará, certamente, legislação nova sobre o tema. (COELHO, 2012).

Embora o Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), tenha recebido inúmeras críticas em relação ao tema família, é indubitável que, em relação ao seu anterior, o Código Civil de

1916, aquele apresentou inúmeros avanços e conquistas em relação ao tema. (COELHO, 2012).

Para corrigir estas inconsistências do legislador infraconstitucional, a melhor doutrina recomenda que cabe ao interprete da lei aplicá-la em conformidade com os mandamentos constitucionais, como forma de alcançar os ideais de justiça e da dignidade da pessoa humana. (COELHO, 2012).

4 A FAMÍLIA NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Neste tópico analisa-se como a legislação especial tem tratado o tema família, ou seja, apresentaremos como o Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990) e a Lei de Alienação Parental (BRASIL, 2010) têm tratado o tema.

Seguindo os preceitos do artigo 227 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n.º 8.069/90 (BRASIL, 1990), procurou regulamentar com normas próprias e específicas os direitos da criança e do adolescente, tanto no aspecto civil, quanto no aspecto penal. (NUCCI, 2014).

Um dos princípios que guiou a elaboração do Estatuto da Criança e do Adolescente foi o princípio da proteção integral. Na precisa lição de Guilherme de Souza Nucci (2014):

Significa que, além de todos os direitos assegurados aos adultos, afora todas as garantias colocadas à disposição dos maiores de 18 anos, as crianças e os adolescentes disporão de um *plus*, simbolizado pela completa e indisponível tutela estatal para lhes afirmar a vida digna e próspera, ao menos durante a fase de seu amadurecimento. (NUCCI, 2014, p.24).

Verifica-se que a proteção integral decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, levado ao extremo em comparação quando aplicado aos adultos. Deste modo, as crianças e adolescentes possuem uma “hiperdignificação” da sua vida, superando quaisquer obstáculos estabelecidos na legislação para o gozo de prerrogativas e direitos. (NUCCI, 2014).

O artigo 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990) assim estabelece:

Artigo 25. Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.
Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes

próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade. (BRASIL, 1990, *online*)

Infere-se que o artigo 25 supramencionado reflete a ideia de que a família é um vínculo que une os pais e seus descendentes, deixando explícito que o conceito de família também inclui a hipótese em que convivem apenas um dos pais e seus descendentes. (BARROS, 2015)

O artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), determina que toda criança ou adolescente tem o direito de ser criado e educado no seio da sua família e, de forma excepcional, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária. Verifique que o legislador quis enfatizar que não é admitido que a criança ou o adolescente fique impedido de conviver dentro do seio de sua família natural em função de obstáculos de terceiros. (BARROS, 2015).

Significa dizer que, se uma criança ou adolescente possui pais que não são casados ou não convivam juntos, aquele que o filho resida e tenha sua guarda não poderá impedir a convivência com o outro. Ressalte-se que a norma não faz sequer menção a real existência de motivos legítimos para tal recusa. Entretanto, é bom que se diga que, em qualquer hipótese, deve ser examinado o melhor interesse da criança ou adolescente. (BARROS, 2015).

Com fundamento no artigo 4º da Lei n.º 8.069/90, a família tem o dever de assegurar juntamente com a comunidade, a sociedade em geral e o poder público, com absoluta prioridade, os direitos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente. (BRASIL, 1990). Assim sendo, a família é a célula primordial na observância e no cumprimento dos dispositivos legais, apresentando-se como instituição de maior responsabilidade na formação e desenvolvimento da criança e do adolescente no seu convívio social. (DIAS, 2015).

4.1 A família na Lei de Alienação Parental

A Lei de Alienação Parental, Lei n.º 12.318 (BRASIL, 2010), de 26 de agosto de 2010, conceituada pela doutrina com Síndrome da Alienação Parental – SAP, é conhecida também como “Implantação de Falsas Memórias”. (COIMBRA, 2013).

Pode-se afirmar que a síndrome de alienação parental é uma forma de programar uma criança para que ela passe a odiar um de seus genitores, sem haver justificativa para isso, fazendo com que a criança ingresse na trajetória desmoralizadora desse mesmo genitor. (COIMBRA, 2013).

Em que pese a alienação parental não ser um tema novo, a Lei 12.318 (BRASIL, 2010) só foi sancionada em 2010. (COIMBRA, 2013).

Verifica-se que a intenção da Lei foi dar continuidade na proteção integral oferecida à criança e ao adolescente pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, (BRASIL, 1990) como também, dar efetividade à proteção especial da família trazida na Constituição Federal de 1988. Portanto, ao se repugnar a alienação parental não se está preservando apenas a integridade psicológica do infante, mas se está preservando a família, que é a instituição mais importante para a sociedade. (COIMBRA, 2013).

A propósito:

Esta Lei tem como objetivo reforçar o direito da criança protegido constitucionalmente, bem como assegurar o direito do artigo 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente onde dispõe que nenhuma criança será objeto de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punindo na forma descrita em lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais. Tem-se que esse ato da Alienação Parental, ou, como a doutrina inicialmente chamou Síndrome da Alienação Parental – SAP é considerada como uma desordem psíquica e que ganhou dimensões e reconhecimento por intermédio do professor psiquiatra americano Dr. Richard Gardner, (GONÇALVES, 2014, p. 305)

Ressalte-se que o comportamento da alienação parental normalmente surge após a separação do casal, que é um momento em que o conflito provavelmente está presente e é evidente para todos os envolvidos. Assim o alienador tem a pretensão de que a prole passe a odiar e abdicar-se do outro genitor, ocorrendo contradição de sentimentos e o rompimento dos vínculos antes existentes. Destarte, verifica-se que a intenção do legislador infraconstitucional ao elaborar a Lei de Alienação Parental (BRASIL, 2010) foi dar elevada proteção à criança e ao adolescente, outrossim, preservar os laços sagrados das relações familiares. (COIMBRA, 2013).

5. A GUARDA NO DIREITO BRASILEIRO E AS VANTAGENS DA GUARDA COMPARTILHADA

Com o término do vínculo conjugal, invalidade do casamento, ou o fim da convivência dos pais torna-se necessária a fixação da guarda dos filhos menores. (ASSIS, 2015).

A guarda da criança e do adolescente é ampara pelos artigos 226 e 227 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), onde são estabelecidos direitos e deveres dos pais, como

também, obrigações e responsabilidades para cuidar da educação, moradia, alimentação, etc., dos filhos, além de fornecer à prole uma boa convivência familiar. (LENZA, 2014).

Assim dispõe o artigo 229 da Constituição Federal de 1988:

Artigo 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. (BRASIL, 1988, *online*).

Como se vê, a guarda é originária do poder familiar e, na ausência de um dos genitores, esta será transmitida integralmente para o genitor sobrevivente. A guarda se consiste na atribuição a um dos pais separados ou a ambos dos encargos de cuidar, proteger, zelar e custodiar o filho. (ASSIS, 2015).

Entretanto, é bom esclarecer que a guarda não se confunde com o poder familiar, pois este, exclusivo dos pais, somente é extinto ou perdido nos casos previstos no artigo 1.635 do Código Civil de 2002, enquanto a guarda poderá ser atribuída a terceiro, como nos casos de tutela ou guarda dos avós. Contudo, a guarda sempre deverá ser determinada conforme o melhor interesse do menor ou incapaz. (ASSIS, 2015).

Desta forma, o que será levado em consideração será sempre o bem estar do menor ou incapaz, e não os pais, que muitas vezes utilizam-se do instituto da guarda para vingança pessoal e de forma egoísta colocam os filhos como um troféu a ser disputado.

A utilização da criança em vingança pessoal, ou para justificar fraquezas e inseguranças, é visto com muita frequência nos Tribunais, em longas e exaustivas discussões jurídicas de guarda, o que deve ser rechaçado e reprimido por todos, sendo necessário o entendimento que as relações entre pais e filhos, não podem se confundir com as relações entre casais. (ASSIS, 2015, p.1.562).

E na lição de Maria Berenice Dias (2015):

O critério norteador na definição da guarda é a vontade dos genitores. No entanto, não fica exclusivamente na esfera familiar a definição de quem permanecerá com os filhos em sua companhia. Pode a guarda ser deferida a outra pessoa, havendo preferência por membro da família extensa que revele compatibilidade com a natureza da medida e com quem tenham afinidade e afetividade (CC 1584, §5º). No que diz com a visitação dos filhos pelo genitor que não detém a guarda, prevalece o que for acordado entre os pais (CC 1589). (DIAS, 2015, p.523)

O Código Civil de 2002 assim regulamenta a guarda:

Artigo 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (artigo 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a

responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

§ 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.

I - (revogado);

II - (revogado);

III - (revogado).

§ 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos.

§ 4º (VETADO).

§ 5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos. (BRASIL, 2002, *online*)

Após anos de discussões, acerca da melhor forma de atribuir a guarda dos filhos aos pais, foi sancionada a Lei n.º13.058 (BRASIL, 2014) de 22 de dezembro de 2014, que modificou os artigos 1.583 (transcrito acima) e seguintes do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), reconhecendo a importância da guarda compartilhada, mas sem deixar de tratar da guarda unilateral. (ASSIS, 2015).

Frise-se, no entanto, que aquele genitor que, em razão de acordo por ele celebrado com o outro consorte, ou por meio de decisão judicial, não possuir a guarda da criança, com exceções de perda do poder familiar, tem assegurado o direito de fiscalizar a educação, como também, terá o direito de visita constitucionalmente assegurado. Assim, considerando que no sistema jurídico brasileiro são aplicadas a guarda unilateral e a compartilhada, veremos a seguir cada uma de forma detalhada. (ASSIS, 2015).

5.1 Algumas considerações sobre a guarda unilateral

A guarda unilateral está prevista no §1º, do artigo 1.583 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), e é aquela que é atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua. Contudo, a preferência sempre será pela guarda compartilhada. (DIAS, 2015)

Neste sentido, é a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - DIREITO DE FAMÍLIA - GUARDA COMPARTILHADA - EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS - TUTELA ANTECIPADA - AUSÊNCIA DE PROVA DE QUE OS MENORES ESTEJAM NA COMPANHIA DO ALIMENTANTE - IMPOSSIBILIDADE - INDEFERIMENTO.

Embora o artigo 1.583, do Código Civil estabeleça a possibilidade da guarda unilateral ou compartilhada, esta constitui a regra no ordenamento jurídico brasileiro, admitindo-se, apenas excepcionalmente, a guarda unilateral, que

deve ser concedida a quem dispuser das melhores condições de cuidar da criança.

Os alimentos são fixados em atendimento aos vetores que compõem o binômio possibilidade-necessidade, conforme preceitua o artigo 1.694, §1º, do Código Civil. No entanto, sobrevindo mudança na situação financeira do devedor ou do credor dos alimentos, poderá a parte interessada reclamar ao juiz a fixação, a exoneração, a redução ou a majoração do encargo, consoante o disposto no artigo 1.699, do Código Civil.

Ausente dos autos prova de que os menores estejam na companhia do pai por tempo maior do que aquele determinado no acordo homologado em juízo, além de não demonstrada a incapacidade financeira do alimentante em continuar cumprindo o que restou entabulado, não há como deferir a tutela antecipada requerida, a fim de modificar o regime de guarda unilateral estabelecido em favor da mãe ou mesmo reduzir o valor da prestação alimentícia a cargo do genitor. AGRAVO DE INSTRUMENTO-CV Nº 1.0338.15.007863-6/001 - COMARCA DE ITAÚNA - AGRAVANTE(S): REGINALDO DE SOUSA - AGRAVADO(A)(S): DEBORA RAQUEL LEITE DA SILVA. REL. DES. PAULO BALBINO. BELO HORIZONTE, 19 DE MAIO DE 2016. (grifo nosso) (MINAS GERAIS, 2016, *online*)

Quando a guarda é atribuída a um só dos genitores, com a fixação de um regime de convívio, poderá decorrer, conforme já mencionado, do consenso de ambos os genitores, entretanto, na audiência o juiz dele alertar os pais acerca da importância da guarda compartilhada conforme determina o artigo 1584, §1º, do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002). (DIAS, 2015).

Somente quando houver em juízo a recusa da guarda do filho que poderá ser atribuída a um dos genitores a guarda unilateral, todavia, caso somente um dos pais não concorde com a guarda compartilhada, pode o juiz determiná-la de ofício ou a requerimento do *Parquet*. (DIAS, 2015).

Ressalte-se que, aquele que não detenha a guarda terá a obrigação de supervisionar os interesses dos filhos, e, para isso, terá legitimidade para solicitar informações e até prestação de contas, objetivas ou subjetivas, nos assuntos de forma direta ou indireta afetem a saúde física e psicológica e a educação dos filhos, conforme artigo 1583, §5º, do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002). (DIAS, 2015).

Neste sentido, afirma Sebastião de Assis (2014):

A guarda unilateral é aquela atribuída a um dos genitores que apresentar melhores condições e equilíbrio para a criação do menor ou incapaz, ficando o outro genitor com o dever de "... supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos" (Artigo 1.583 § 5º CC). (ASSIS, 2014, p. 1563).

Todavia, ao genitor que não detém a guarda, todas as obrigações de guardião lhe serão estendidas no período de visitas, ou seja, “enquanto o filho estiver sob a proteção do outro genitor, este deverá zelar, proteger e guardar como se o guardião permanente fosse”. (ASSIS, 2015).

Além disso, o genitor que não é guardião poderá propor a alteração da guarda caso compreenda que aquele que ficou incumbido da tarefa não esteja cumprindo-a de forma adequada, uma vez que a guarda dos filhos pode ser revista a qualquer momento. (ASSIS, 2015).

Sebastião de Assis (2014) ainda assevera que:

A guarda unilateral prevaleceu em nosso ordenamento como a principal forma de guarda até o ano de 2008, quando foi regulamentada a Guarda Compartilhada. Como a sociedade possuía o padrão familiar constituído pelo pai provedor e mãe a guardiã dos filhos, esta estrutura era mantida após a separação ou divórcio, ou seja, entendia-se que a mãe possuía as melhores condições como guardar e proteger os filhos, enquanto caberia ao pai o sustento da família através do pagamento da pensão alimentícia, cabendo a este o direito de visita e fiscalização. Ainda hoje, verifica-se que boa parte da sociedade acredita ser a guarda unilateral a única existente, entendendo que é direito da mãe a guarda dos filhos. (ASSIS, 2014, p.1564).

Como bem assevera Maria Berenice Dias (2015), eventual separação dos pais, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos, conforme preceitua o artigo 1.632 do Código Civil de 2002:

Artigo 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos. (BRASIL, 2002, *online*)

Destarte, independentemente da situação conjugal dos genitores, competirá a ambos o exercício pleno do poder familiar, sendo atribuição dos dois o dever de dirigir a criação e a educação dos filhos, conforme já mencionado. (DIAS, 2015).

Convém ressaltar, entretanto, que a guarda unilateral afasta, sem dúvida, o laço da paternidade da criança com o não guardião, uma vez que a este é estipulado o dia da visita, que nem sempre poderá ser um bom dia, haja vista que é previamente marcado e o guardião quase sempre estabelece regras. A prática tem revelado, com expressiva frequência, que a guarda unilateral é propiciadora de conflitos envolvendo os filhos e apresenta maiores chances de ocasionar insatisfações ao genitor não guardião, “[...] que tenderá a estar mais queixoso e contrariado quando em contato com os filhos”. (DIAS, 2015, p. 524)

5.2 Guarda compartilhada: vantagens em sua utilização

Com o rompimento do convívio dos pais a estrutura familiar resta abalada, deixando os genitores de exercer, em conjunto, as funções parentais, havendo uma redefinição dos papéis e numa divisão dos encargos. (DIAS, 2015).

Segundo Maria Berenice Dias (2015, p.525), “[...] o maior conhecimento do dinamismo das relações familiares fez vingar a guarda conjunta ou compartilhada, que assegura maior aproximação física e imediata dos filhos com ambos, mesmo quando cessado o vínculo de conjugalidade”.

A guarda compartilhada garante de forma efetiva a corresponsabilidade parental, mantendo assim, a vinculação e a participação de ambos os genitores na formação e educação do filho, o que não seria tão viável com a guarda unilateral e com a simples visitação. De fato, a guarda compartilhada é aquela que melhor reflete o que se entende por poder familiar. (DIAS, 2015).

A propósito:

Os fundamentos da guarda compartilhada são de ordem constitucional e psicológica, visando basicamente garantir o interesse da prole. Significa mais prerrogativas aos pais, fazendo com que estejam presentes de forma mais intensa na vida dos filhos. A participação no processo de desenvolvimento integral leva à pluralização das responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos. Indispensável manter os laços de afetividade, minorando os efeitos que a separação sempre acarreta nos filhos, conferindo aos pais o exercício da função parental de forma igualitária. A finalidade é consagrar o direito da criança e de seus dois genitores, colocando um freio na irresponsabilidade provocada pela guarda individual. Para isso, é necessária a mudança de alguns paradigmas, levando-se em conta a necessidade de compartilhamento entre os genitores da responsabilidade parental e das atividades cotidianas de cuidado, afeto e normas que ela implica. (DIAS, 2015, p.525).

O compartilhamento da guarda significa afirmar que o filho terá a garantia de ter pais muito mais engajados no atendimento aos deveres inerentes ao poder familiar. A guarda compartilhada deve ser visualizada como uma postura, como o reflexo de uma mentalidade, segundo o qual pai e mãe são igualmente importantes para os filhos, e estas relações devem ser preservadas para se garantir o adequado desenvolvimento dos filhos. (DIAS, 2015).

Neste sentido, assim é o entendimento do egrégio Tribunal de Minas Gerais:

EMENTA: DIREITO DE FAMÍLIA - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE GUARDA - PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DA IGUALDADE ENTRE OS CÔNJUGES - GUARDA COMPARTILHADA - CUSTÓDIA FÍSICA CONJUNTA - CRIAÇÃO SOB O INFLUXO DE AMBOS OS PAIS - FIXAÇÃO DE RESIDÊNCIA - MUDANÇA QUE TRAGA BENEFÍCIOS PARA O MENOR - ALIENAÇÃO PARENTAL.

O instituto da guarda foi criado com o objetivo de proteger o menor, salvaguardando seus interesses em relação aos pais que disputam o direito de acompanhar de forma mais efetiva e próxima seu desenvolvimento, ou mesmo no caso de não haver interessados em desempenhar esse munus.

As mudanças impostas pela sociedade atual, tais como inserção da mulher no mercado de trabalho e a existência de uma geração de pais mais participativos e conscientes de seu papel na vida dos filhos, vem dando a ambos os genitores a oportunidade de exercerem, em condições de igualdade, a guarda dos filhos comuns. Além disso, com a nova tendência de constitucionalização do direito de família, da criança e do adolescente, a questão da guarda deve ser analisada atualmente com base nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, igualdade entre homens e mulheres e supremacia do melhor interesse do menor.

Na guarda compartilhada pai e mãe participam efetivamente da educação e formação de seus filhos.

Considerando que no caso em apreço ambos os genitores são aptos ao exercício da guarda, e que a divisão de decisões e tarefas entre eles possibilitará um melhor aporte de estrutura para a criação do infante, impõe-se como melhor solução não o deferimento de guarda unilateral, mas da guarda compartilhada.

Para sua efetiva expressão, a guarda compartilhada exige a custódia física conjunta, que se configura como situação ideal para quebrar a monoparentalidade na criação dos filhos.

Se um dos genitores quer mudar de cidade ou de Estado, para atender a interesse próprio e privado, não poderá tal desiderato sobrepujar o interesse do menor. Só se poderia admitir tal fato, se o interesse do genitor for de tal monta e sobrepujar o interesse da criança.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0210.11.007144-1/003 - COMARCA DE PEDRO LEOPOLDO - APELANTE(S): M.B.C.F. - APELADO(A)(S): M.C.R. ASSISTINDO E REPDO FILHO(S) P.R.C. REL. MIN. DÁRCIO LOPARDI MENDES. BELO HORIZONTE, 30 DE JULHO DE 2015. (MINAS GERAIS, 2015, *online*).

Na guarda compartilhada é aplicada uma das principais regras do direito de família que é o bem estar do menor, pois, “os pais irão dividir todos os deveres e obrigações, [...], todas as decisões deverão acontecer em conjunto, visando sempre o bem estar do menor, e não o interesse dos pais”. (ASSIS, 2015, p.1524).

Convém ressaltar que, na fixação da guarda, o juiz deverá analisar, sempre no caso concreto, o melhor interesse da criança e do adolescente, e, para tanto, poderá utilizar de orientações técnicas quando necessário, e aplicar a guarda que melhor entenda necessário. (ASSIS, 2015).

Neste diapasão, o Superior Tribunal de Justiça indeferiu o pedido de guarda unilateral no REsp. n. 1251000/MG, mesmo com a justificativa de ausência de consenso, em razão do superior interesse da criança:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE.

1. Ausente qualquer um dos vícios assinalados no artigo 535 do CPC, inviável a alegada violação de dispositivo de lei.
2. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais.
3. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial.
4. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem como ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidência das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso.
5. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole.
6. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta.
7. A custódia física conjunta é o ideal a ser buscado na fixação da guarda compartilhada, porque sua implementação quebra a monoparentalidade na criação dos filhos, fato corriqueiro na guarda unilateral, que é substituída pela implementação de condições propícias à continuidade da existência de fontes bifrontais de exercício do Poder Familiar.
8. A fixação de um lapso temporal qualquer, em que a custódia física ficará com um dos pais, permite que a mesma rotina do filho seja vivenciada à luz do contato materno e paterno, além de habilitar a criança a ter uma visão tridimensional da realidade, apurada a partir da síntese dessas isoladas experiências interativas.
9. O estabelecimento da custódia física conjunta, sujeita-se, contudo, à possibilidade prática de sua implementação, devendo ser observadas as peculiaridades fáticas que envolvem pais e filho, como a localização das residências, capacidade financeira das partes, disponibilidade de tempo e rotinas do menor, além de outras circunstâncias que devem ser observadas.
10. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão.
11. Recurso especial não provido. (REsp. n. 1251000/MG pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob relatoria da Ministra Nancy Andriighi, em 23 de agosto de 2011) (BRASÍLIA, 2011, *online*).

É ainda importante esclarecer que a guarda compartilhada não se confunde com guarda alternada, haja vista que na guarda compartilhada são distribuídas as obrigações e não os períodos de permanência do filho, como ocorre com a guarda alternada, que determinada a estadia da criança ora período com um genitor, ora com o outro, denominada de forma

equivocada de guarda compartilhada. O objetivo da guarda compartilhada não é a alternância de poderes, mas sim o compartilhamento das obrigações e deveres inerentes aos pais. (ASSIS, 2015).

Ademais, adotamos o entendimento neste trabalho, seguindo o ilustre doutrinador Sebastião de Assis (2015), que a guarda alternada não é benéfica à criança e ao adolescente, uma vez que não há a fixação de uma rotina, uma identificação com seu espaço e atribuições, o que certamente trará prejuízos à sua personalidade.

Por fim, é importante mencionar que, em que pese o fato de que a guarda compartilhada distribui os deveres e obrigações de forma isonômica entre os genitores, tal fato não isenta a obrigação alimentar. De fato, a guarda possui o condão de proteger ao menor ou incapaz, buscando resguardar o bem-estar da família, com a finalidade de dar ao infante meios de ter uma vida digna. (ASSIS, 2015).

5.2.1 Reforçando ainda mais as vantagens da guarda compartilhada

Pode-se afirmar que a maior vantagem da guarda compartilhada é a permanência da convivência dos filhos com os genitores, a fim de resguardar que o menor fique sem o contato com o genitor que não detém a guarda. Na compartilhada, deverá interessar a ambos os genitores o que for melhor para a proteção do filho menor. (NASCIMENTO; BARROSO, 2014)

É cediço que a coparticipação é de complicada inicialmente, especialmente se considerar que a companhia ou tempo de permanência ocorre em residências diferentes. (LEVY, 2009)

Conforme já dito, com o fim do relacionamento entre os pais, muitas vezes os filhos passam a ter um plano secundário, servindo de objeto de disputa, ocasionando diversos prejuízos psicológicos aos menores. (LEVY, 2009)

A guarda compartilhada parte deste contexto, com a convicção de que a separação e o divórcio dos pais acarretam inúmeros traumas para as crianças. (LEVY, 2009)

Desta forma, a guarda compartilhada passa a ser uma solução para esta situação, uma vez que pressupõe uma interação maior entre os pais, ampliando a disponibilidade para os filhos. (LEVY, 2009)

Quando os pais cooperam entre si e não expõem os filhos a seus conflitos, minimizam os desajustes e a probabilidade de desenvolverem problemas emocionais, escolares e sociais. Maior cooperação entre os pais, leva a um

decréscimo significativo dos conflitos, tendo por consequência o benefício dos filhos.

A guarda compartilhada eleva o grau de satisfação de pais e filhos e elimina os conflitos de lealdade – a necessidade de escolher entre seus dois pais. (LEVY, 2009)

A guarda compartilhada tende a manter intacta a vida cotidiana dos filhos mesmo após o rompimento dos pais:

O novo modelo mantém intacta a vida cotidiana dos filhos do divórcio, dando continuidade ao relacionamento próximo e amoroso com os dois genitores, sem exigir dos filhos que optem por um deles. Além do que, desenvolve nos homens e nas mulheres uma genuína consideração pelo ex-parceiro em seu papel de pai ou de mãe. Ambos percebem que têm de confiar um no outro como pais. Reforçam-se, assim, mutuamente como pais, significando para eles, apesar de separados, continuar a exercer em conjunto o poder parental, como faziam na constância do casamento. (LEVY, 2009)

A guarda compartilhada possui amplas vantagens, como a redução da angústia pela perda do genitor que não detém a guarda como ocorre na guarda unilateral, ajuda a diminuir os sentimentos de rejeição e busca proporcionar de maneira equânime a convivência com ambos os pais, ou seja, a guarda compartilhada preserva as funções e identidades materna e paterna. (LEVY, 2009)

Frise-se que as vantagens da guarda compartilhada não ficam apenas para os filhos, mas entende-se ao genitores:

Além de mantê-los guardadores e lhes proporcionar a tomada de decisões conjuntas relativas ao destino dos filhos, compartilhando o trabalho e as responsabilidades, privilegiando a continuidade das relações entre cada um deles e seus filhos, minimiza o conflito parental, diminui os sentimentos de culpa e frustração por não cuidar de seus filhos. Ajuda-os a atingir os objetivos de trabalharem em prol dos melhores interesses morais e materiais da prole. Compartilhar o cuidado aos filhos significa conceder aos pais mais espaço para suas outras atividades. Oferecendo a opção de reconstrução de suas vidas pessoais, profissionais, sociais e psicológicas. (LEVY, 2009)

É cediço que a guarda compartilhada não será a solucionadora de todos os problemas do Direito de Família, porque este sistema depende de mútua cooperação para funcionar, porém, mostra-se um sistema extremamente vantajoso em relação à guarda unilateral. Contudo, a sua aplicação ou não (apesar de ser a regra), deve ser decidida no caso concreto. Continuarão haver casos em que a opção pela guarda unilateral será a melhor opção. (LEVY, 2009)

5.2.2 Eventuais desvantagens da guarda compartilhada

Parte da doutrina sustenta que a guarda compartilhada não deve ser usada indistintamente, pois sua aplicação deve ocorrer no caso concreto, permitindo-se averiguar se a situação adéqua-se a esta modalidade de guarda. (NASCIMENTO; BARROSO, 2014)

A propósito:

Sua aplicação será diante do caso concreto, pois é a partir deste, que se poderá determinar qual modalidade mais se adéqua àquela situação, lembrando que a Guarda Compartilhada, não seria adequada, quando um dos genitores apresentarem distúrbios ou vícios, que possam colocar em risco a vida do menor. (NASCIMENTO; BARROSO, 2014)

Pais em conflitos constantes, onde não há qualquer diálogo, resta impossível a aplicação da guarda compartilhada, uma vez que este tipo de guarda poderia macular a educação e o desenvolvimento dos filhos menores. (NASCIMENTO; BARROSO, 2014)

Em famílias destroçadas, é melhor optar-se pela guarda única, deferindo-a ao genitor que estiver mais disposto a exercê-la, e ao outro, o direito de visita. (NASCIMENTO; BARROSO, 2014)

Neste sentido, destaca-se o seguinte julgado:

FAMÍLIA - PEDIDO DE 'GUARDA COMPARTILHADA' - ALTERNÂNCIA DE PERÍODOS EXCLUSIVOS DE GUARDA ENTRE OS GENITORES - VERDADEIRA 'GUARDA ALTERNADA' - INCONVENIÊNCIA - PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA - INEXISTÊNCIA DE CONVIVÊNCIA HARMONIOSA E AMISTOSA ENTRE OS GENITORES. - A guarda em que os pais alternam períodos exclusivos de poder parental sobre o filho, por tempo preestabelecido, mediante, inclusive, revezamento de lares, sem qualquer cooperação ou co-responsabilidade, consiste, em verdade, em 'guarda alternada', indesejável e inconveniente, à luz do Princípio do Melhor Interesse da Criança. - Ademais, a 'guarda compartilhada' é incabível quando não houver uma relação amistosa e harmoniosa entre os genitores, sob pena de se inviabilizar o exercício compartilhado do poder parental, por meio da condução conjunta da educação e desenvolvimento da criança. (Apelação Cível 1.0145.07.378729- 6/001 . Rel. Des. Eduardo Andrade).

A intenção da guarda compartilhada é a divisão das responsabilidades entre os pais, como se juntos estivessem, porém, se este modelo pode funcionar para determinadas famílias, para outras é inaplicável, onde os pais não conseguem resolver nem seus problemas pessoais, tampouco as questões relacionadas aos filhos pequenos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo desta pesquisa procurou-se demonstrar a importância da família no ordenamento jurídico brasileiro, que é a base principal da sociedade.

É a família que oferece as condições essenciais para que o indivíduo cresça e se desenvolva de maneira adequada, formando todas as suas características como pessoa.

De fato, crescer em uma família harmônica e equilibrada é essencial para o desenvolvimento de qualquer criança e adolescente. A família exerce, portanto, um papel importantíssimo para a concretização da dignidade da pessoa humana.

Assim sendo, quando há o rompimento dos vínculos afetivos entre os genitores, ou, quando estes nem mesmo chegaram a existir, em que pese as desavenças e diferenças que possam existir, tais fatos não podem ensejar em alienação parental.

Analisando a legislação infraconstitucional, percebemos que tanto a Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002, e o Estatuto da Criança e do Adolescente, ambos buscam combater todos os atos atentatórios à dignidade do infante que possam lhe causar prejuízos ao seu pleno desenvolvimento, como a alienação parental.

Destarte, verifica-se que na prática, e para o próprio bem do menor, a guarda compartilhada mostra-se como o principal meio para evitar conflitos entre os pais, quando ambos encontram-se aptos a cuidarem dos filhos menores, haja vista que terão que exercer, ao mesmo tempo, direitos e responsabilidades, sendo um excelente mecanismo para combater a alienação parental.

Quando os genitores compreendem que a presença de ambos e de toda a família é fundamental para o correto desenvolvimento do filho, outrossim, que o compartilhamento dos deveres inerentes ao dever de cuidar são imprescindíveis, fica mais fácil evitar a alienação parental e qualquer outro prejuízo ao desenvolvimento do infante, até porque, passa-se a entender que tal prática não prejudica apenas o genitor ou parente vitimado, mas causa prejuízos muito mais sérios àquele que é o mais importante da relação familiar, ou seja, o filho.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Sebastião. **Manual de Direito Civil**. 3 ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2015.

BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 3. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 3. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. In: **Portal Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 02 abr. 2018.

BRASIL. Código Civil (2002): lei n. 10.406/2002. In: **Portal Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 02 abr. 2018.

BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. In: **Palácio do Planalto**, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 02 abr. 2018.

BRASIL. Lei 12.318, de 26 de agosto de 2010. Lei de Alienação Parental. In: **Palácio do Planalto**, 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm. Acesso em: 02 abr. 2018.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**: família, sucessões. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 5.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira. ALEXANDRIDIS, Georgios. **Alienação Parental**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de família**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 6.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 18. ed. rev., atual. e ampl.- São Paulo: Saraiva, 2014.

LEVY, Laura Affonso da Costa. O estudo sobre a guarda compartilhada. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 66, jul 2009. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6416. Acesso em: 04 abr. 2018.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**: direito de família e sucessões. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 5.

LÔBO, Paulo **Direito civil**: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MASSON, Nathália. **Manual de Direito Constitucional**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015.

NASCIMENTO, Mariana Moraes; BARROSO, Daniela Recchioni. **Guarda compartilhada**: as vantagens e desvantagens trazidas por este instituto. 2014. Disponível em: <http://npa.newtonpaiva.br/letrasjuridicas/wp-content/uploads/2015/06/LJ-0318.pdf>. Acesso em: 04 abr. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**: em busca da Constituição Federal das Crianças e dos Adolescentes. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

DISTINÇÃO LEGAL ENTRE TAXA E TARIFA

Valmir César Pozzetti

Doutor em Biodireito/Direito Ambiental pela Université de Limoges/França. Professor Adjunto da UFAM – Univ. Federal do Amazonas e Professor Adjunto da UEA – Univ. do Estado do Amazonas. E-mail: v_pozzetti@jhotmail.com



FACULDADES
SANTO AGOSTINHO
SETE LAGOAS • MG

DISTINÇÃO LEGAL ENTRE TAXA E TARIFA

Valmir César Pozzetti

Doutor em Biodireito/Direito Ambiental pela Université de Limoges/França. Professor Adjunto da UFAM – Univ. Federal do Amazonas e Professor Adjunto da UEA – Univ. do Estado do Amazonas. E-mail: v_pozzetti@jhotmail.com

RESUMO:

A captação de recursos através das espécies tributárias, dentre as quais se inclui a taxa e não a tarifa, obedece às regras de Direito Tributário, imposta pela Constituição da República Federativa do Brasil. O objetivo desta pesquisa foi o de distinguir esses dois institutos jurídicos, posicionando-nos em relação à discussão doutrinária e situando-as no contexto jurídico brasileiro. A metodologia utilizada foi a do método dedutivo; quanto aos meios a pesquisa foi a bibliográfica e quanto aos fins, qualitativa. A conclusão a que se chegou foi a de que o Estado precisa de recursos para atingir sua finalidade e capta recursos dos seus administrados através do Poder de Tributar e que, enquanto a taxa é espécie tributária, sem a possibilidade de lucro, devendo ser um serviço estatal posto à disposição do contribuinte, com alíquota, base de cálculo e fato gerador próprio de tributo, a tarifa não tem natureza tributária e sim a de contraprestação contratual, através de contrato de adesão do administrado, visando remunerar o serviço público prestado pelas empresas concessionárias, podendo trazer, inclusive, uma certa margem de lucro embutida.

PALAVRAS-CHAVE: Poder de Tributar; Receita Pública; Taxa; Tarifa.

LEGAL DISTINCTION BETWEEN TAX AND RATE

ABSTRACT:

The collection of resources through tributary species, among which includes the rate and not the tariff, obeys the rules of Tax Law, imposed by the Constitution of the Federative Republic of Brazil. The objective of this research was to distinguish these two legal institutes, positioning them in relation to the doctrinal discussion and situating them in the Brazilian legal context. The methodology used was the deductive method; as to the means the research was the bibliographical and how many to the ends, qualitative. The conclusion reached was that the State needs resources to achieve its purpose and captures resources of its administrated through the Power of Tax and that, while the tax is a taxable species, without the possibility of profit, and should be a service the rate is not of a tax nature, but rather of contractual consideration, through a contract of adhesion of the administered, aiming to remunerate the public service rendered by the concessionary companies. , and may even include a certain profit margin embedded in the Brazilian legal context.

KEYWORDS: Power of Tax; Public Revenue; Tax; Rate.

SUMÁRIO: Introdução. 2. Noção de tributo. 3. Espécies de tributo: imposto, taxa e contribuição de melhoria. 3.1 Taxa. 3.1.1 Taxa de serviço. 3.2 Taxa de polícia. 3.3 Base de cálculo das taxas. 4. Tarifa ou Preço Público e a distinção da espécie tributária “taxa”. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

Para satisfazer as diversas necessidades públicas, o Estado precisa de recursos financeiros, os quais são obtidos precipuamente por meio de tributos. Entretanto, Marshall já nos advertia que “o poder de tributar é o poder de destruir”. Esta afirmação filosófica nos leva a refletir sobre o poder de destruição que o Estado detém e exerce sobre o contribuinte. Se mal direcionado, este poder, pode provocar sérios danos. Dessa forma o legislador se esmerou em limitar este poder de tributar do Estado.

O objetivo desta pesquisa é o de analisar os institutos jurídicos Taxa e Tarifa, que são dois institutos jurídicos através dos quais o Estado capta recursos e que são confundidos entre si, no momento de sua imposição Estatal. O Problema que fomenta essa pesquisa é: em que momento o contribuinte fica sujeito ao pagamento da taxa e em que momento fica sujeita à imposição da tarifa? A pesquisa se justifica tendo em vista que, por vezes o próprio órgão tributante se confunde, aplicando erroneamente os institutos.

A metodologia a ser utilizada nessa pesquisa será a do método dedutivo; quanto aos meios a pesquisa será a bibliográfica, com uso da doutrina, legislação e decisões judiciais; quanto aos fins a pesquisa será a qualitativa.

2 NOÇÃO DE TRIBUTO

No universo jurídico, vários são os conceitos que se apresenta a respeito de tributo. Entretanto, entre eles há elementos comuns e é por isso que doutrinadores alemães e italianos julgaram ser possível a construção de um conceito de tributo que tenha alcance universal. Logo, para levar-se a efeito esta empreitada é indispensável abrir-se mão de algumas notas particularizadas do tributo, procurando isolar-se exclusivamente o substrato jurídico comum.

O professor Fonrouge, depois de consignar que ninguém mais põe em dúvida o caráter publicístico do tributo, advoga a seguinte conceituação: “Uma prestação obrigatória, comumente em dinheiro, exigida pelo Estado, em virtude de seu poder de Império”.¹

O professor Sousa define tributo como sendo “a receita derivada que o Estado arrecada mediante o emprego da sua soberania, nos termos fixados em lei, sem contraprestação diretamente equivalente, e cujo produto se destina ao custeio das atividades próprias do Estado”.²

Já o Código Tributário Nacional define tributo como: “toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.³

A coerção é o elemento principal do tributo. De país para país nota-se que há uma diferença de grau na rejeição do tributo: há aqueles que, pelo estágio civilizatório atingido pela justiça no sistema tributário, que procura distribuir eqüitativamente o ônus por toda a sociedade, assim como pelos bons serviços públicos de que seus cidadãos desfrutam, chega-se a identificar uma atitude que poderia se chamar de resignação ao tributo. Mas, ainda assim, a regra fundamental da necessidade da coerção não fica abalada, visto que, fossem as leis tributárias destituídas de sanção com esta natureza, e certamente as arrecadações ficariam reduzidas a praticamente nada.

Os tributos constituem a fonte primordial de receitas do Estado. Essa extração de poder aquisitivo não pode deixar de produzir efeitos econômicos, quer sobre as atividades isoladas e especificamente consideradas, quer sobre a ordem econômica como um todo. Os Estados, portanto, não podem furtar-se a manipular essa poderosa arma como meio de interferir na vida econômica. Um dos exemplos mais notáveis é a elevação dos impostos aduaneiros como forma de desestimular as importações. Esse é um exemplo da utilização extrafiscal dos tributos.

É importante destacarmos que a criação de tributos é tarefa exclusivamente legislativa (artigo 145 da CF/88) e que eles são criados através de Lei ordinária (artigo 150 da CF/88) ou Lei complementar (artigos 148; 154, I e 156, III da CF/88)⁴. Além disso, apenas

¹ Fonrouge, Carlos M. Giuliani in Derecho Financiero, p.999 – Buenos Aires, Ediciones Depalma,1970.

² Sousa, Rubens Gomes de, in Compêndio de legislação Tributária, Editora Resenha Tributária, São Paulo, 1975 p.161.

³ Artigo 3º da Lei n. 5172, de 25 de Outubro de 1966 – Código Tributário Nacional.

⁴ Artigo 145 : “ A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir tributos sobre: ” .

quem tem competência para criar tributos pode aumentar as cargas tributárias, agravando as alíquotas ou a base de cálculo dos tributos, diminuí-la, ou até mesmo suprimi-la, por intermédio de isenções ou da não tributação.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 estabelece que a competência tributária é concorrente; ou seja, cada instância legisla privatamente sobre tributos, não havendo hierarquia entre as leis tributárias federais, estaduais e municipais.⁵

Estabelece também a Constituição Federal de 1988 os Princípios Constitucionais Tributários: o da legalidade tributária⁶; o da anterioridade⁷; o da imunidade recíproca das pessoas jurídicas de direito público interno⁸, o da imunidade dos templos de qualquer culto⁹; o da imunidade dos bens e serviços dos partidos políticos¹⁰; o da imunidade do papel destinado exclusivamente a impressão de periódicos, livros e jornais¹¹; o da imunidade de tráfego

Artigo 148 : “A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios : ”.

Artigo 150 : “ Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios : I- exigir ou aumentar tributo sem que lei o estabeleça ”.

Artigo 156 : “ Compete aos Municípios instituir impostos sobre : III – serviços de qualquer natureza, não compreendidos no artigo 155,II, definidos em lei complementar ”.

⁵ Artigo 153 : Compete à União instituir impostos sobre : I- importação de produtos estrangeiros, II- exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados, III- renda e proventos de qualquer natureza, IV- produtos industrializados, V- operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários, VI- propriedade territorial rural, VII- grandes fortunas, nos termos de lei complementar.

Artigo 155 : Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre : I- transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos; II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; III- propriedade de veículos automotores.

Artigo 156 : Compete aos Municípios instituir impostos sobre: I- propriedade predial e territorial urbana; II- transmissão inter vivos, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição; III – serviços de qualquer natureza, não compreendidos no artigo 155,II, definidos em lei complementar ;

⁶ Artigo 150,I da CF/88 :“ Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios : exigir ou aumentar tributo sem que lei o estabeleça ”.

⁷ Artigo 150,III, b: “Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: cobrar tributos :no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou”.

⁸ Artigo 150, VI, a: “ Sem prejuízo de outras garantias... é vedado.....: instituir impostos sobre : patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros ”

⁹ Artigo 150, VI, b: “ Sem prejuízo é vedado...à União, : instituir impostos sobre : templos de qualquer culto ”.

¹⁰Artigo 150, VI, c: “Sem prejuízo: instituir impostos sobre : patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei.

¹¹Artigo 150, VI, d: “Sem prejuízo: instituir impostos sobre : livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão”.

interestaduais e intermunicipais¹²; o da uniformidade de tributos federais em todo o território nacional¹³; o da igualdade tributária¹⁴ e o princípio da capacidade econômica.¹⁵

Segundo o Código Tributário Nacional, Artigo 113¹⁶, as obrigações tributárias se dividem em duas : a principal e a acessória. A obrigação tributária principal é aquela que tem por objetivo entregar certo montante em dinheiro para os cofres públicos, ou seja, constitui o ato de pagar o tributo. Já a obrigação tributária acessória tem por objetivo deveres instrumentais ou formas que propiciam ao Poder Público o fiel cumprimento da prestação tributária e sua conseqüente fiscalização, ou seja, tem por escopo facilitar a obtenção da obrigação principal, constituindo o ato de escriturar livros, entrega de relatórios, etc.

Até agora tivemos uma visão geral sobre tributos; entretanto, é importante dizermos que a tributação no Brasil se divide em algumas modalidades. É o que passaremos a estudar no próximo tópico.

3 ESPÉCIES DE TRIBUTO: IMPOSTO, TAXA E CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA

A tipificação legal sobre tributos encontra guarida na Constituição Federal de 1988¹⁷, que enumera quais são as categorias de tributos em nosso sistema jurídico: Impostos, Taxas e Contribuição de Melhoria.

¹² Art 150, V: “Sem prejuízo, é vedado à União, estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo poder público”.

¹³ Art 151, I : “ É vedado à União : instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação Estado, Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País.

¹⁴ Art 150, II : “ Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios : instituir tratamento desigual entre os contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos ”.

¹⁵ Art 145, § 1º: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos : impostos; taxas; contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas. § 1º. Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

¹⁶ Art 113 do CTN: “A obrigação tributária é principal ou acessória. § 1- a obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente. § 2 – a obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos. § 3- a obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente a penalidade pecuniária.

¹⁷ Art 145: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos : I – Impostos; II – taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de

Entretanto, isso não impede que esta mesma carta em outros passos aluda a duas outras modalidades: as contribuições sociais e os empréstimos compulsórios. Logo, se por um lado a Carta de 1988 esclareceu-nos quanto ao caráter tributário de exações do tipo contribuições especiais ou empréstimos compulsórios, a dúvida ainda continua em relação ao exato número de espécies tributárias que o nosso sistema consagra.

Do estrito ponto de vista do Direito Constitucional, o artigo 145 da Carta de 1988 dá a entender que os impostos, as taxas e as contribuições de melhoria seriam os únicos. Entretanto os artigos 148 e 149 da mesma Carta contemplam, respectivamente, os empréstimos compulsórios e as contribuições sociais de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas.

Há, portanto, cinco modalidades tributárias contempladas na nossa Constituição. Mas isso não faz elidir o problema quanto a saber sobre a efetiva existência dessas modalidades enquanto tributos com consistência própria, não redutíveis; portanto, a outros. Neste sentido existem correntes doutrinárias que empreendem uma redução para duas ou três modalidades, levando em conta uma classificação baseada em critérios extraídos da natureza do fato gerador.

Examinado essa classificação à luz de sua relação com o comportamento do Estado, parece correto aceitar-se que só duas modalidades tributárias teriam autonomia plenamente consubstanciada, visto que apresentariam um elemento discriminador muito importante a diferenciá-los, qual seja a necessidade ou não da existência de um comportamento estatal condicionante da integração da modalidade tributária.

Os tributos seriam, portanto, apenas dois: os vinculados e os não vinculados. Estes últimos teriam sua expressão acabada nos impostos. Já nos tributos vinculados tal procedimento torna-se inviável, pois o Estado pode instituir taxas, por exemplo, apenas e tão-somente em estreita correlação com a prática de certos atos de sua alçada, que no Direito Brasileiro podem ser atos de Poder de Polícia ou Prestação de Serviços Públicos. Logo, a modalidade impositiva é vinculada, atrelada e é correspondente a um atuar estatal que acaba por lhe conferir as condições de sua existência.

É importante ressaltarmos aqui que “ as receitas provenientes de atividades impróprias do Estado não são tributos : chamam-se preços público e são estudadas pela

serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição., III- contribuição

Ciência das Finanças e reguladas pelo Direito Financeiro, mas delas não cuida o Direito Tributário ”.¹⁸

Até agora tivemos um esclarecimento amplo sobre tributo e suas espécies. Cuidaremos agora de elencar os diversos conceitos doutrinários e, a seguir, de diferenciar a taxa do preço público, ou seja, da tarifa.

3.1 Taxa

Os primeiros trabalhos realizados sobre a taxa foram desenvolvidos no Campo das Ciências das Finanças. Dentre estas obras podemos destacar clássicos como Tangorra¹⁹, Nitti²⁰, Montesquieu²¹ e Smith²². Porém, somente a partir do século XX é que muitos estudos se completaram fixando-se a taxa no âmbito jurídico, onde podemos citar as obras de : Pugliese²³, Borrás²⁴ e outros.

Mas esses conceitos jurídicos iniciais traziam vício de origem: desde o início a taxa foi identificada como imposto, possuindo idêntico fundamento e a mesma natureza. Com isso, muitas teorias econômicas e financeiras procuraram justificar a espécie tributária, pondo em destaque certos elementos não-jurídicos e não caracterizadores da taxa. Tais idéias impediam uma análise jurídica exata do tributo examinado.

Posteriormente, e por obra de tratadistas alemães, nasce a teoria científica da taxa e Adam Smith²⁵, em fins do século XVIII, foi um dos primeiros autores a salientar a diferença entre “ imposto ” (que é o tributo exigido de todos os indivíduos) e a “ taxa ” (que é o tributo cobrado dos usuários de determinada atividade estatal), fato considerado o germe da teoria

de melhoria, decorrente de obras públicas.

¹⁸Sousa, Rubens Gomes de, in *Compêndio de Legislação Tributária* – Editora Resenha Tributária, São Paulo, 1975. p.163.

¹⁹Tangorra, Vincenzo. In *Trattato Di Scienza delle Finanza*, pp.665 e 548, 1.913.

²⁰Nitti, Francesco, in *Princípio da Ciência das Finanças*, p.292, 1ª. edição, trad. De C. Macerado, vol. I, Rio de Janeiro, Atena Editora, 1.937.

²¹Montesquieu in *L' Esprit des Lois*, Cap. I, Titre III, Paris, 1748.(*Obras dos Grandes Pensadores – Coleção*)

²²Smith, Adam, in *Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*- 1776.

²³Pugliese, Mário – in *Lê Tasse nella Scienza e nel Diritto Positivo Italiano*- p. 10-1ª. edição – Padova. 1930.Casa Editrice Dott.

²⁴Borrás, Gabriel Giampietro- in *Las Tasas em la Hacienda Pública* – Montevideo, Facultad de Derecho y Ciências Sociales de la Universidad de la Republica.- 1.959.

²⁵Smith, Adam – in *Inquiry into the Nature and Cause of the Weth of Nations*, 1.776.

das taxas. Depois disso, nos séculos XIX e XX²⁶, surgem diversas doutrinas. Mesmo assim a colaboração jurídica ainda é ínfima e dificulta o desenvolvimento a pesquisa.

Por outro lado, a terminologia imprecisa e variada, em virtude de serem muitos os autores que acreditam que a maneira como é empregada a palavra taxa em sentido diferente, a tal ponto de perder o seu significado específico e preciso. A palavra inglesa “tax ” exprime normalmente a idéia de imposto; taxa é sinônimo de alíquota ou tarifa, v.g. a expressão “taxas de juros moratórios ”²⁷, encontrada no Código Civil Brasileiro. Este é um dos exemplos de como a taxa tem sido empregada como sinônimo de imposto indireto e de preços públicos. Neste sentido os doutrinadores empregam o vocábulo “ taxa ”, cada qual dentro do seu conceito específico. Segundo Barros Filho “o uso impróprio do vocábulo tem impedido a rapidez que seria de desejar-se para a evolução doutrinária do conceito de taxa”.²⁸

Já o Professor Sousa exprime seu pensamento da seguinte forma:

Quando o jurista brasileiro tem a incumbência profissional de enfrentar o problema da conceituação das taxas, um dos princípios elementares das finanças públicas, ele o faz com o receio natural de quem respeita a tradição, curvando-se ante o critério dos mestres e o peso de uma jurisprudência maciça e tranqüila, cansativa tal a repetição monótona de refrões que parecem absolutamente exatos. Se Rui Barbosa afirmou que a taxa “ é o preço de um serviço prestado pelo ente público ao cidadão, e por este requisitado ”, como poderemos nós, modestos advogados da província, ter a audácia de contrariar o mestre? Se autoridades como Veiga Filho, Amaro Cavalcanti, Viveiros de Castro e todos os clássicos da literatura financeira no Brasil noticiam o sentido contraprestacional ed voluntário da taxa, para caracteriza-la juridicamente, será coragem demasiada contradita-los, para informar que esse apego dos mestres ao conceito estrito ajustou-se, apenas, a um período romântico do juízo sobre aquela espécie tributária, como teclas rebatidas da orientação científica, existente na Itália e na França. Ousadia demais, sem dúvida, será a do inexperto jurista provinciano, que se lança a demonstração do vício científico da conceituação tradicional, para ilustrar a cegueira dos que, assentados no menor esforço, pagueiam através de escritos, de palavras e de julgados. Não nos aventuramos às alturas atingidas pelos mestres patrícios, mas o dever profissional, como professor em escolas de província, força-nos a atitudes para nós mesmos surpreendentes, a fim de não traírmos a cátedra.²⁹

Através dos tempos, vários foram os conceitos formulados por doutrinadores, na tentativa de se definir taxa. Dentre esses conceitos, gostaríamos de citar alguns:

²⁶ Ordenações Filipinas, Livro I – Título LXVII, §§ 31, 32 e 33.

²⁷ Código Civil, Artigo 1062 : “ A taxa de juros moratórios, quando não convencionada (artigo 1262), será de seis por cento ao ano ”.

²⁸ Barros Filho, Theotônio Monteiro de, in As Taxas e Seus Principais Problemas Teóricos, p. 14 – São Paulo- E. G. Revista dos Tribunais, 1.941.

²⁹ Souza, Rui de, Atualização do Conceito de Taxa, in RDA 449/ 1-2.

As taxas são contribuições pecuniárias que o indivíduo paga, a troco e por ocasião de um serviço determinado, que esse indivíduo recebe, de certa e determinada vantagem, que um serviço público lhe ministra”.³⁰

“Taxa é o tributo instituído para remunerar um determinado serviço (ou uma determinada atividade) especial do Estado e que seja cobrado somente dos contribuintes, que de fato utilizam esse serviço ou atividade, ou que os tenha à sua disposição.”³¹

Nesse sentido, Sousa esclarece que:

D'altra parte nessuno pone in dubbio Che la tassa sai un tributo pubblico, ed è quindi giuoco forza ammettere Che il fondamento di diritto pubblico della tassa è idêntico a quello dell'imposta, anche se taluni caratteri formali (primo fra tutti il preteso carattere di “voluntarietá ” delle tasse) potrebbero dare a credere diversamente. Como l'imposta ta tasse è una prestazione obbligatoria de diritto pubblico.³²

Para Pugliese, Taxa é o tributo que tem como fato gerador uma atividade estatal específica relativa ao contribuinte e que, conforme o artigo 10, inciso I, da Constituição Federal, tanto pode ser o exercício do poder de polícia, como a utilização efetiva ou potencial de serviços públicos específicos e divisíveis prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição.³³

Já Seixas Filho esclarece que “La tasa es un tributo cujo hecho generador es una actividad Del Estado divisible e inerente a um soberania, hallándose esa actividad relacionada directamente con el contribuyente”.³⁴

No mesmo sentido Ataliba esclarece que a “Taxa é o tributo vinculado cuja hipótese de incidência é sempre uma atuação qualquer do Estado, atual ou potencial direta e imediatamente referida ao obrigado”.³⁵

O conceito legal de taxa trouxe uma amplitude excessiva à definição, abrangendo se entendida ao pé da letra, até os impostos com destinação específica. Ao permitir que a taxa custeasse “ atividades especiais do Estado ou do Município, provocadas por conveniência de caráter geral ou de determinados grupos de pessoas ”, criou-se uma lacuna imperdoável,

³⁰ Barbosa, Rui – Parecer, in : RF 120/55.

³¹ Sousa, Rubens Gomes – in Compêndio de Legislação Tributária. P. 140- Editora Resenha Tributária, São Paulo, 1975.

³² Pugliese, Mário, in Lê Tasse nella scienza e nel diritto positivo italiano. Ed. CEDAM. Pádua, 1.930, p.23.

³³ Seixas Filho, Aurélio Pitanga, in TAXA Doutrina, Prática e Jurisprudência , p. 3 – Ed.Forense, 1ª. edição, Rio de Janeiro, 1.990.

³⁴ Villegas, Héctor – in Curso de Finanzas, Derecho Financeiro y Tributário, Depalma, Buenos Aires, 1972, pag. 74, citado em Caderno de Pesquisas Tributárias, p. 13 – vol.10, Editora Resenha Tributária, São Paulo, 1991.

³⁵ Ataliba, Geraldo – in Considerações RDP 9/42.

constituindo-se perfeito “convite ao abuso”. A definição de taxa estabelecida pelo Decreto-lei no. 2.416 de 1.940, embora reconhecida a falha, foi mantida apenas para solucionar questões de fato.

Outrossim, entende-se que o conceito não poderia abandonar a natureza específica do fato gerador do tributo, muito menos deixar de circunscrever o âmbito da aplicabilidade da taxa unicamente às pessoas que estejam em relação de causa e efeito com o serviço que o tributo se destina a remunerar.

Na doutrina, muitos autores partindo da conceituação legal de taxa, continuaram não aceitando todos os casos nela previstos. Aliomar Baleeiro é um deles. Segundo Baleeiro, o conceito legal de taxa abrange três tipos dessa espécie tributária, a saber :

- a) tributos exigidos como remuneração de serviços específicos prestados ao contribuinte; ou
- b) tributos por serviços postos à disposição do contribuinte; ou
- c) contribuições destinadas ao custeio de atividades especiais do Estado ou do Município, provocadas por conveniências de caráter geral ou de determinados grupos de pessoas³⁶.

O Código Tributário Nacional, adotou a divisão tripartida dos tributos e apresentou o seguinte conceito de taxa : “ As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição ”³⁷.

Atualmente a Constituição Federal brasileira assim conceitua taxa: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos : Taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos, específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição”³⁸.

Pois bem, dito tudo isso, é importante destacar um dos elementos que ensejam a existência de um tributo : o fato gerador.

O fato gerador da taxa ocorre em data fixada em lei ou no momento em que a atividade do Estado se consuma. No primeiro caso, a taxa é devida no primeiro dia de janeiro de cada ano, por exemplo; no segundo caso, no momento em que o Estado concede a licença, ou Alvará, ou expede a carteira de identidade, ou libera mercadorias e assim por diante.

³⁶ Decreto-lei no. 2.416 de 17/07/1940, artigo 1º., § 2º.; Decreto-lei no. 1.804 de 24/11/1939.

³⁷ CTN – Lei no. 5.172 de 25/10/1966 – Artigo 77, Revogado pelo Decreto-lei no. 406, de 31.12.1968.

³⁸ CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil. Artigo 145, II- Editora Revistas dos Tribunais, São Paulo, 2000.

É o fato que gera a tributação. Para motivar a tributação a lei descreve uma ação. O fato gerador é precedido ou se traduz num verbo. Ex: fato gerador do imposto sobre renda = ter renda; fato gerador do IPTU = ter imóvel; fato gerador do ICMS = a circulação de mercadorias, etc. A Constituição Federal estabelece um fato gerador abstrato.

Esclarecida a necessidade da presença do fato gerador, é importante dizer, também, que existem dois tipos de taxa: a) a decorrente de um serviço e, b) a decorrente do exercício do poder de polícia. Na seqüência dos próximos itens estudaremos cada uma delas.

3.1.1 Taxa de Serviço

A Constituição Federal, no seu artigo 145, inciso II, 2^a. parte, determina que o Serviço Público deverá ser o gerador de taxa. Serviço Privado não gera taxa. Sabemos que o Serviço Público é implementado pela administração pública direta ou indireta (possibilidade de delegação de terceiros – permissionárias, concessionárias) para a coletividade.

Os serviços públicos devem ser específicos e divisíveis: específico (que não é genérico) – o serviço deve ser espécie do gênero (ex: não pode existir taxa de serviço municipal). Tem que ser espécie (ex: coleta de lixo).

O Código Tributário Nacional, em seu artigo 79, nos dá uma clara visão do que seja *utilização efetiva ou potencial*:

Artigo 79 – Os serviços públicos a que se refere o artigo 77 consideram-se:

I – utilizados pelo contribuinte:

- a) efetivamente, quando por ele usufruídos a qualquer título;
- b) potencialmente, quando, sendo de utilização compulsória, sejam postos à disposição mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento”.

Assim, podemos dizer que os serviços públicos que dão origem à cobrança de taxas proporcionam sempre uma utilização pelo contribuinte que pode ser:

a) efetiva – quando o serviço é prestado pelo Poder Público e o contribuinte dele usufrui a qualquer título. Na taxa de limpeza Pública, o Poder público presta o serviço de coleta de lixo e o contribuinte coloca seu lixo para ser retirado, fato que ocorre. Houve uma utilização efetiva, real, do serviço público ligado à taxa.

b) potencial – quando o serviço é prestado pelo Poder público, mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento, e o contribuinte não utiliza esse serviço que está à sua disposição. Na taxa de Limpeza Pública, o Poder Público realiza o serviço de coleta de lixo, que é prestado também para o contribuinte. Entretanto, este deixa de colocar o lixo para ser retirado, em virtude de possuir um incinerador de lixo. Houve assim, um serviço público à disposição do contribuinte, que deixou de

ser utilizado. A utilização do serviço público de limpeza pública é compulsória (o contribuinte não pode deixar de utilizar, mesmo que não lhe interesse). Houve, então, uma utilização potencial do serviço público. O simples fato do serviço público estar à disposição do usuário justifica o gravame. Em ambos os casos, utilização efetiva ou potencial do serviço público, a taxa será devida. O essencial é a existência real do serviço, isto é, da atividade estatal dirigida ao contribuinte.

Pelo conceito legal de taxa, não há necessidade do contribuinte se utilizar efetivamente do serviço para a taxa ser devida. Basta que o contribuinte possa utilizar o serviço. O importante ou essencial, portanto, é a presença do serviço público, que dá causa jurídica para a cobrança da taxa. Tanto na utilização efetiva como na potencial, do serviço público, a atividade estatal deve sempre existir, estar sempre presente. Esta presença “é o alicerce da taxa”.³⁹ O cidadão poderá ser obrigado a pagar a taxa mesmo por um serviço não utilizado, bastando que o referido serviço tenha sido posto realmente à sua disposição. Neste sentido, o doutrinador Pontes de Miranda esclarece-nos quando defende a necessidade da existência do serviço público, na cobrança da taxa, que pode ser devida sem que o contribuinte se utilize do serviço (utilização potencial):

Se o tributo tira, concretamente, ou não tira concretamente, vantagem da obra ou serviço que justificou a taxa, não importa: o que assegura a constitucionalidade da taxa é poder o taxado aproveitar-se do serviço ou obra. Não é fundamento jurídico da taxa a utilidade prática, concreta, imediata da atividade pública; porém, não seria taxa a tributação que apanhasse particulares que não poderiam tirar vantagem.⁴⁰

Se o serviço está à disposição do contribuinte, a taxa é devida. Afirma Baleeiro que “Não sofre controvérsia a tese de que a taxa também se legitima quando o serviço funciona em permanente prontidão ao dispor do grupo que a paga”.⁴¹

Embora alguns autores contestem que a utilização simplesmente potencial de um serviço público possa fundamentar a cobrança de taxas, acreditamos que, no sistema jurídico brasileiro, a taxa é devida mesmo pela utilização potencial do serviço público. Basta a existência do serviço estatal e sua colocação como de utilização compulsória.

3.2 Taxa de Polícia

O Poder de Polícia é aquela atribuição inerente à Administração Pública para, propor atos de fiscalização, restringir interesses individuais, a fim de prevalecer os interesses

³⁹ Sousa, Rubens Gomes de. in *Taxa de Recuperação Econômica*, p. 53, Belo Horizonte, Minas Gerais: Memorial, 1960.

⁴⁰ Miranda, Pontes- in *Comentários à Constituição de 1.946*, vol. II, p.101.

coletivos. De acordo com o Professor Meirelles, “o Poder de Polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado ”⁴². O Poder de Polícia Administrativa é a que gera a TAXA, e incide sobre bens, direitos e atividades, enquanto que as demais atuam sobre as pessoas individual e indiscriminadamente.

Para a cobrança da taxa é necessário que primeiro exista o Poder de Polícia, isto é, antes de cobrar a taxa, a administração Pública tem que fiscalizar, pois entende-se que a Taxa é cobrada pelo exercício e não para o exercício. A taxa também não está vinculada à concessão de um requerimento (ex: Alvará), ela será devida após a fiscalização, ainda que não concedido ou aprovado um requerimento.

Neste sentido o Supremo Tribunal Federal já admitiu que “É inconstitucional taxa de Poder de Polícia para o exercício deste. A taxa é pelo exercício. A Taxa tem a finalidade de custear uma atividade estatal, tem caráter ressarcitório e por isso não pode ser cobrada antes ”⁴³.

Tem competência para instituir taxas de Poder de Polícia os quatro entes políticos. A competência pertence a pessoa política que tem competência para o Poder de Polícia conforme preceitua os artigos 22 a 31 da constituição Federal/1988, devendo o serviço ser subdividido da seguinte forma:

EFETIVO – é o utilizado pelo contribuinte: se utilizou paga a taxa;
POTENCIAL – é colocado à disposição do contribuinte (ex: caminhão de lixo) e a pessoa não utiliza este serviço. A água diante da pessoa que tem poço artesiano: ela deve pagar o mínimo mesmo que não utilize. O que conta aqui é o serviço disponível, pois a simples disponibilidade implica no pagamento do serviço na figura de taxa mínima, pois o custo tem que ser ressarcido.

O ato de polícia é aquele que envolve o exercício do “poder de polícia”, que é a faculdade que o Estado tem de, observadas as regras constitucionais, disciplinar o exercício dos direitos individuais relacionados com o uso, gozo e disposição da propriedade e com o exercício da liberdade dos administrados, compatibilizando-os com o bem comum.⁴⁴

⁴¹ Baleeiro, Aliomar- in “ Parecer ”: RDA 69/439.

⁴² Meirelles, Hely Lopes, in Os Direitos, Deveres e Poderes de Administrador Público – RD PGVI/194

⁴³ STF, in RTJ 59/799. Recurso Extraordinário no. 69.958-60.

⁴⁴ Ramos Filho, Carlos Alberto de Moraes, in Revista EFISCAL no. 93, julho/2000, Manaus/AM, p. 58- Breves Considerações sobre as taxas de polícia.

Conforme já dissemos, as taxas são exigidas em decorrência de uma contraprestação do poder público. Neste sentido, tanto a Constituição Federal (artigo 145, II) como o Código Tributário Nacional (artigo 77) dispõe que essa atuação estatal pode consistir num serviço público ou num ato de polícia. As taxas de polícia nascem em decorrência do exercício regular do poder de polícia.

Nas taxas de polícia, é necessário que o poder de polícia exista e seja exercido, não basta tão somente que o sujeito ativo tenha competência constitucional para usá-lo; nem basta que o poder esteja em lei disciplinado; é preciso que a administração o exerça como determina a lei para que possa ser fato gerador da taxa.

É preciso dizer também que, o poder de polícia não pode ser produzido por particulares, ele é uma atividade específica do Estado, desempenhada sempre com base na lei. Neste sentido, o artigo 78 do Código Tributário Nacional conceitua o poder de polícia como “atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do poder público, à tranqüilidade pública, ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos”.

Vejamos outras afirmações sobre o Poder de Polícia:

O poder de polícia é a atividade preventiva ou repressiva, exercida pela administração, com o propósito de condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade, promovendo, assim, o bem-estar geral⁴⁵.

“Poder de Polícia é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público”⁴⁶.

“Destina-se a polícia administrativa a prevenir o surgimento (quando ainda não aconteceu) de atividades particulares nocivas aos interesses sociais públicos ou a obstar (paralisar, impedir, reprimir) seu desenvolvimento⁴⁷.”

Como se pode perceber, o campo de atuação do poder de polícia é vasto, incluindo todas as restrições impostas pelo poder público aos indivíduos, em benefício do interesse

⁴⁵ Ramos Filho, Carlos Alberto de Moraes, in Revista EFISCAL no. 93, julho/2000, p. 58, Manaus/AM- Breves Considerações sobre as Taxas de Polícia.

⁴⁶ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, in Direito Administrativo, 9ª. edição, São Paulo, Atlas Editora, p. 94. Apud Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho in Revista EFISCAL no. 93, julho/2000, p. 58, Manaus/AM – Breves Considerações sobre as Taxas de Polícia.

coletivo, saúde, ordem pública, segurança, e ainda mais, os interesses econômicos e sociais (controle da circulação nas vias públicas, a vigilância sanitária – exercida sobre o comércio de alimentos e medicamentos – a higiene dos logradouros públicos, o controle de epidemias, etc. Com o avanço de nossa legislação, o poder de polícia passou a incidir também sobre a floresta, caça e a pesca – com o intuito de proteger a fauna e a flora – sobre diversões públicas – destinada à defesa dos valores sociais – sobre pesos e medidas – controle e fiscalização de pesos e medidas, sobre a edificação – para disciplinar as construções- etc.

Segundo o professor Diogenes Gasparini, o poder de polícia manifesta-se por atos normativos e concretos: “dos primeiros são exemplos os regulamentos (venda de bebidas nos períodos eleitorais e carnavalescos). Esses são os atos gerais, abstratos e impessoais. Dos segundos são exemplos os atos administrativos de interdição de atividade não licenciada, de apreensão de mercadoria deteriorada, de guinchamento de veículos que não oferecem condições ideais de uso, de embargo de obra que não obedece ao ato de aprovação e de interdição (confinamento) de louco”⁴⁸.

O Poder de Polícia também compreende os atos de fiscalização pelos quais previnem-se os danos decorrentes da ação dos administrados. É o caso da fiscalização dos restaurantes, bares e lanchonetes, no que concerne à higiene e à qualidade dos alimentos postos ao consumo público; das construções, no que respeita à higiene, segurança, habitabilidade; das atividades (caça e pesca) no que diz respeito à época, local e aos equipamentos utilizados; dos táxis, no que se refere à segurança e à aferição de taxímetros. Essas manifestações redundam na expedição de alvarás, licenças e autorizações⁴⁹.

Três observações merecem ser feitas em relação ao poder de polícia como fato gerador de taxas:

- as taxas de polícia devem custear o poder especial de polícia, visto que o poder geral de polícia, por ser inerente à função normal do Estado, tem o seu custeio satisfeito pelos impostos gerais⁵⁰.

⁴⁷ Gasparini, Diógenes, in *Direito Administrativo*, cit.p.110. Apud Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho in *Revista EFISCAL* no. 93, julho/2000, p. 58, Manaus/AM – Breves Considerações sobre as Taxas de Polícia.

⁴⁸ Gasparini, Diógenes, in *Direito Administrativo*, cit., p.112 – Apud Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho, in *Revista EFISCAL* no. 93, julho/2000, p. 58 – Breves Considerações Sobre as Taxas de Polícia.

⁴⁹ Meirelles, Hely Lopes, in *Direito Administrativo Brasileiro*, cit.pp. 122-123; Odete Medauar in *Direito Administrativo Moderno*, cit.pp. 371-372; Diógenes Gasparini in *Direito Administrativo*, cit.p. 112, Apud Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho in *Revista EFICAZ* no. 93, julho/2000, p. 59, Manaus/AM – Breves Considerações sobre Taxa de Polícia

⁵⁰ STF, RE no. 73.584-4 –MG, Pleno, unânime, Rel Min Antonio Neder- Apud Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho in *Revista EFISCAL* no. 93, julho/2000, p. 59

- o Poder de Polícia, tipificado como pressuposto constitucional das taxas, requer a efetividade de seu exercício (sob pena de desnaturar-se, assumindo a feição de imposto)⁵¹.

- Como fato gerador de taxas, não basta o exercício do poder de polícia, mas o seu exercício regular.

Logo, podemos dizer que o policiamento de segurança das pessoas e das casas, v.g., é atribuição normal do Estado, sendo serviço que a receita dos impostos custeiam. Sendo assim, ele não pode constituir fato gerador da taxa de segurança, como dispõe o artigo 77 do Código Tributário Nacional.

Entretanto, não é o simples exercício do poder de polícia que enseja a cobrança da taxa de polícia, mas o desempenho efetivo da atividade dirigida ao administrado, consubstanciado num agir concreto e específico da Administração, praticado com base em lei, que levanta uma abstenção ou que mantém ou fiscaliza uma exceção já existente⁵². Logo não é qualquer ato de polícia que permite sua tributação, mas apenas aquele que consista num ato concreto e específico da Administração, somente podendo ser exigida da pessoa que é alcançada por um ato de polícia de efeitos individuais. Por isso cobrança de uma taxa de localização, instalação e funcionamento cobrada anualmente pelo Fisco é inconstitucional, pois a cobrança anual da taxa é feita pela atividade de eventual fiscalização que possa vir a exercer a Administração.

Acontece que a cobrança anual da taxa, de forma reiterada pela Fazenda, é ilegítima, porque referida taxa é fundada no poder de polícia e não há anualmente um ato expressivo do poder de polícia da municipalidade em relação aos contribuintes. A cobrança da referida taxa só poderia ser legitimamente efetivada uma só vez, quando houvesse a localização, instalação do estabelecimento e o exame das condições de como o estabelecimento do contribuinte iria funcionar, e não anualmente como é feita. Diante do exposto, conclui-se que a simples existência de um serviço organizado de fiscalização não permite que se possa cobrar taxas fundadas no poder de polícia⁵³.

⁵¹ Jardim, Eduardo Marcial Ferrewira, in Dicionário Jurídico Tributário, p. 121 – Apud Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho, in Revista EFISCAL no. 93, julho/2000, p. 59 – Manaus/AM in Breves Considerações sobre o Poder de Polícia.

⁵² Carrazza, Roque Antonio, in Curso de Direito Constitucional Tributário, cit. P.p. 314-315, Apud Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho in Revista EFISCAL no. 93, julho/2000, p. 59 – Manaus/AM – in Breves Considerações sobre o Poder de Polícia.

⁵³ Jardim, Eduardo Marcial Ferreira, in Dicionário Jurídico Tributário, cit. P. 315. Apud Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho, in Revista EFISCAL no. 93, julho/2000, p. 59, Manaus/AM.

O Professor Pécisio de Oliveira Lima afirma que “ o exercício do poder de polícia não está na existência deste poder, mas no ato administrativo in concreto praticado pela autoridade competente que, pela emissão de um juízo expressivo do poder de polícia, remove um obstáculo jurídico para a prática de um ato ou impõe a abstenção de um fato e atua observando o devido processo legal ”⁵⁴. Logo, conclui-se que, a utilização potencial do exercício do poder de polícia não autoriza a pessoa política a exigir esta modalidade de taxa⁵⁵. Neste sentido também opina o professor Bernardo Ribeiro de Moraes, quando esclarece que o fato gerador da taxa de polícia é o exercício efetivo do poder de polícia: Admite-se a cobrança de taxas em razão da atividade estatal fundamentada no poder de polícia, desde que tal atividade exista. O ato de polícia deve ser praticado. Caso contrário, nada há que justifique a cobrança de taxa não há atividade estatal, não há a despesa feita; não há custo a ser financiado pelos contribuintes.

O Código Tributário Nacional foi bastante claro ao utilizar-se da expressão pelo exercício regular do poder de polícia⁵⁶.

Logo, pode-se afirmar que só é legítimo o poder de polícia - e, conseqüentemente, legítima a imposição da taxa correspondente – quando exercido : a) por autoridade administrativa competente; b) com obediência dos limites legais, isto é, sem abuso ou desvio de poder; e c) com observância do devido processo legal⁵⁷.

Assim, o Poder de Polícia deve ser exercido com cautela, para que não sejam feridos direitos individuais assegurados pela Constituição Federal. Se o ato da autoridade extravasa os limites da lei, o mesmo não será considerado como fato gerador da taxa, pois é inadmissível que a Fazenda pratique um ato arbitrário⁵⁸ e ainda pretenda cobrar do contribuinte o valor correspondente à despesa que se causou para a produção do referido ato.

⁵⁴ Lima, Pécisio de Oliveira, in *Taxa de Localização e Funcionamento*, cit., p. 52. Apud Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho, in *Revista EFISCAL* no. 93, p. 59, julho/2000, Manaus/AM.

⁵⁵ Carraza, Roque Antonio, in *Taxa no Sistema Tributário Brasileiro*, São Paulo, Edit. Revista dos Tribunais, 1968, p. 95. Apud Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho in *Revista EFISCAL* no. 93, p. 59, julho/2000, Manaus/AM.

⁵⁶ Moraes, Bernardo Ribeiro de, in *Taxa no Sistema Tributário Brasileiro*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1968, p.95. Apud Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho, *Revista EFISCAL*, no. 93, p. 59, julh/2000, Manaus/AM.

⁵⁷ Ramos Filho, Carlos Alberto de Moraes, in *Revista EFISCAL* no. 93, julho/2000, p. 60, in *Breves Considerações sobre Taxa de Polícia*, Manaus/AM..

⁵⁸ A arbitrariedade, segundo Paulo Nader, pode ser conceituada como a conduta antijurídica praticada por órgãos da administração pública e violadora de formas do Direito : *Intrdução ao Estudo do Direito*, 14ª. edição, Rio de Janeiro, Forense, 1997, pp. 161-162. Apud Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho in *Revista EFISCAL*, p. 60, julho/2000, Manaus/AM.

3.3 Base de cálculo das taxas

A Constituição Federal (art 145 § 2º.) e o Código Tributário Nacional (artigo 77, § único) dispõe que as taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos.

A vedação é pertinente e justifica-se, pois impede a criação de taxas que, na verdade, seriam impostos disfarçados, ou seja, não corresponderiam a valores cobrados em função do serviço prestado ou do exercício do Poder de Polícia. E é nesse sentido que a doutrina se manifesta:

O artigo 145, § 2º. da Constituição Federal, para evitar divergências, proibiu que as taxas tivessem base de cálculo própria de impostos; isso, no entanto, não impediu a existência de vários casos controvertidos, conforme se pode verificar das notas ao citado dispositivo constitucional⁵⁹.

No que diz respeito à Taxa pelo exercício regular do Poder de polícia, conforme se pode verificar do disposto na Constituição Federal e no Código Tributário Nacional, há basicamente dois fatos geradores : o exercício do Poder de Polícia e a Prestação de Serviço Público Específico e Divisível. Neste sentido, o artigo 78 do Código Tributário Nacional conceitua Poder de Polícia para fins de tributação por meio de Taxa. No entanto, algumas questões surgem relativamente a esse assunto, como se pode observar no seguinte Acórdão:

- I – O exercício regular do poder de polícia também é exercido pelos municípios, pelo que a Taxa de Fiscalização de Anúncios é devida.
- II – Independentemente de se tratar de empresa Pública Federal, a exação é exigível à Caixa Econômica Federal, vez que não há interferência em sua finalidade, mas sim fiscalização no limite urbano da cidade.
- III – É válida sua cobrança anual, tendo em vista tratar-se de fiscalização permanente.
- IV – Inaplicabilidade da Súmula 157/STF, eis que esta trata de Taxa de Renovação de Licença, tributo de natureza diversa do presente. O Supremo Tribunal Federal tem sistematicamente reconhecido a legitimidade da exigência, anualmente renovável, pelas municipalidades, da taxa em referência (Taxa de Fiscalização de Localização e Funcionamento), pelo exercício do Poder de Polícia, não podendo o contribuinte furtar-se à sua incidência sob alegação de que o ente público não exerce a fiscalização devida, não dispondo sequer de órgão incumbido desse mister”.⁶⁰

⁵⁹ Conti, José Mauricio, in Sistema Constitucional Tributário. Interpretado pelos Tribunais , São Paulo, Editora Oliveira Mendes, 1997, p.96.

⁶⁰ AC.UM.da 3ª. T do TRF da 3ª. REGIÃO.AC 96.03.0522067-0-SP-j. 18.09.96, in RDDT 15/206

Para encerrarmos nossa exposição sobre a sua base cálculo., gostaríamos de ressaltar o artigo 145, § 2º. da Constituição de 1.988 diz que para a cobrança de taxas, a entidade tributante não poderá tomar como base de cálculo a que seja própria para a incidência de impostos. Essa vedação decorre da circunstância da taxa ser um tributo vinculado, sendo sua hipótese de incidência uma determinada atividade estatal suscetível de ser individualizada, relativamente a determinada pessoa. Daí porque a base de cálculo para fixação do seu montante deve estar relacionada com sua hipótese de incidência (a atividade estatal), assim como nos impostos tal critério de medição tem por base circunstâncias inerentes ao sujeito passivo, a seus bens ou atividades, que são consideradas hipóteses de incidência pela lei. É por isso que não se pode exigir taxa cuja base de cálculo seja o valor venal do imóvel, pois este valor já constitui a base de cálculo do IPTU (Imposto Predial e Territorial Urbano).

Por tudo isso, a base de cálculo da taxa, consistindo em remuneração ou contraprestação de atividade estatal, deve guardar relação lógica com a natureza do seu fato gerador (atividade administrativa), não podendo ser diversa do seu pressuposto, sob pena de ficar desnaturada⁶¹. Portanto, no caso de taxa de polícia, a base de cálculo deverá estar na atuação pública (ato de polícia), no volume ou dimensão de diligências necessárias à emissão do ato de polícia (já que este nenhum conteúdo econômico possui).

Pois bem, esgotadas as nossas divagações sobre o tema taxa, vamos nos ater agora, a estudar os conceitos jurídicos a respeito de Tarifa, para ao final, evidenciarmos o traço distinto entre os dois institutos.

4 TARIFA OU PREÇO PÚBLICO E A DISTINÇÃO DA ESPÉCIE TRIBUTÁRIA “TAXA”

A Constituição Federal conceitua com precisão o que seja taxa; entretanto não faz o mesmo com o preço público. Aliás, ela sequer se utiliza desta expressão.

De pronto devemos considerar que muitos estudiosos consideram preço público sinônimo de tarifa. É preciso destacar que preço público, ou tarifa, não é tributo e sim um

⁶¹ STJ. RESp no. 37953/ES. Rel. Min. Milton Luiz Pereira. 1ª. T.Decisão : 29.03.95 DJ de 08.05.95, p. 12.305; TRF – 3ª.Região MAS no. 91.03.042020/SP Rel. Juíza Lúcia Figueiredo.Plenário. Decisão: 01.07.94.DJ de 27.09.94, p. 54.562. Apud Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho, in Revista EFISCAL no. 93, p. 60, julho/200, Manaus/AM, in Breves Considerações sobre o Poder de Polícia.

valor cobrado pela Administração Pública, direta ou indireta, com motivação em contrato de adesão. Figura típica do Direito Administrativo, é marcada pela facultatividade: só paga quem usa o serviço tarifado. Não se submete aos rigores constitucionais tributários e a princípios. É cobrada pela exploração do patrimônio Estatal. Só paga quem usa o serviço tarifado, aqui não existe compulsoriedade.

Pelo que dissemos, entende-se que tarifa é medida de consumo, cobrada apenas das pessoas que a consomem, medida através de aparelho hidrômetro, por exemplo. Atualmente constatamos que, havendo a concessão do serviço de água para pessoa diversa da do município, esta se arvora no direito de cobrar, a título de taxa, o serviço colocado à disposição em terrenos baldios.

Se ocorreu a concessão, significa que a entidade que assim agiu, quedou-se do direito de instituir qualquer tributo, pois não é ela que presta o serviço, logo não pode instituir a taxa por estar o mesmo à disposição do contribuinte, embora não uso, o terreno baldio. A entidade não pode disfarçar em taxa um serviço que, notoriamente, não é prestado por ela, mas por uma outra entidade, concessionária do serviço.

Segundo o Professor Lacombe⁶² “preço é a contraprestação decorrente de uma compra de bens ou serviços. O conceito de preço é essencialmente de direito privado. O preço é, assim, elemento de contrato. Este é celebrado quando as partes acordam quanto à coisa e quanto ao preço”.

Tanto a taxa como o preço público são contra-prestações de serviço. A distinção entre as duas é que, a primeira é tributo e para que ocorra é suficiente que o serviço seja posto à disposição do cidadão, é prestação pecuniária compulsória; já o segundo não é prestação pecuniária compulsória, ficando condicionado ao fato do cidadão utilizar ou não o serviço oferecido. Além disso, a taxa, como tributo deve ser criada por lei; já o preço público, não sendo tributo nem obrigação compulsória, pode ser regulado por ato executivo, que deve ter caráter normativo dando tratamento igual e permanente a todos os usuários do serviço, estabelecendo prestações de acordo com o valor dos serviços prestados.

O que distingue o preço da taxa é o regime jurídico. O Estado pode cobrar preços ou instituir taxas. No primeiro caso agirá como qualquer particular que presta um serviço, no segundo age como Poder Público, na prestação de um serviço público. “ Haverá serviço

público quando o legislador atribua um regime especial – o administrativo – a determinadas atividades. Serviço Público ou atividade pública é aquela que se consubstancia através do regime jurídico especial, instituído pelo Estado no interesse direto dos fins que consagrar como próprios”⁶³. “ Serviço Público é aquele prestado por um órgão governamental, em regime de direito público, e como consequência deste regime legal poderá servir de referência ao legislador para ser eleito como fato típico tributário”⁶⁴. Logo, “ o preço público, é, portanto, uma prestação cobrada pelo Estado, ou de quem lhe faça as vezes, em decorrência de uma atividade civil ou comercial, atividade esta cujo regime jurídico é o de direito privado”⁶⁵.

No que diz respeito ao preço público, ele tem por finalidade principal a constatação de que a atividade mantida pelo Estado proporciona a cobertura das despesas. Ressalte-se que há equilíbrio entre a receita e a despesa de manutenção da atividade. Por esta razão, torna-se difícil fornecer exemplificações a respeito de quais as atividades que proporcionam arrecadação de um preço público, pois, dependendo da igualdade entre a receita e a despesa, somente após a verificação da contabilidade, ou dos balancetes da atividade, para que possamos identificar se o preço cobrado é público ou não.

Poderíamos exemplificar o caso do serviço postal e o correio aéreo nacional (artigo 21, inciso X da Constituição Federal), o qual é precipuamente da competência da União, órgão este que se mantém através da venda de selos, para postagem da correspondência, venda de embalagens (caixas), cuja atividade, presume-se, decorre da cobrança de um preço de um preço público, na presunção de que no mínimo ela é mantida em equilíbrio, apesar de poder cobrar preços diferenciados.

É bom observarmos aqui que, não sendo tributo, os preços públicos podem ser cobrados sem limites mínimos ou máximos, porque se ele não é uma exigência compulsória ao contribuinte, não é cobrado contra a sua vontade, o contribuinte pode escolher se quer ou não utilizar os serviços do Estado, podendo optar pelos serviços de outro prestador que lhe

⁶² Lacombe, Américo Masset, in *Taxa e Preço Público – Caderno de Pesquisas Tributárias*, Vol. 10, Editora Resenha Tributária, 1991, São Paulo, p.15. 2ª. tiragem.

⁶³ Lacombe, Américo Masset, in *Taxa e Preço Público – Caderno de Pesquisas Tributárias*, Vol. 10, Editora Resenha Tributária, Vol. 10, p. 18, São Paulo, 1991.

⁶⁴ Seixas Filho, Aurélio Pitanga, in *Taxa e Preço Público – Caderno de Pesquisas Tributárias*, Vol. 10, Editora Resenha Tributária, 1.991, São paulo, p. 27, 2ª. tiragem.

⁶⁵ Lacombe, Américo Masset, in *Taxa e Preço Público – Caderno de Pesquisas Tributárias*, Vol. 10, p. 16, Editora Resenha Tributária, 1991, São Paulo, 2ª. tiragem.

seja mais favorável. Enquanto na taxa a exigência é compulsória, na tarifa ou preço não há exigência, há voluntariedade.

Importante frisar que a Tarifa tem natureza de contraprestação contratual e visa remunerar serviço público prestado pelas empresas concessionárias, trazendo embutida, inclusive, uma certa margem de lucro, em seu valor. Vejamos o disposto na Carta Constitucional:

Artigo 175 – Incumbe ao Poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitações, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo Único – A lei disporá sobre:

I – O regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II – os direitos dos usuários;

III- a política tarifária ;

IV – a obrigação de manter serviço adequado.

Pelo que se depreende do texto acima, o legislador reservou o termo tarifa para significar “receita decorrente de prestação de serviços públicos, sob o regime de concessão ou permissão”. Neste sentido, a Lei Federal nº 9.074/95 dispõe sobre quais serviços podem ser objeto de delegação e concessão. Logo, cada unidade estatal poderá por lei, definir quais serviços podem ser delegáveis ou não. Por conseguinte, esta Lei Federal define, no Brasil, o regime tarifário; eis que o mercado de concessões e repasses de serviços públicos para a iniciativa, permitiu o crescimento do regime tarifário

Desta forma, forçoso nos é concluir que a tarifa é a contraprestação por serviços prestados, não essenciais e de natureza contratual não obrigatória, que por sua vez, derivam da exploração econômica do patrimônio do Estado, agindo com se particular fosse.

Parece-nos claro que nosso ordenamento positivo possui critérios para distinguir taxa de preço público. Sendo o sistema jurídico uno e pleno, ele sempre oferece meios legais para distinguir seus diversos institutos. O nosso sistema constitucional conceitua taxa com precisão, entretanto não conceitua preço. O conceito de preço será encontrado no direito privado. Taxa é tributo e o seu regime jurídico é de direito público, mais especificamente, de direito tributário. É um tributo em cuja norma está feita a previsão, no núcleo do seu antecedente normativo, de uma atuação estatal diretamente referida ao sujeito passivo, que realiza a hipótese de incidência por um ato de livre vontade como em qualquer tributo. Preço

é uma contraprestação por um serviço particular ou por uma compra. É um dos elementos do contrato de compra e venda, ou retribuição por um serviço, o regime jurídico é de direito privado. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou a esse respeito:

Sumula 545 – Preços de Serviços Públicos e taxas não se confundem e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu.

As taxas são cobradas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições e competências, tendo como fato gerador o exercício do Poder de Polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição, não podendo ter por base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondem com o imposto, nem ser calculada em função do capital das empresas. Ela distinta, mensurável e divisível, uma vez que, ao ser prestado um serviço ao contribuinte, somente ele recebe os serviços do Estado; conseqüentemente, ele pode medir os benefícios que recebe daquilo que o Estado lhe presta e, como conseqüência a noção de divisibilidade face à inclusão patrimonial dos serviços recebidos.

Logo, para a arrecadação das taxas é necessário preceder um fato gerador, para que o Estado preste o serviço correspondente. Já a tarifa, esta somente pode ser cobrada por serviço contratualmente assumido e regido pelas regras de Direito privado.

Para melhor fixarmos a diferença entre estes dois institutos, vale dizer que a distinção entre a taxa e a tarifa baseia-se no relacionamento mantido com os direitos fundamentais: enquanto a taxa remunera o serviço público de tutela da Administração Pública, direta ou indireta, através da imposição pela utilização efetiva ou potencial do serviço público, a tarifa remunera serviços prestados com motivação em contrato de adesão, figura típica do Direito Administrativo, que é marcada pela facultatividade (só paga quem usa o serviço tarifado) e não se submete aos regimes constitucionais tributário e a princípios ; eis que ela é cobrada pela exploração do patrimônio estatal sob regime de concessão. Se ocorreu a concessão, significa que a entidade que assim agiu, quedou-se do direito de instituir qualquer tributo, pois não é ela que presta o serviço, logo não pode instituir a taxa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A problemática que fundamentou essa pesquisa foi a de identificar em que momento o contribuinte fica sujeito ao pagamento da taxa e em que momento fica sujeita à imposição da tarifa? Os objetivos da pesquisa foram cumpridos, uma vez que analisou cada uma das espécies e se conseguiu fazer a distinção.

Assim, no desenrolar deste estudo, a taxa seguiu uma trajetória antes de chegar à atual condição que goza hoje em nosso ordenamento jurídico: a de ser tributo. Sem sombra de dúvida podemos afirmar que a taxa, como espécie tributária, tem categoria específica de tributo, exigindo um princípio informador que a fundamente e legitime, o pressuposto de fato adotado em lei para dar origem à respectiva obrigação tributária, devendo atender três elementos essenciais: ter um pressuposto material vinculado a uma atividade do Poder Público, relacionada diretamente ao contribuinte; ter como sujeito passivo da obrigação tributária a pessoa ligada a atividade estatal; e ter como base de cálculo elemento relacionado com essa atividade estatal, pois se não forem obedecidos estes pressupostos, a taxa será descaracterizada.

De outra feita, ficou caracterizado que a tributação não tem apenas finalidade financeira, mas também social; pois a tributação representa um dos instrumentos de ação do Governo, a serviço da coletividade. A nossa Carta Magna, além do Código Tributário Nacional, faz a discriminação de rendas tributárias, distribuindo competência, outorgando-as ao respectivo poder tributante, um instrumento de ação financeira, econômica ou social.

Nos dias de hoje, está restrito ao conhecimento da maioria dos cidadãos e administrações públicas em geral, o conhecimento do que vem a ser a taxa como espécie tributária, pois muitos confundem a “taxa índice” com a “taxa tributo”, sendo que muitas vezes os cidadãos são lesados por falta deste conhecimento.

Através deste estudo nos convencemos de que as normas jurídicas em grau mínimo e máximo, encontram-se na Constituição Federal e no Código Tributário Nacional, onde o conceito de taxa apresenta-se bastante claro, como pertencente à categoria integrante do gênero tributo : é instituída em lei e exigida na forma e medida desta, a partir do momento em que se verifica a situação legal prevista; é obrigação compulsória, instituída em lei, cobrada mediante atividade plenamente vinculada, que não constitua sanção de ato ilícito.

Verificamos também que a taxa, como categoria específica de tributo (espécie tributária) exige um princípio informador que a fundamente e a legitime: o pressuposto de fato adotado em lei, para dar origem à respectiva obrigação tributária. Inexiste espécie tributária mista (parte taxa, parte imposto ou parte contribuição), havendo unicamente um pressuposto de fato ou fundamento específico para cada espécie tributária, genérica ou específica, que a vem caracterizar. Já a tarifa não segue estes pressupostos; eis que se é cobrada mediante contrato de adesão ao serviço público que é disponibilizado, não lhe sendo imposta contra a sua vontade de aderir ao contrato.

O sentido do Poder de Polícia como fato gerador da cobrança da taxa, passa a ser um instrumento tributário *sui generis* que, além de tributo específico, traz em si a idéia da realização de objetivos sociais e políticos do Estado, sendo que as taxas de polícia, para serem arrecadadas, exigem a ação deste, através de regulamentação e limitação dos direitos individuais. Assim, se o serviço público for específico e divisível, indelegável em face de sua natureza, o regime deve ser exclusivamente tributário. Entretanto, se o serviço público for não essencial ou delegado a terceiro, o regime contratual será de Direito Privado, utilizando-se da tarifa, que é receita própria do particular. Assim, as duas espécies “taxa e tarifa” não se confundem; eis que são institutos próprios.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Amílcar Falcão de. **Introdução ao Direito Tributário** Parte Geral. Rio de Janeiro: Editora Financeira S/A, 1959.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese da Incidência Tributária**. São Paulo: RT, 1973.

BALEEIRO, Aliomar. Uma Introdução à Ciência das Finanças e à Política Fiscal, Rio de Janeiro: Forense, 1964.

BALEEIRO, Aliomar. “**Parecer**”, in RDA 69/439.

BALEEIRO, Aliomar. “**Parecer**”, in RDA 79/437.

BALEEIRO, Aliomar. **Uma Introdução das Ciências das Finanças**. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

- BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
- BARBOSA, Rui. “**Parecer**”, in RF 120/55.
- BARROS FILHO, Theotônio Monteiro de. **As Taxas e Seus Principais Problemas Teóricos**: São Paulo: Revista dos Tribunais, 1941;
- BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário, São Paulo: Saraiva, 1997;
- BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 1972.
- BORGES, Arnaldo. **Introdução ao Direito Tributário**. São Paulo: RT, 1992.
- BORRÁS, Gabriel Giampietro. Las tasas en la Hacienda Pública. Montevideo, Facultad de Derecho y Ciências Sociales de la Universidad de la Republica.
- BRASIL, **Constituição Federal de 1.988**. Congresso nacional, Brasília, 1.988. Emendas Constitucionais de Revisão no. 1 a 6/94. Brasília: Senado Federal, Ed. Saraiva, 2000.
- CADERNO DE PESQUISAS TRIBUTARIAS. TAXA E PREÇO PÚBLICO, Editora Resenha Tributária, São Paulo, 1991, v. 1.
- CAMARGO, Fabretti Láudio. **Contabilidade Tributária**, São Paulo: Atlas S/A, 1996.
- CAMPOS, Djalma e Edvaldo Brito Campos. **Direito tributário contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 1997;
- CAMPOS, Djalma e Edvaldo Brito Campos. **O sistema tributário nacional**, São Paulo: Atlas S/A, 1998.
- CASTRO, Alexandre Barros. **Teoria e prática de Direito Processual Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- CARVALHO, Rubens Miranda de. **Contribuição de melhoria e Taxas no Direito Brasileiro**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999.
- CONTI, José Mauricio. **Sistema Constitucional Tributário Interpretado Pelos Tribunais**. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1997.
- CONTI, José Mauricio. **Sistema Constitucional Tributário**. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1997.
- CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de Direito Tributário constitucional**, Rio de Janeiro: Forense, 1997.

- FAGUNDES, M. Seabra. “**Parecer**”, in RDPG 14/558;
- FALCÃO, Amílcar de Araújo. **Fato Gerador da obrigação Tributária**. Rio de Janeiro: Forense, 1964.
- FANUCCHI, Fábio. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. São Paulo: Resenha Tributária, 1987, v. 1.
- FONROUGE, Carlos M. Giuliani. **Conceitos de Direito Tributário**, São Paulo: Editora Lael, 1985.
- JEZÉ, Gaston. **Fato Gerador de Imposto**, in RDA 2/50, tomo I;
- MEIRELLES, Hely Lopes. “**Os Direitos, Deveres e Poderes de Administrador Público**”. In RDPVI/194;
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. São Paulo: Editora Borsoi, 1970.
- MONTESQUIEU. **L’Esprit des Lois**. Paris (Obra dos Grandes Pensadores, Coleção) 1748, Capítulo I, Título III.
- MORAES, Bernardo Ribeiro de. “**Taxa de Iluminação Pública**”, in Diário do Comércio, São Paulo, 20/04/1971;
- NITTI, Francesco. **Princípio da Ciência das Finanças**, Trad. De C. Machado, Rio de Janeiro: Editora Atena, 1937, v. 1.
- OLIVEIRA, José Marques Domingues de. **Direito Tributário e Meio Ambiente**. São Paulo: Editora Renovar, 1999.
- ORDENAÇÕES FILIPINAS. Livro I, título LXVII, §§ 31, 32 e 33;
- PUGLIESE, Mário. **Lê Tasse nella Scienza e nel Diritto Positivo Italiano**. Padova: Casa Editrice Dott, 1930;
- RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. “**Meio Ambiente e Poder de Polícia – Aplicação do Princípio Poluidor-Pagador**”. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Amazonas, edç. De 25 anos da PGE, 1983;
- RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes “**A Reforma Tributária e o Respeito ao Pacto Federativo**” - Anais do XXV Congresso de procuradores de Estado, out/1999.

RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. “**Breves Considerações sobre as Taxas de Polícia**”. Revista EFISCAL no. 93, julho/2000 pp. 57-60 – Manaus/AM;

SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. **Taxa – Doutrina, Prática e Jurisprudência**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

SILVA, José Affonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

SMITH, Adam. **An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations**. 1776.

SOUSA, Rubens Gomes de. **Taxa de Recuperação Econômica**. Belo Horizonte: Memorial, 1960.

SOUSA, Rubens Gomes de. **Compendio de legislação Tributária**, São Paulo: Resenha Tributária, 1975.

SOUZA, Rui de. **Atualização do Conceito de Taxa**, in RDA 49/1-2;



FACULDADES
SANTO AGOSTINHO
SETE LAGOAS • MG

CONTATO
Clique nos ícones

