

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 444

(ano VII)

(21/09/2015)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2015

Conselho Editorial

COORDENADOR GERAL (DF/GO) -
VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:
*Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em
Direito Penal Internacional.*

Coordenador do Direito Internacional
(AM/DF): **SERGIMAR MARTINS DE
ARAÚJO** - Advogado com mais de 10 anos
de experiência. Especialista em Direito
Processual Civil Internacional. Professor
universitário

Coordenador de Dir. Administrativo:
**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA
MAFRA FILHO** (MT): Doutor em Direito
Administrativo pela UFMG.

Coordenador de Direito Tributário e
Financeiro - **KIYOSHI HARADA** (SP):
Advogado em São Paulo (SP). Especialista
em Direito Tributário e em Direito Financeiro
pela FADUSP.

Coordenador de Direito Penal - **RODRIGO
LARIZZATTI** (DF): Doutor em Ciências
Jurídicas e Sociais pela Universidad del
Museo Social Argentino - UMSA.

País: *Brasil*. Cidade: *Brasília* – DF.
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLONISTA DO DIA



21/09/2015 Kiyoshi Harada

» [Forças Armadas e o Decreto nº 8.515/2015](#)

ARTIGOS

21/09/2015 Wellyngton Marcos de Ataíde da Silva

» [A dignidade humana retratada na Declaração Universal dos Direitos Humanos através da observação de Max Scheler](#)

21/09/2015 Bruno Querino Olímpio

» [Análise da contribuição de melhoria sob o aspecto da desvalorização imobiliária](#)

21/09/2015 Afonso Tavares Dantas Neto

» [O divórcio sem prévia partilha de bens e seus limites](#)

21/09/2015 Lorena Carneiro Vaz de Carvalho Albuquerque

» [A perda de uma chance - lucros cessantes: obrigatoriedade de indenização sob à luz do Código Civil](#)

21/09/2015 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Comentários à Política Nacional de Combate à Desertificação e Mitigação dos Efeitos da Seca: Breve Painel à Lei nº 13.153/2015](#)

21/09/2015 Wera Lucia Antonia Pedrosa Lambert

» [ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental](#)

FORÇAS ARMADAS E O DECRETO Nº 8.515/2015

KIYOSHI HARADA: Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP. Professor de Direito Tributário, Administrativo e Financeiro. Conselheiro do Instituto dos Advogados de São Paulo. Presidente do Centro de Pesquisas e Estudos Jurídicos. Membro do Conselho Superior de Estudos Jurídicos da Fiesp. Ex Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica do Município de São Paulo.

Está causando polêmica na mídia o Decreto nº 8.515, de 4 de setembro de 2015, pelo qual a Presidente delega para o Ministro de Estado da Defesa algumas de suas atribuições privativas com relação às Forças Armadas.

O Decreto tem seus vícios, mas, não é verdade que o Ministro de Estado da Defesa tornou-se o Chefe das Forças Armadas. O Comando Supremo das Forças Armadas continua na competência privativa do Presidente da República como determina o art. 84, inciso XIII da CF.

Examinemos a matriz constitucional desse Decreto.

O instrumento normativo em tela foi baixado com base no art. 84, inciso VI, *a* da CF, uma novidade introduzida no ordenamento jurídico-constitucional criando uma hipótese de Decreto autônomo, isto é, de conteúdo idêntico ao de uma lei. A outra hipótese excepcional é a da letra *b* do mesmo inciso que autoriza o Presidente extinguir funções ou cargos, *quando vagos*. São duas únicas hipóteses em que o Decreto passa a atuar não como instrumento normativo regulamentador da lei, mas, como instrumento normativo autônomo que faz às vezes da lei.

Verifica-se, pois, que o Poder Constituinte Derivado delegou ao Presidente da República a prática de atos previstos nas letras *a* e *b*, do inciso VI, do art. 84 da CF dispensando a regular atuação da lei.

Essa delegação, como se pode constatar do art. 84 caput da CF, se deu de forma privativa ao Presidente da República. O que é privativo não comporta delegação, do contrário a competência privativa deixa de ser privativa a menos que o atual governo tenha alterado o significado da palavra, como alterou a noção de metas, de superávit e, recentemente, a noção de orçamento.

Assim, o Decreto sob análise padece do vício incurável da inconstitucionalidade formal ao delegar uma atribuição que é privativa do Presidente da República.

Outrossim, pelo menos dois dos incisos do art. 1º do Decreto sob exame padecem do vício de inconstitucionalidade material. São os incisos III e IV que cuidam, respectivamente, de demissão de oficiais superiores, intermediários e subalternos “em virtude da sentença transitada em julgado”, e de “promoção aos postos de oficiais superiores”.

Ora, o oficial condenado na justiça comum ou militar à pena privativa de liberdade superior a 2 anos, por sentença transitada em julgado, conforme prescrição do inciso VII do § 3º, do art. 142 da CF, só perderá o posto e a patente “se for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão do **tribunal militar de caráter permanente**, em tempo de paz ou tribunal especial, em tempo de guerra,” como prescreve o inciso VI do § 3º retrocitado.

O Decreto sob análise, além de promover uma delegação que a Constituição não autoriza, ainda, permite que a autoridade delegada pratique atos contra textos constitucionais expressos.

A segunda inconstitucionalidade material consiste na delegação para o Ministro de Estado de Defesa para promover aos postos da hierarquia militar os oficiais superiores. Ora, as patentes de major, de tenente-coronel e de coronel (oficiais superiores do Exército) são conferidas pelo Presidente da República na condição de autoridade Suprema das Forças Armadas (art. 142 *caput* e § 3º, inciso I da CF). O mesmo se aplica em relação a oficiais superiores da Marinha e da Aeronáutica.

Cabe ao Congresso Nacional sustar os efeitos do referido Decreto nº 8.515/15 por exorbitar dos limites da delegação legislativa. Caberá, também, a ADI perante o STF a ser proposta pelas pessoas legitimadas para essa ação coletiva.

A DIGNIDADE HUMANA RETRATADA NA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS ATRAVÉS DA OBSERVAÇÃO DE MAX SCHELER

WELLYNGTON MARCOS DE ATAIDE DA SILVA: Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Possui Especialização em Segurança Pública pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2008). Bacharelado em Direito pela Universidade de Guarulhos (2003). Bacharelado em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública pela Academia de Polícia Militar do Barro Branco (2000). Capitão da Polícia Militar do Estado de São Paulo, exerce as funções como Analista do Setor de Processos Judiciais do Centro Integrado de Apoio Financeiro da Polícia Militar do Estado de São Paulo. Professor de Polícia Judiciária Militar e de Direito Administrativo Disciplinar da Escola Superior de Sargentos da Polícia Militar do Estado de São Paulo.

RESUMO: Procura-se neste artigo analisar os aspectos relacionados à dignidade humana retratados na Declaração Universal dos Direitos Humanos sob a perspectiva de Max Scheler. Filósofo e intelectual alemão foi um dos pioneiros da fenomenologia, aprendida dos ensinamentos Edmund Husserl. Viveu de 1874 a 1928 em uma Europa de grandes acontecimentos da história, mormente quanto a Primeira Guerra Mundial e o nascimento de regimes ditatoriais violentos. Sua vida foi partilhada da presença de notáveis das diversas áreas do saber, o que de certa maneira contribui para a diversificação do seu pensamento, as quais congregam a sociologia, a antropologia filosófica, a metafísica, a política, a biologia, a psicologia, a cosmologia, entre outros ramos do conhecimento. A Declaração Universal dos Direitos Humanos tem concepção humanista e parte da singular dignidade da pessoa humana. E como tal pressupõe uma unidade de direitos, para que as relações humanas primem pelo pacifismo e sejam pautadas pela justiça, derivada de um senso comum. O homem, por ser um ser social participa de uma imensa variedade de atos sociais que se originam nele e buscam sua plenitude no próximo. Essa concepção retratada por Scheler pode ser observada na relação de reciprocidade inerente aos direitos assegurados através da

Declaração, em uma trajetória de respeito à dignidade humana, mormente no que se refere aos resultados para as pessoas, tanto das que tem os seus direitos respeitados e assegurados quanto daquelas que de qualquer maneira atuam para que a observância dos direitos se efetive. Em vista da reciprocidade e da solidariedade evidenciada na Declaração, os conhecimentos trazidos pelo filósofo, a partir da cultura do homem, que compõe o seu próprio microcosmo, e seu macrocosmo, servem para estabelecer uma compreensão da universalidade dos direitos descritos, visto que se articulam em um sentido amplo, passando a compor a totalidade de mundo do homem.

Palavras-Chave: Scheler – homem – dignidade humana – microcosmo – macrocosmo

ABSTRACT: Wanted this article analyze aspects related to human dignity portrayed in the Universal Declaration of Human Rights from the perspective of Max Scheler. German philosopher and intellectual was one of the pioneers of phenomenology, Edmund Husserl learned of the teachings. He lived from 1874 to 1928 in a Europe of great events of history, especially as the First World War and the birth of violent dictatorial regimes. His life was shared the presence of notables from different areas of knowledge, which in some way contributes to the diversification of their thought, which congregate sociology, philosophical anthropology, metaphysics, politics, biology, psychology, cosmology, and other branches of knowledge. The Universal Declaration of Human Rights has humanistic design and part of the singular dignity of the human person. As such rights presupposes a unit, so that human relationships excel by pacifism and be guided by justice, derived from a common sense. Man, being a social being participates in a wide variety of social acts that originate it and seek its fullness the next. This view portrayed by Scheler can be observed in reciprocal relationship inherent rights guaranteed by the Declaration on a path

of respect for human dignity, especially with regard to the results for people, both of which have their rights respected and ensured as those that anyway act to the observance of the rights to become effective. In view of reciprocity and solidarity shown in the Declaration, the knowledge brought by the philosopher, from the culture of man, which makes up its own microcosm and macrocosm his serve to establish an understanding of the universality of rights described as articulate in a broad sense, giving rise to all the world of man.

Key-Words: Scheler – man – human dignity – microcosm – macrocosm

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 A Declaração Universal dos Direitos Humanos e sua proximidade com a filosofia de Max Scheler. 2 A importância da pessoa para Scheler na concretização dos atos. 3 A ordem dos valores como um a priori. Considerações finais. Referência bibliográfica.

INTRODUÇÃO

Este artigo tem o objetivo de apresentar uma análise acerca da dignidade humana, fundamento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, sob a perspectiva de Max Scheler, filósofo e intelectual alemão que viveu os temores da Primeira Guerra Mundial. Embora não tenha participado dos acontecimentos que cercaram a elaboração do documento universal, seus conhecimentos são contextuais para uma abordagem fundamentadora dos princípios que norteiam a Declaração. Nesse ponto abre-se um parêntese para esclarecer que neste artigo será utilizado o termo Declaração para fazer remissão à Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Não se trata de tarefa simples sistematizar a dignidade humana no direito positivo, quiçá condensar as mais diversas manifestações filosóficas a respeito, embora considerando um avanço histórico da participação da pessoa na atuação do Estado contemporâneo. O fato de haver vários significados e sentidos atribuídos à dignidade humana denota a amplitude da expressão de valor social, o que se constata na dificuldade em se adotar um conceito preciso.

A dignidade da pessoa humana, retratada na Declaração, com o sentido de assegurar ao homem condições mínimas de respeito e existência, será abordada nesse artigo, consoante alguns dos postulados e concepções de Max Scheler, que não obstante não tenha vivenciado o período em que se concretizou a elaboração do documento universal, de uma maneira notável, conseguiu expressar as qualidades que cercam o ser humano, capacitando-o a operar em vista da dignidade dos demais membros da sociedade e de maneira recíproca na própria dignidade.

Max Scheler nasceu em 22 de agosto de 1874, em Munique, Alemanha e faleceu em 19 de maio de 1928. Estudou filosofia e sociologia e se aproximou de Edmund Husserl, ocasião em que personificou sua identificação com a fenomenologia. Conviveu com figuras proeminentes de sua época, das mais diversas áreas do conhecimento, o que contribuiu para a diversificação do seu pensamento.

Os estudos de Scheler são incisivos contra o reducionismo e destacam a grandeza do ser humano, como um ser essencial para a concretização dos atos, considerado como pressuposto. Nesse contexto, a pessoa tem participação crucial em todo ato, em razão das interconexões havidas pelo fato da pessoa estar inserida em um ato e tê-lo consigo em seu “microcosmo” e fazer parte do mundo que atinge e influencia o próprio ato no “macrocosmo”. Assim se forma o conhecimento como uma relação ontológica, a partir da

relação entre as pessoas em que qualquer delas participa no que outra pessoa é em si mesma.

A Declaração possui uma concepção humanista como uma unidade de direitos, para que as relações humanas primem pelo pacifismo e sejam pautadas pela justiça, derivada de um senso comum. Essa interpretação humanista aproxima-se do mencionado por Scheler, notadamente, quanto a identificar-se como um ser superior, não sendo possível estudar o homem sem compreendê-lo diante do contexto em que está inserido.

Assim permite-se entender que o homem, por ser um ser social participa de uma imensa variedade de atos sociais que se originam nele e buscam sua plenitude no próximo. Não se trata, porém, de uma evidência primária da existência do próprio eu, mas de que o ser do outro é apreendido com evidência imediata pelo sentido interno.

A dignidade humana fomentada na Declaração carrega em si intensa carga de reciprocidade, tratada como a relação que une a comunidade de homens no exercício e observância dos direitos, a qual se aproxima do conceito vinculado ao princípio da solidariedade de Scheler, no que se refere à corresponsabilidade de todos por todos. A reciprocidade e a solidariedade, tratada na Declaração em consonância com os conhecimentos ofertados pelo filósofo, a partir da cultura do homem, que compõe o seu próprio microcosmo, e seu macrocosmo, servem para estabelecer uma compreensão da universalidade dos direitos descritos, visto que se articulam em um sentido amplo, passando a compor a totalidade de mundo do homem.

Scheler faz uma crítica a Kant quanto ao imperativo categórico, o que no seu entender está atrelado à experiência de valor entendida como um ato emocional. Na Declaração a concepção da dignidade humana se mostra cercada de valores

positivos que somente podem ser percebidos pelas pessoas, o que as torna eticamente responsáveis para a realização da solidariedade.

O que se evidencia é que ao agir eticamente, a pessoa se faz parte do mundo que a envolve, bem como reconhece que é esse mundo que influencia o seu mundo interior, demonstrando a contribuição para o desenvolvimento dos mundos, de acordo com a suas obrigações voltadas para os atos com valores superiores. E através das ações positivas, cada pessoa assegura uma elevação da qualidade do mundo externo e conseqüentemente do seu próprio mundo interno, perfazendo em atos graduais com valores profundos, visto que acarreta a demonstração da necessidade de consciência no desenvolvimento do mundo.

1 A Declaração Universal dos Direitos Humanos e sua proximidade com a filosofia de Max Scheler

Após séculos de lutas, e sob os resquícios das atrocidades perpetradas pelo Holocausto da Segunda Guerra Mundial, o homem recebeu um roteiro de direitos, universais, expressos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, celebrada em 1948, pela Assembleia Geral das Nações Unidas. Direitos históricos, conforme ensina Bobbio, derivados de intensas lutas em defesa das liberdades.^[1]

Documento que buscou, através de um sentido profundo, expressar direitos com o objetivo de proteger os destinos da humanidade, alçando a dignidade do homem como alicerce para a concretização de um futuro pacífico conforme se depreende do artigo 1º do Preâmbulo da Declaração:

“Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e

inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.”

Não se trata de tarefa simples sistematizar a dignidade humana no direito positivo, quiçá condensar as mais diversas manifestações filosóficas a respeito, embora considerando um avanço histórico da participação da pessoa na atuação do Estado contemporâneo. O fato de haver vários significados e sentidos atribuídos à dignidade humana denota a amplitude da expressão de valor social, o que se constata na dificuldade em se adotar um conceito preciso. A história de cada povo e os seus elementos culturais também contribuem para a dificuldade no estabelecimento de um sentido final para a expressão, além de ser notório que as necessidades humanas são variáveis, na medida em que acompanham o contexto de cada época.

Nesses termos, a dignidade humana pressupõe o exercício de direitos minimamente suficientes em assegurar o bem-estar de todos, o que de maneira geral envolve relações com terceiros, o Estado e as demais pessoas da comunidade. Nota-se haver um núcleo essencial, do qual partem todos os conceitos de sentido e significado para a dignidade humana, qual seja o homem, mormente em seu estado da natureza^[2], ponto de partida para todas as ações estatais, o que garante o contínuo estado de desenvolvimento e construção para o conceito da dignidade humana.^[3] Há que se ressaltar que o estado da natureza garante à pessoa autonomia para fazer suas próprias escolhas, esse atributo tão próximo da concepção da dignidade humana permite ao homem contribuir enormemente para o desenvolvimento do mundo, e através de uma força de reação e composição recíproca, ter o próprio mundo interno modificado.

A dignidade da pessoa humana, retratada na Declaração, com o sentido de assegurar ao homem condições mínimas de respeito e existência, se adequa aos postulados e concepções de

Max Scheler, filósofo alemão, que embora não tenha participado do momento em que se concretizou a elaboração do documento universal, viveu as agruras que cercaram a Primeira Guerra Mundial e de uma maneira notável conseguiu expressar as qualidades que cercam o ser humano capacitando-o a operar em vista da dignidade dos demais membros da sociedade e de maneira recíproca na própria dignidade.

Max Scheler foi um grande intelectual alemão e um dos pioneiros no estudo de fenomenologia no início do século XX. Viveu em uma Europa de grandes acontecimentos da história, mormente quanto a Primeira Guerra Mundial e o nascimento de regimes ditatoriais violentos. Morreu em 1928, preocupado em entender as mudanças sociais, diante dos acontecimentos que acompanhou e vivenciou. Foi encarregado pelo Ministério de Relações Exteriores de representar a Alemanha durante as negociações de paz em Haia e em Genebra, com o final da guerra. Dessa realidade deixou vários textos sobre a situação presenciada, tais como *Die Ursachen des Deutschen Hasses*^[4], publicada em 1917, e *Die Idee des Ewigen Friedens und der Pazifismus*^[5], obra póstuma publicada em 1931.

Nasceu em 22 de agosto de 1874, em Munique, na Alemanha e estudou filosofia e sociologia a partir dos ensinamentos de Wilhelm Dilthey e Georg Simmel. Durante seus estudos se aproximou de Edmund Husserl, ocasião em que se personificou a identificação com a fenomenologia. Conviveu com figuras proeminentes de sua época, como Max Brod, Martin Buber, Arnold Zweig, Albert Einstein, Walter Rathenau, Paul Tillich, Wertheimer, Köhler, Eduard Erdmann, Otto Klemperer, entre tantos outros notáveis das mais diversas áreas do estudo, que de certa maneira contribuíram para a diversificação do seu pensamento, o que se constata em suas obras, as quais congregam a sociologia, a antropologia filosófica, a metafísica, a política, a biologia, a psicologia, a cosmologia, entre outros ramos do conhecimento.

A importância da teoria filosófica de Scheler para o estudo proposto nesse artigo se faz na medida em que seu pensamento e filosofia foram incisivos na luta contra o reducionismo das ciências, de tal modo a destacar que o ser humano é considerado como uma “unidade de ser concreta e essencial de atos de essência diversa”^[6], complementada de maneira precisa, conforme segue:

“A pessoa é fundamental para a entidade dos atos, enquanto ela é pressuposto da concretização deles, isto é, de sua inserção no ser. Por causa de seu caráter de fundamento, a pessoa jamais poderá ser definida apenas como mero conjunto de atos. Por outra parte, ela tampouco é uma coisa substancial continuamente existente, que cada homem carrega consigo. Ela não é nada além ou acima dos atos, mas “existe e experimenta a si mesma na realização dos atos”. Sem se dissolver no ato, a pessoa está sempre integralmente nele. De ato a ato se processa, por conseguinte, uma variação constante, um puro “tornar-se outro” da totalidade da pessoa”^[7].

2 A importância da pessoa para Scheler na concretização dos atos

Dessa conceituação acerca da pessoa, registra-se a sua real magnitude e participação no que diz respeito a todo e qualquer ato em que esteja de alguma maneira envolvida, em razão das interconexões havidas pelo fato da pessoa estar inserida em um ato e tê-lo consigo em seu “microcosmo” e fazer parte do mundo que atinge e influencia o próprio ato no “macrocosmo”. Assim se forma o conhecimento como uma relação ontológica, a partir da relação entre as pessoas em que qualquer delas participa no que outra pessoa é em si mesma.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos tem, nos dizeres de Lima, concepção humanista e parte da singular dignidade da pessoa humana^[8]. E como tal pressupõe uma unidade de direitos, para que as relações humanas primem pelo pacifismo e sejam pautadas pela justiça, derivada de um senso comum.

De acordo com essa interpretação, o homem, como mencionado por Scheler, se faz o elemento precursor, como um “ser superior e sublime, acima de toda a vida e seus valores, acima da totalidade da natureza”^[9]. Não há que se falar ou estudar o homem sem compreendê-lo diante do contexto em que se insere, com valor essencial e racional, que supera todos os valores de realização, de tal modo que Scheler emprega ao homem a expressão de “beco sem saída da natureza”^[10] condensando a capacidade humana de ser ao mesmo tempo a concentração e o maior propósito da natureza. De maneira tal que o desenrolar da história deve ser analisado tendo como ponto de partida e chegada, o homem.

Tudo isso leva o filósofo a estudar a problemática a partir da antropologia filosófica, da qual se configura uma ciência da “essência e da estrutura essencial do homem”^[11]. E é com o fundamento nessa antropologia que se permite alcançar elementos seguros que sirvam de premissa para as ciências que tenham no homem seu elemento condutor. Notabiliza-se a preocupação de Scheler sobre a incerteza e indeterminação que permeiam a concepção da essência do homem^[12].

O homem, por ser um ser social participa de uma imensa variedade de atos sociais que se originam nele e buscam sua plenitude no próximo. Não se trata, porém, de uma evidência primária da existência do próprio eu, mas de que o ser do outro é apreendido com evidência imediata pelo sentido interno, o qual, segundo Scheler, deve ser estritamente distinguido da autopercepção, voltada para o próprio eu, de outra forma, colocando a evidência do tu antes da própria evidência.

Dessa relação intrínseca entre a pessoa e o outro, evidencia-se a importância da própria pessoa para a entidade dos atos, sobretudo por se considerar que ela funciona como pressuposto básico da concretização de qualquer ato. O que se concebe, portanto é que, em vista de seu caráter de fundamento, a pessoa não pode ser definida como conjunto de atos, o que resultaria em uma concepção minimalista. Assim, a pessoa não é nada além ou acima dos atos, mas existe e experimenta a si mesma na realização dos próprios atos. Denota-se que os atos não devem ser observados isoladamente, apenas como atos, mas com a perspectiva de que há a pessoa para a sua real concretização.

Essa concepção retratada por Scheler pode ser observada na relação de reciprocidade inerente aos direitos assegurados através da Declaração, em uma trajetória de respeito à dignidade humana, mormente no que se refere aos resultados para as pessoas, tanto das que tem os seus direitos respeitados e assegurados quanto daquelas que de qualquer maneira atuam para que a observância dos direitos se efetive. Diante desses elementos visualiza-se uma necessária carga de reciprocidade, a qual se notabiliza no âmago da Declaração, complementada pela universalidade, essencialidade e superioridade normativa.^[13]

A reciprocidade tratada como a relação que une a comunidade de homens no exercício e observância dos direitos se aproxima do princípio da solidariedade de Scheler, no que se refere à corresponsabilidade de todos por todos, resultando no conceito de *pessoa global*.^[14]

De conhecimento que, com o fim dos massacres humanos desencadeados pelas duas grandes guerras, o homem se viu em uma situação retratada por Arendt como uma “atmosfera de desintegração”,^[15] na qual os abalos proporcionados em sua mais íntima dimensão se fizeram notórios. A elaboração da Declaração, consagrada como documento que assegurasse a máxima dignidade

humana se fez emergencial, com o propósito de garantir que a humanidade não se visse novamente diante de tamanha carnificina, muito embora ainda se tenha casos de flagrante desrespeito à vida. Nessa conformidade de uma nova parametrização para o respeito ao ser humano, em sua profunda essência, há em Scheler, uma análise elucidativa, derivada da cultura que contempla uma abordagem acerca dos mundos do homem.

Scheler, nesse sentido, estabelece fontes para uma interpretação esclarecedora, ao diagnosticar que a “cultura do homem está no centro dos interesses”.^[16] A cultura é de certo modo, preponderante para a interpretação das manifestações humanas, funcionando como guia para análise do comportamento do homem, considerada por Scheler com uma “categoria do ser, não do saber e da experiência”. Caracterizada como um molde para a totalidade do ser e capaz de representar em cada homem, um mundo em si. E neste microcosmo individual, não há que se compreender somente em aspectos imanentes próprios, mas uma concepção superior que envolve ideias em uma representação ampliada de mundo, com valores essenciais das coisas. Tal premissa confere a cada homem um mundo em particular num complexo indeterminado de experiências. O que leva o filósofo a crer na “autoconcentração do grande mundo, o macrocosmo, em um centro espiritual, individual e pessoal, o microcosmo”^[17]. Há, a partir dessa ideia, uma correlação de sentidos da vida do homem em seu mundo interno, no mundo externo.

Em vista da reciprocidade e da solidariedade evidenciada na Declaração, os conhecimentos trazidos pelo filósofo, a partir da cultura do homem, que compõe o seu próprio microcosmo, e seu macrocosmo, servem para estabelecer uma compreensão da universalidade dos direitos descritos, visto que se articulam em um sentido amplo, passando a compor a totalidade de mundo do

homem, mesmo que sem a própria consciência quanto a esta formação.

O despojamento da pessoa funciona como significado central para o pensamento filosófico de Scheler, nele a pessoa se faz humilde para aceitar o outro e dessa maneira também influenciar o outro, em uma atitude de desprendimento e de admiração do mundo, na medida em que cada pessoa vive o mundo e contribui para a própria situação do mundo.

E através desse sentido do conhecimento que Scheler, aborda a ideia da fenomenologia. A qual passou a ser invocada como uma atitude de observação, em que o dado não é um conceito adquirido, mas considerado criticamente, mantendo o mundo suspenso, vez que a apreensão do objeto nunca pode ser completa.

3 A ordem dos valores como um *a priori*

A principal obra de Scheler, da fenomenologia foi *Formalismo em Ética e Não Formal (ou Material) Ética do Valor*, em que se constrói, através da crítica aos ensinamentos de Kant, um *a priori*, expresso em um imperativo categórico, universal. Scheler se contrapõe a essa ideia, defendendo que o *a priori* é abstrato, não podendo satisfazer a obrigação pessoal com outra pessoa e a obrigação consigo mesma. Esse *a priori* surge na experiência de valor, o que se explica pelo fato do dado ter um valor anterior à sua própria percepção.

O valorizar, nesse sentido refere-se a um ato de significar, intencionalmente, como um ato emocional. Scheler esclarece haver dois atos emocionais de valoração, o ato do amor e o ato do ódio, em que no primeiro, o valor da pessoa, ou do objeto se engrandece, enquanto no último, o de ódio, ocorre um movimento de destruição, como ressalta “Pero mientras que el amor es un movimiento que va del valor más bajo al más alto y em que relampaguea por primera

vez em cada caso el valor más alto de um objeto o de una persona, el ódio es un movimiento opuesto”^[18]. E de acordo com o próprio filósofo, as pessoas tendem para aquilo que tem maior valor, havendo uma hierarquia de valores, consoante uma ordem de preferência.

A partir dessa premissa a análise dos valores presentes na concepção da dignidade da pessoa humana, tão loquazmente apresentada na Declaração Universal de Direitos Humanos, se mostra carregada de sentimentos positivos, em nome da proteção do elemento mais essencial para o desenvolvimento da concepção essencial, a pessoa. Concebida como o ser capaz de sentir os valores e sua ordem de classificação. Nessa experiência de valor, que Scheler esclarece sua ética *a priori*, de acordo com uma escala de valores, do inferior para o superior que são sentidos de maneira individual por cada pessoa.

A pessoa se representa como uma unidade de diferentes tipos e natureza, que se faz notar em cada ato, mas não se reduz ao próprio ato. Seu significado é determinado pela forma com que traz algum significado para o mundo. Não é uma questão sobre o que a pessoa é, mas de quem ela é para o mundo. Diante dessa abordagem, “a pessoa é indefinível e só pode ser apreendida através do seu valor”^[19], e esse valor está intimamente ligado a uma apreensão do outro.

A escala de valores somente pode ser percebida pelas pessoas, o que as torna eticamente responsáveis. A responsabilidade está em empregar os valores mais altos nessa relação, de tal maneira que a ética está para a prática de atos superiores de solidariedade, o que o filósofo chama de ato de amor, que é empregado em termos de um sentido cristão da *agape*, como o amor-doação. Contrariamente, responder aos atos por meio de ações odiosas terá um valor baixo e será considerado anti-ético. O bom, portanto, representa um movimento para os valores mais

superiores da escala. A pessoa, na experiência dos valores positivos é conclamada a aprofundar seus atos de amor, em sentido contrário, na prática dos atos de ódio, a pessoa é desestimulada pelo próprio fim dos valores negativos.

Os ensinamentos de Scheler se adequam com precisão ao pressuposto da preservação e cuidado com a vida humana retratada na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Esclarece como recém-mencionado, que as práticas de amor são estimuladas pelo próprio valor positivo que carregam, de tal ordem que quanto mais profundo for o ato praticado, mais estimulada estará a pessoa a continuar e avançar em sua prática, por outro lado, as ações de ódio, trazem consigo a carga negativa que conduzem para um fim. Quanto mais profundo for o valor, maior será o chamado individual para agir em prol do bem, o que não ocorre com a prática dos valores superficiais.

O que o filósofo muito bem esclarece é que ao agir eticamente, a pessoa se mostra parte do mundo que a envolve, bem como reconhece que é esse mundo que influencia o seu mundo interior, demonstrando a contribuição para o desenvolvimento dos mundos, de acordo com a suas obrigações voltadas para os atos com valores mais profundos. Não há como prescindir dessa abordagem ao se analisar a questão da dignidade da pessoa humana, tão retratada na Declaração Universal dos Direitos Humanos, notadamente quando se visa à prática ética de respeito aos seres humanos, na sua mais ampla concepção, mormente quanto a prática de atos positivos de respeito à assistência nos mais diversos graus, como condição para o engrandecimento de cada pessoa que o pratica, na medida em que contribui para o auxílio dos desfavorecidos. Essas ações positivas asseguram uma elevação da qualidade do mundo externo e conseqüentemente o mundo interno de cada pessoa, perfazendo em atos graduais com valores profundos, visto que acarreta a demonstração da necessidade de

consciência no desenvolvimento do mundo. Scheler menciona como humanização^[20], essa capacidade de cada pessoa em seu mundo interior, de se conduzir por valores profundos.

Resta cristalino que o ser não se desenvolve individualmente, cada pessoa se faz membro do todo, de tal modo que o desenvolvimento individual carrega em si valores compartilhados com os demais membros do grupo. A contribuição com o mundo externo, a partir de valores positivos ou negativos, servirá para a formação do próprio mundo interno. Assim o problema da comunidade é um problema pessoal, uma vez que esse mundo externo contribui constantemente para o infindável processo de formação do mundo interior, assim expresso pelo filósofo “Soy una parte del mundo; estoy cercado por el mundo”^[21]

Scheler descreve as participações das pessoas em diversos tipos de comunidade e acrescenta a experiência, independente da vontade das pessoas, de compartilhar atos positivos e negativos a partir de certo tipo de atração a que estão inclinados por fazerem parte do grupo. A pessoa, de um modo geral é o centro do ato, a sua unidade de execução, porém há também os atos sociais, que são aqueles dirigidos às outras pessoas, o que faz que o ato somente se complete com a participação do outro que o aceita. O que reforça a ideia já apresentada que a pessoa, possui em si não apenas o seu mundo, mas diferentes mundos externos, em constante desenvolvimento e interação.

Da concepção de pessoa coletiva, o filósofo descreve três tipos: o Estado, a cultura e a Igreja. A principal diferença entre eles está no alcance da responsabilidade. Assim no Estado todos os cidadãos são corresponsáveis por quaisquer outros cidadãos, na cultura, a responsabilidade está demarcada pelas fronteiras criadas por valores compartilhados pelos seus membros, e a Igreja possui maior responsabilidade não tendo fronteiras, fundada na solidariedade.

A solidariedade está intimamente intrincada com as disposições da Declaração Universal, essa interpretação traz muito significado para a sua compreensão, mormente quando Scheler esclarece que a solidariedade assume dois tipos distintos de responsabilidade, uma voltada para as próprias ações e a outra, chamada de corresponsabilidade, voltada para as ações dos outros. Essa corresponsabilidade não afeta a autonomia do indivíduo, e é ela que permite que a pessoa questione como os atos negativos sejam praticados pelos outros e como a própria participação nesse ato contribui para a formação do mundo. E um ponto de real destaque é que a solidariedade representa o compartilhamento da própria vida com a comunidade, o que a obriga a lutar contra o mal ali presente, pois existe a sua responsabilidade na participação desse ato, como bem assente:

“De este hecho y de la proposición, independiente de la experiencia, de que todo amor genera um amor recíproco (em cuanto es experimentado de alguma manera) y por consiguiente es causa de que haga su aparición um nuevo bien moral – pues también el “amor recíproco” es em cuanto amor, portador del valor “moralmente bueno” – se infiere um principio que vamos a llamar el “principio de la solidaridad de todos los entes morales”. Este principio disse que todos son corresponsables de lo que valen moralmente todos; que “todos salen por uno” y “uno por todos”.^[22]

A comunidade é o contexto em que a pessoa é formada e realizada, participa desse mundo e contribui com ele em uma relação cíclica, a responsabilidade é partilhada entre seus membros para com a comunidade e para consigo mesmo consequentemente. Portanto Scheler reconhece que o núcleo da pessoa não está no seu corpo físico, mas em seu ato de doação, de amor ao outro, fundamento em que se tem a real percepção da pessoa. E essa concepção do filósofo acerca do valor a partir da compreensão do outro, ou seja, “é possível que outra pessoa possa me conhecer

mais do que eu me conheço e ele ou ela possa ser capaz de dirigir-me a minha maneira de ser ideal”^[23] traduz com precisão a concepção da Declaração Universal dos Direitos Humanos de respeito à dignidade humana a partir da solidariedade e da fraternidade.

Nesse sentido Scheler ressalta:

“O homem tem que aprender novamente a compreender a grande e invisível solidariedade de todos os seres vivos entre si na vida total, a solidariedade de todos os espíritos no espírito eterno e, ao mesmo tempo, a solidariedade do processo do mundo com o destino da evolução do seu fundamento supremo e a solidariedade deste fundamento com o processo do mundo. E o homem deve aceitar esta inter-relação do mundo não como uma simples teoria, mas compreendê-la de uma forma viva e praticá-la e exercitá-la externa e internamente”^[24].

Concebida como um dos princípios que norteiam a Declaração, a solidariedade, entendida como assistência recíproca entre membros de um mesmo grupo^[25], pode muito bem ser interpretada pela concepção scheleriana, na qual se considera como a base para um futuro mais justo e pacífico, um futuro onde as pessoas coletivamente e em solidariedade assumam a tarefa de transforma-lo para o bem de todos.

Considerações Finais

A Declaração Universal dos Direitos Humanos consagrou, através de um documento elaborado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, o valor inestimável da dignidade da pessoa humana. Foi consignada a importância da pessoa para o avanço de toda a humanidade. Como tal, pressupõe que seja assegurado a todos o exercício de direitos, que se mostram o mínimo para que seja garantida a paz no mundo.

Essa concepção humanista evidenciada foi observada e retratada nos ensinamentos do filósofo Max Scheler, que viveu as agruras da Primeira Grande Guerra e demonstrou preocupação com as mudanças sociais decorridas. Fatores que de maneira primaz, influenciaram a humanidade e foram inspirados pelas pessoas em uma relação cíclica.

O pensamento de Scheler a respeito do ser humano destaca o seu caráter de fundamento para a prática dos atos, notadamente pela circunstância de ser o elemento central das interconexões entre os mundos internos e externos da pessoa, mormente quanto à análise da história. Esse entendimento sublime se coaduna com o princípio da dignidade humana, pressuposto da Declaração. A contextualização do homem é elemento preponderante para a sua real compreensão acima da totalidade da natureza.

A antropologia filosófica de Scheler procurou estudar a essência e estrutura do homem para obtenção de elementos seguros para um estudo profundo, chegando a afirmar que, através dos atos sociais a concepção do outro tem forte relação com a própria definição do homem. O que evidencia a questão da reciprocidade inerente ao desenvolvimento do homem, conseqüentemente da aceitação e respeito da Declaração que prima pelo respeito de todos.

Fator de destaque se faz presente na experiência de valor atribuída ao filósofo, constando como um significar intencional, em que o valor da pessoa se engrandece por um ato de amor *ágape*, que traz em si o sentido da solidariedade, como um sentimento de responsabilidade com as próprias ações e de corresponsabilidade atinente às ações dos outros, o que se faz elementar para a consecução do exercício dos direitos humanos.

Referência bibliográfica

ARENDDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CASTILHO, Ricardo. *Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LIMA, Alceu Amoroso. *Os direitos do homem e o homem sem direitos*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1974.

MATHEUS, Carlos. *Max Scheler e a gênese axiológica do conhecimento*. São Paulo: Margem, 2002.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCHELER, Max. *Esencia y Formas de la Simpatía*. 3.ed. trad. José Gaos. Buenos Aires: Losada, 1943.

_____. *Visão filosófica do mundo*. Trad. Regina Winberg. São Paulo: Perspectiva, 1954.

_____. *Da reviravolta dos valores*. Trad. Marco Antonio dos Santos Casa Nova. Rio de Janeiro: Vozes, 1994.

_____. *El Saber Y La Cultura*. Buenos Aires: Elaleph.com, 1999.

_____. *La idea del hombre y la historia*. Buenos Aires: Elaleph.com, 2000.

_____. El puesto del hombre en el cosmos. Buenos Aires: Losada, 2004.

_____. apud STEGMÜLLER, Wolfgang. A Filosofia Contemporânea. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

_____. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/scheler/>> Acesso em: 30 mai 2015.

NOTAS:

[1] BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 20

[2] Idem, Ibidem, p. 42.

[3] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 49.

[4] Nossa tradução: “As causas do ódio alemão”

[5] Nossa tradução: “A ideia da paz eterna e pacifismo”

[6] MATHEUS, Carlos. *Max Scheler e a gênese axiológica do conhecimento*. São Paulo: Margem, 2002. p. 13-27.

[7] Idem, Ibidem.

[8] LIMA, Alceu Amoroso. *Os direitos do homem e o homem sem direitos*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1974. p.5.

[9] SCHELER, Max. *Visão filosófica do mundo*. Trad. Regina Winberg. São Paulo: Perspectiva, 1954. p. 37

[10] Idem, Ibidem, p. 30

[11] Idem, Ibidem, p. 73

[12] SCHELER, Max. *La idea del hombre y la historia*. Buenos Aires: Elaleph.com, 2000. p. 04.

[13] RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 28.

[14] SCHELER, Max, apud STEGMÜLLER, Wolfgang. *A Filosofia Contemporânea*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 130.

[15] ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p. 301.

[16] SCHELER. Op. cit., p. 25.

[17] Idem, Ibidem. p. 26.

[18] SCHELER, Max. *Esencia y Formas de la Simpatía*. 3.ed. trad. José Gaos. Buenos Aires: Losada, 1943. p. 208.

[19] Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/scheler/>>
Acesso em: 30 mai 2015.

[20] SCHELER, Max. *El Saber Y La Cultura*. Buenos Aires: Elaleph.com, 1999. p. 45

[21] SCHELER, Max. *El puesto del hombre en el cosmos*. Buenos Aires: Losada, 2004. p. 44.

[22] SCHELER, Max. *Esencia y Formas de la Simpatía*. 3.ed. trad. José Gaos. Buenos Aires: Losada, 1943. p. 210.

[23] Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/scheler/>>
Acesso em: 30 mai 2015.

[24] SCHELER. op. cit., p. 122.

[25] ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Trad. Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 934.

ANÁLISE DA CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA SOB O ASPECTO DA DESVALORIZAÇÃO IMOBILIÁRIA

BRUNO QUERINO OLÍMPIO: Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Pós-Graduado em Direito Tributário pela Universidade Anhaguera-Uniderp. Pós-Graduando em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio. Advogado Licenciado. Assessor do Juizado Especial Cível, Criminal e da Fazenda Pública da Comarca de Caicó - Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte.

RESUMO: A desvalorização do imóvel de propriedade privada ocasionada pela realização da obra pública deve ser devidamente reparada pelo Estado, assim como não se institui o tributo da contribuição de melhoria.

Palavras-chave: Tributo, contribuição de melhoria, obra pública, desvalorização imobiliária, responsabilidade estatal.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. CAPÍTULO 1 Contribuição de melhoria – noções gerais. CAPÍTULO 2 Elementos do fato gerador. CAPÍTULO 3 Desvalorização imobiliária. Responsabilidade do Estado. CONCLUSÃO . REFERÊNCIAS .

INTRODUÇÃO

Neste trabalho científico analisar-se-á o tributo constitucional da contribuição de melhoria, em seus contornos gerais, em seus elementos mais contundentes, enfatizando-se a eventual responsabilidade civil extracontratual do Estado na desvalorização imobiliária.

Investigar-se-á, também, o entendimento jurisprudencial a respeito de cada tópico, sobretudo o aclamado pelos tribunais de superposição, é dizer, Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, bem como posições doutrinárias de relevo, proporcionando assim um estudo integrado e sistematizado da matéria.

1. CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA – NOÇÕES GERAIS

Inicialmente, conceituando a figura tributária da contribuição de melhoria, disserta o renomado professor Luciano Amaro:

Esse tributo, a exemplo das taxas, conecta-se com determinada atuação estatal, qual seja, *arealização de uma obra pública* de que decorra, para os proprietários de imóveis adjacentes, uma valorização (ou melhoria) de suas propriedades[1].

O aludido tributo, no aspecto constitucional, teve origem na Carta Magna de 1934 (artigo 124), vale dizer, “Provada a valorização do imóvel por motivo de obras públicas, a administração, que as tiver efetuado, poderá cobrar dos beneficiados contribuição de melhoria”. Seu conteúdo, no decorrer dos anos, sofreu diversas mutações, gerando interpretações das mais variadas.

Hodiernamente, vem norteadas no artigo 145, inciso III, da Constituição da República de 05 de outubro de 1988[2], e esmiuçadas nos dispositivos 81/82 do Código Tributário Nacional (Lei 5.172/66) e Decreto-lei 195/67, sendo estes dois últimos diplomas devidamente recepcionados ao ordenamento jurídico pátrio.

Não obstante exista previsão, inclusive constitucional, de instituição do tributo, o que realmente se vê na prática é o seu completo desprezo pelas pessoas políticas, mesmo com a feitura de obras de grande porte, cuja conseqüência seria o fortalecimento do Erário com o aumento da arrecadação tributária e a devida observância ao preceito da justiça fiscal.

A contribuição em tela, embora pareça de competência privativa dos municípios, ostenta, na verdade, competência comum a todos os entes da federação, cabendo a cobrança aquele que realizar a obra pública e desta derivar efetiva valorização dos bens imóveis de propriedade privada.

A exação fiscal em comento somente incide nos imóveis privados inseridos na denominada área de influência ou zona de beneficiamento, isto é, no âmbito legal discriminado pela lei como passível de valorização pela ocorrência da obra pública.

Além disso, a cobrança da contribuição de melhoria deve atender aos limites individual e global de aumento do preço do bem imóvel, de forma cumulativa, e não alternativa, embora não estejam apresentados expressamente no Texto Constitucional. Em outras palavras, na ocorrência da valorização da coisa imóvel em virtude da obra do Estado, a busca do tributo deve ter como teto o valor total dos custos da construção e ainda observar, simultaneamente, o benefício de cada propriedade particular. Estes limites caminham paralelamente, concomitantemente, sem desgrudar-se, a fim de que o Fisco não cometa excessos, nem muito menos imponha ônus indevido ao contribuinte.

Nesse passo ensina o tributarista Ricardo Alexandre:

O Estado não pode cobrar, a título de contribuição de melhoria, mais do que gastou com a obra, pois se assim fizesse, o problema apenas mudaria de lado, uma vez que geraria enriquecimento sem causa do próprio Estado.

.....

Além do limite total, a cobrança da contribuição de melhoria encontra um limite individual, que é o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado^[3].

Seguindo a mesma trilha aqui esposada, de atendimento às restrições individual e global, apresenta-se o atual pensamento do Colendo Superior Tribunal de Justiça, fiel guardião da legislação infraconstitucional:

TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA - CTN ARTS. 81 E 82.

1. A contribuição de melhoria tem como limite geral o custo da obra, e como limite individual a valorização do imóvel beneficiado.

2. Prevalece o entendimento no STF e no STJ de que não houve alteração do CTN pelo DL 195/67.

3. É ilegal a contribuição de melhoria instituída sem observância do limite individual de cada contribuinte.

4. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, REsp 326788/RS, Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgamento em 28/05/2002)

TRIBUTÁRIO.CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA. BASE DECÁLCULO. VALORIZAÇÃO DO IMÓVEL.

1. O valor a ser pago a título de contribuição de melhoria deve corresponder à valorização do imóvel, decorrente da obra realizada, observados os limites do art. 81 do CTN.

2. Recurso especial provido. (STJ, REsp 1075101/RS, Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgamento em 03/03/2009)

Outro ponto que merece destaque diz respeito à imprescindibilidade de lei específica para a consecução de cada cobra. A simples edição de ato administrativo com tal finalidade não denota qualidade suficiente para alcançar o preceito constitucional da legalidade tributária. Assim expõe a jurisprudência pátria, *verbi gratia*:

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO.
EMBARGOS DEDECLARAÇÃO. RECURSO
ESPECIAL.CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA.
LEI ESPECÍFICA PARA CADA OBRA.
NECESSIDADE.

I - O aresto embargado assentou o entendimento sobre a necessidade de lei específica para cada obra, presente o propósito da Municipalidade em instituir Contribuição de Melhoria.

II - Nesse contexto, esclareceu que a cobrança de tributo por simples ato administrativo da autoridade competente fere, ademais, o princípio da anterioridade, ou não-surpresa para alguns, na medida em que impõe a potestade tributária sem permitir ao contribuinte organizar devidamente seu orçamento, nos moldes preconizados pela Constituição Federal (art. 150, III, "a").

III - Embargos deDeclaração rejeitados. (STJ, EDcl no REsp 739342/RS, Relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgamento em 01/01/2006)

Portanto, o princípio magno da legalidade estrita somente restará preservado quando da confecção de lei pelo Poder competente, é dizer, o Poder Legiferante.

Vale trazer à baila, igualmente, como ocorre a análise da base de cálculo em sede de contribuição de melhoria. Em linhas gerais, dá-se pela diferença entre o valor posterior à execução da obra pública e a estimativa anterior, como assente o abalizado STJ:

PROCESSUAL CIVIL E
TRIBUTÁRIO.CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA.
BASE DE CÁLCULO.VALORIZAÇÃO DO
IMÓVEL.

1. O tema inserto nos arts. 2º, §§ 1º e 3º, da LICC não foi alvo de debate pelo aresto recorrido; tampouco, foram opostos embargos de declaração a fim de sanar eventual omissão. Ausente o prequestionamento da matéria, torna-se inviável a abertura da via eleita, a teor do disposto nas Súmulas 282 e 356 do STF.

2. O fato gerador da contribuição de melhoria não é a realização da obra, mas sim a decorrente valorização imobiliária. Dessa forma, a base de cálculo para cobrança da contribuição de melhoria é a diferença entre os valores inicial e final do imóvel beneficiado.

3. Esta Corte é uníssona no entendimento de que cabe ao ente tributante a demonstração da real valorização do bem.

4. Recurso especial conhecido em parte e não provido. (STJ, REsp 1137794/RS, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgamento em 06/10/2009)

Deste modo, acima estão os contornos essenciais do instituto da contribuição de melhoria necessários à efetiva inteligência.

2. ELEMENTOS DO FATO GERADOR

O fato gerador capaz de ensejar a contribuição de melhoria ocorre quando da realização de obra pública e, conseqüentemente, da concreta valorização da coisa imóvel.

Primeiro, as obras públicas referentes a este tributo estão expostas no Decreto-Lei nº 195 de 1967, precisamente seu artigo 2ª, tais como pavimentação de vias públicas, construção de parques e aterros. E estas edificações, por sua vez, devem ser de cunho permanente. Nesse passo discorre o mestre Eduardo Sabbag, a saber, “Trata-se de obra pública permanente, e não temporária, que tenha ocasionalmente sido construída para atender certa demanda provisória.[\[4\]](#)”

Ademais, a obra estatal com deveras valorização do bem privado precisa acontecer de maneira antecedente à imposição do ônus tributário, não sendo possível sua consecução *a posteriori*. Tal situação mostra-se inadmissível, e ilegal, eis que pode trazer enorme prejuízo ao cidadão, bem como patente incoerência, visto que a contribuição objetiva justamente cobrir os custos da obra pública já realizada.

Além disso, o próprio tributo traz em seu nome que necessariamente tem que ocorrer uma melhoria decorrente da obra.

Por outro lado, a valorização necessita ser visível, patente, evidente, de modo que o contribuinte a ser onerado tenha definitivamente obtido ganho com a obra pública. Esta precisa proporcionar uma verdadeira mais-valia, um adicional, um acréscimo, à propriedade privada.

Aliás, a jurisprudência nacional pacificou o entendimento de que o acréscimo imobiliário deve ser plenamente demonstrado pelo ente tributante, não ocorrendo uma presunção de valorização da coisa.

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. DEPÓSITO PRÉVIO. DESNECESSIDADE. CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA. FATO GERADOR. PAVIMENTAÇÃO DO ASFALTO. VALORIZAÇÃO DO IMÓVEL. AFERIÇÃO POR RACIOCÍNIO LÓGICO. IMPOSSIBILIDADE.

1. A Ação Anulatória de Débito Fiscal não está condicionada ao depósito prévio de que trata o art. 38 da Lei 6.830/1990. Precedentes do STJ.

2. A contribuição de melhoria pressupõe a valorização do imóvel, devidamente apurada e demonstrada pelo Fisco. A singela alegação de que a pavimentação asfáltica necessariamente acarretou ganho em favor do proprietário é insuficiente para viabilizar a imposição tributária, mesmo porque se faz necessária a identificação do quantum.

3. Hipótese em que o Tribunal a quo consignou a ausência de comprovação da valorização do imóvel.

4. Agravo Regimental não provido. (STJ, AgRg nos EDcl no Ag 1107172/PR, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgamento em 03/09/2009)

A presunção em favor Fisco, caso vigente, seria bastante injusta com o contribuinte, eis que nem sempre a simples realização de uma obra pode culminar na melhoria dos bens adjacentes, como, por exemplo, a construção de penitenciárias e aeroportos, consoante será minuciosamente tratado em tópico adiante.

Com isso, quem exige este tributo tem a obrigação de detalhar as benesses oferecidas em razão da edificação, tornando assim legítima a referida exação fiscal.

3. DESVALORIZAÇÃO IMOBILIÁRIA

3.1. Responsabilidade do Estado

Como o fato imponível deste tributo autônomo ocorre com a feitura da obra pública, somada à efetiva valorização dos imóveis adjacentes de propriedade privada, é possível constatar que diversos fatores podem contribuir para a não perfeição daquele, culminando, conseqüentemente, na ausência de cobrança da contribuição de melhoria.

Veja que a obra pública pode ser plenamente erguida, no entanto não decorrer mais-valia de tal empreendimento, o que impede a exigência tributária pelo Estado.

Em outra hipótese, mais simples, sequer há a realização da obra pela entidade federativa, o que comumente sucede em virtude da corrupção devastante nos órgãos públicos.

Mais um caso surge quando executada a obra, tornam-se valorizados os imóveis, contudo o Poder Público permanece inerte, deixando de impor o ônus fiscal, seja por que desconhece sua existência, ou talvez não queira aumentar a carga tributária da população carente – como se dá em municípios menores –, ou ainda porquanto sabe da vigência do tributo, porém não possui conhecimentos de como proceder com sua devida instituição.

Outra situação bastante relevante, a qual não enseja o poder de tributação estatal na busca pela contribuição de melhoria, irrompe no instante em que efetuada a obra, todavia desta deriva

desvalorização dos imóveis vizinhos, cujo estudo será agora detalhado.

O caso apresentado acima – desvalorização dos imóveis confinantes em razão da obra estatal – causa ao contribuinte verdadeiro prejuízo, como a depreciação do seu bem.

Primeiro, as obras suscetíveis, em tese, de acarretar danos às propriedades privadas localizadas nas imediações são, dentre outras, presídios, aterros sanitários, fábricas produtoras de resíduos, indústrias de produtos químicos e cemitérios. Essas construções, muitas vezes indispensáveis ao desenvolvimento urbano e rural do ente político, fazem com que não se aperfeiçoe a contribuição de melhoria, mas a denominada contribuição de “pioria” ou contribuição negativa, causadora de um desvalor. Essa “contribuição” transversa tem como nascimento a obra prejudicial de autoria pública.

Observe detidamente o ensinamento do abalizado mestre Carlos Roberto Marques:

A obra pública normalmente proporciona valorização às propriedades particulares próximas. Para a retenção dessa mais-valia o ordenamento jurídico disponibiliza ao poder público vários instrumentos, como os estudados anteriormente. Ocorre que a execução de uma obra pública poderá ensejar efeito reverso, de diminuição do valor patrimonial do bem particular, situação que conduzirá o Estado à obrigação de indenizar, em razão de uma “pioria” ocasionada pelo simples fato da obra^[5].

Assim, o dano provocado no patrimônio do particular, resultante de efetiva desvalorização do imóvel, sem dúvida merece ser reparado pelo Estado, consoante inúmeros preceitos, inclusive de conotação constitucional.

Dentre estes princípios insere-se o do enriquecimento sem causa, serviente à pretensão de contribuição de melhoria, que igualmente ampara o pedido de indenização do contribuinte em face do ente público, tendo em conta que este não pode atuar apenas quando houver valorização da coisa imóvel, somente quando lhe beneficia. A realização da obra deve ser uma via de mão dupla. Se trouxer valorização, o contribuinte tem que ser tributado. Caso contrário, será devidamente ressarcido.

Na mesma senda apresenta-se o postulado da solidariedade social, eis que, na ocorrência da mais-valia, o particular não pode ser beneficiado sem qualquer contraprestação, sem o pagamento do tributo devido, deixando os custos da obra a cargo da sociedade. Do mesmo modo quando existe decréscimo do bem, posto que o contribuinte não será prejudicado isoladamente, sendo todo o corpo social, através do Estado, responsável pela reparação.

Outros preceitos como o da equidade e da justiça fiscal proporcionam ao cidadão reverter o encargo imposto por causa da desvalorização do bem decorrente da obra malfadada.

Vale destacar, da mesma maneira, o mandamento constitucional implícito da razoabilidade/proporcionalidade, reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, o qual se presta a fundamentar idoneamente o ressarcimento do particular em virtude de prejuízo ocasionado exclusivamente pela entidade pública, sem qualquer interferência daquele.

Digno de menção, outrossim, é o princípio da isonomia/igualdade, de envergadura constitucional, tornando o evento da desvalorização imobiliária claramente merecedor de indenização, uma vez que ilegal e injusto o peso suportado pelo contribuinte por causa de outrem. Portanto, se o Estado auferir o bônus (na valorização, o tributo), da mesma maneira tem obrigação

de arcar com o ônus (na desvalorização, a reparação), extraindo-se dessa maneira uma interpretação condizente com o princípio da igualdade material.

A referida responsabilidade estatal extracontratual (aquiliana) manifesta-se no Texto Constitucional:

Art. 37.

6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

O magistério de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo segue nesse contexto:

Esse dispositivo regula a responsabilidade objetiva da administração, na modalidade risco administrativo, pelos danos causados por atuação de seus agentes.^[6]

A responsabilidade civil em tela se consuma independentemente de culpa do agente, por isso chamada de objetiva, além de fundar-se na teoria do risco administrativo. Ou seja, como requisitos para a existência da responsabilidade estão: ato estatal, nexos de causalidade e dano.

Levando tais pressupostos ao caso em apreço, constata-se que, para a configuração da responsabilidade do Estado, basta a simples realização da obra pública, sendo esta promotora de diminuição na estimativa dos bens imóveis lindeiros. Não se faz necessária a presença de intenção (dolo ou culpa) pelo ente federado, através de seus agentes.

Deste modo, o cidadão prejudicado com a depreciação do imóvel deve ajuizar ação de indenização por danos materiais contra

a pessoa jurídica de direito público competente, seja pelo procedimento ordinário ou sumário (mais célere), trazendo ao processo as provas que entender pertinentes. Em tese, vê-se como necessária a utilização de prova pericial no decorrer dos autos a fim de conferir qual o montante da desvalorização sofrida, sem perscrutar em nenhum instante a vontade estatal.

De outra banda, a jurisprudência pátria é incipiente na matéria, não tendo julgados que indiquem um posicionamento dominante, ou melhor, não tem quaisquer decisões sobre a (ir) responsabilidade estatal na conjectura da desvalorização imobiliária.

CONCLUSÃO

Após um passeio acerca do instituto da contribuição de melhoria, apreciando suas nuances mais relevantes, precisamente no tocante à desvalorização imobiliária, chega-se à posição de que o Estado tem obrigação/dever constitucional de reparar os danos causados pelo seu comportamento comissivo, vale dizer, sem apurar-se qualquer culpa (*lato sensu*) em sua atuação.

Portanto, a responsabilidade extracontratual objetiva do caso em apreço, distinta da subjetiva, se impõe por força do próprio Texto Constitucional, resguardando, sobretudo, vários preceitos superiores, como o da igualdade, razoabilidade, solidariedade social e vedação ao enriquecimento sem causa.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário esquematizado**. São Paulo: método, 2007.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 15. ed. rev. e atual. Niterói: impetus, 2008.

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: saraiva, 2006.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Direito tributário**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: saraiva, 2005. (coleção sinopses jurídicas)

CHIMENTI, Ricardo Cunha *et al.* **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: saraiva, 2005.

FERREIRA FILHO, Roberval Rocha; SILVA JÚNIOR, João Gomes da. **Direito tributário: teoria, jurisprudência e questões**. Salvador: juspodivm, 2007.

HOLTHER, Leo Van. **Direito constitucional**. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: juspodivm, 2009.

LOPES, Mauro Luís Rocha. **Processo judicial tributário: execução fiscal e ações tributárias**. 4. ed. rev, ampl. e atual. Rio de Janeiro: lumen juris, 2007.

MARQUES, Carlos Roberto. **Contornos e fundamentos modernos da contribuição de melhoria**. Rio de Janeiro: lumen juris, 2005.

PINTO, Bilac. **Contribuição de melhoria**. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: forense, 2009.

SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. São Paulo: saraiva, 2009.

SABBAG, Eduardo de Moraes. **Elementos do direito tributário**. 8. ed. São Paulo: premier máxima: 2006. (coleção elementos do direito)

NOTAS:

[1] AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 46.

[2] Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: ...

III - contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.

[3] ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário esquematizado**. São Paulo: Método, 2007.

[4] SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 406.

[5] MARQUES, Carlos Roberto. **Contornos e fundamentos modernos da contribuição de melhoria**. Rio de Janeiro: lumen juris, 2005. p. 113.

[6] ALEXANDRINO, Marcelo; VICENTE, Paulo. **Direito administrativo descomplicado**. 15. ed. rev., ampl. e atual. Niterói: impetus, 2008. p. 549.

O DIVÓRCIO SEM PRÉVIA PARTILHA DE BENS E SEUS LIMITES

AFONSO TAVARES DANTAS NETO: Promotor de Justiça de Família e Sucessões (Juazeiro do Norte-CE).

RESUMO: O presente escrito tem como finalidade abordar os limites à decretação do divórcio sem prévia partilha de bens. O casamento é o contrato mais importante do direito brasileiro e formaliza a família, que é a base da sociedade. Assim sendo, entende-se que o divórcio sem prévia partilha de bens não pode ser decretado a qualquer custo, sem considerar os outros efeitos do divórcio, além da óbvia consequência consistente no fim do casamento. Na verdade, o divórcio produz inúmeros efeitos, que alcançam tanto os cônjuges quanto a prole. Seria um erro desconsiderar os outros efeitos do divórcio (alimentos, etc) e focar-se apenas na extinção do vínculo matrimonial.

Atualmente existe uma crescente demanda judicial pela decretação do divórcio sem que haja prévia partilha de bens. Mas ao mesmo tempo em que aumentam os casos de pedidos de divórcio sem prévia partilha de bens, às vezes até alegando um suposto “direito potestativo”, surgem dúvidas sobre se haveria limites para tais pretensões ou se o divórcio sem prévia partilha de bens deveria ser decretado todas as vezes que fosse postulado pelas partes, independentemente de outras disposições.

Enfim, o presente artigo busca responder à pergunta quanto à existência ou não de limites à decretação pura e simples do divórcio sem prévia partilha de bens.

Inicialmente, o ordenamento jurídico impunha a prévia partilha dos bens até mesmo para dissolução da sociedade conjugal, através do instituto da separação judicial, conforme dispunha a Lei do Divórcio, *in verbis*:

“Art 7º - A separação judicial importará na separação de corpos e na partilha de bens”.

O dispositivo acima constava da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, também conhecida como a Lei do Divórcio.

Acontece que a própria Lei do Divórcio admitia que a separação judicial pudesse ser decretada sem prévia partilha dos bens, mas ressaltava que o divórcio teria obrigatoriamente que efetivar tal partilha. Vejamos a letra da Lei, literalmente:

“Art 31 - Não se decretará o divórcio se ainda não houver sentença definitiva de separação judicial, ou se esta não tiver decidido sobre a partilha dos bens”.

Atualmente, o Código Civil em vigor determina de forma clara o seguinte, *verbatim*:

“Art. 1.581. O divórcio pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens”.

A dicção do atual Diploma Substantivo Civil é de uma clareza solar, tão evidente que custa crer que pudesse render margem a dúvidas. A verdade, porém, é que vem surgindo dúvidas.

Veze sem conta, as partes, muitas vezes apressadas em contrair novo casamento, e portanto querendo ver-se livre do vínculo matrimonial anterior, pressionam a Justiça pela decretação imediata e urgente do divórcio, inclusive sem prévia partilha dos bens, para dar ainda mais rapidez ao que já está bastante dinamizado, que é o divórcio.

Um ou outro alega que as partes possuiriam inclusive um suposto “direito potestativo” de ver decretado seu divórcio sem

prévia partilha de bens, pois alegam que tal partilha custaria tempo e desgastaria ainda mais a relação do casal.

Antes de mais nada, é preciso deixar claro que existem situações que realmente admitem tal divórcio sem prévia partilha de bens de forma imediata ou até mesmo “instantânea”, como querem algum. São os casos de divórcios consensuais sem filhos menores ou incapazes.

Sim, embora a família de hoje não possa ser definida apenas com base no propósito de procriação, diante do crescente número de casais que optam por não ter filhos, ainda é preciso reconhecer que os interesses dos filhos menores (ou incapazes) são superiores aos interesses dos próprios pais.

Tanto isso é verdade, que a legislação e a jurisprudência dos Tribunais têm ressaltado cada vez com maior ênfase a necessidade de intervenção do Ministério Público nos casos de divórcio com filhos menores (ou incapazes). É preciso entender que existem casos de filhos maiores porém incapazes, de forma absoluta ou relativa.

Não é possível ficar apenas no plano dos argumentos, faz-se necessário trazer ao debate a literal disposição da Lei.

O Código de Processo Civil vigente, com a redação dada pela Lei nº 11.441/2007, prevê, *verbo ad verbum*:

“Art. 1.124-A. A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à

pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento.

§ 1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para o registro civil e o registro de imóveis.

§ 2º O tabelião somente lavrará a escritura se os contratantes estiverem assistidos por advogado comum ou advogados de cada um deles ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

§ 3º A escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei”.

Ora, se a própria legislação (Código de Processo Civil) limita os casos de separação e divórcio extrajudiciais às hipóteses consensuais e sem filhos menores ou incapazes, a Justiça precisa levar em conta os interesses superiores dos filhos menores ou incapazes no momento de apreciar o pedido de decretação imediata do divórcio sem prévia partilha de bens.

Os postulantes mais açodados, quiçá assim agindo por conta do sofrimento de uma convivência não feliz, insistem cada vez mais para que o divórcio sem prévia partilha de bens seja decretado não apenas de forma instantânea, mas inclusive sem qualquer análise de outras questões.

Pensamos que não pode ser assim sempre, pois quando houver prole, os superiores interesses dos filhos menores

(ou incapazes) precisam ser levados em conta pelo Magistrado no momento de prolação da sentença.

Alguns dizem que se o casal está em acordo quanto à dissolução do vínculo matrimonial, isso seria o bastante para decretação do divórcio sem prévia partilha de bens, sem maiores considerações, pois tratar-se-ia de uma “direito potestativo”.

E o que vem a ser o chamado “direito potestativo”? O direito potestativo viria a ser o direito sem contestação, ou seja, um direito sem oposição. O exemplo mais citado pela Doutrina é o caso do direito do empregado de despedir o empregado. Caberia ao empregado apenas aceitar a despedida. Mais cientificamente, o direito potestativo seria *“prerrogativa jurídica de impor a outrem, unilateralmente, a sujeição ao seu exercício”* (visto em <http://www.jurisway.org.br/v2/pergunta.asp?idmodelo=19968>, acessado em 24 de junho de 2015).

Até mesmo no exemplo citado do empregado que exonera um empregado, é possível argumentar que o alegado “direito potestativo” não é tão absoluto sim, pois o empregado demitido sem justa causa tem direito a uma indenização, e mesmo o empregado demitido com justa causa tem direito à remuneração dos dias efetivamente trabalhados.

Logo, quando se afirma que as partes ou cônjuges possuem “direito potestativo” de pedir o divórcio, inclusive na modalidade de divórcio sem prévia partilha de bens, sem que seja necessário fazer qualquer outra consideração sobre os filhos menores ou incapazes, é preciso compreender melhor o tema.

Primeiramente, ousamos discordar, pois não há direito potestativo contra a Constituição.

Isso mesmo, a Constituição Federal de 1988 prevê, in verbis:

“Art. 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”.

Logo no seu *caput*, o art. 227 da Carta Magna deixa claro que é dever da **família** assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, dentre outros.

E quem são a criança e o adolescente no âmbito da família? A resposta é óbvia: são os filhos menores.

E a Lei Maior ainda vai mais longe, *ipsis verbis et litteris*:

“Art. 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”.

O vínculo de filiação é o mais forte de todos os laços de parentesco, só podendo ser extinto pela morte ou pela adoção.

Desse modo, salta à vista que o divórcio não pode ser decretado com ou sem prévia partilha de bens se deixar uma lacuna

com relação aos superiores interesses dos filhos menores. Vejamos a dicção do atual Código Civil, *verbo ad verbum*:

“Art. 1.574. Dar-se-á a separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges se forem casados por mais de um ano e o manifestarem perante o juiz, sendo por ele devidamente homologada a convenção.

Parágrafo único. O juiz pode recusar a homologação e não decretar a separação judicial se apurar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges”.

O parágrafo único do art. 1.574 do Código Civil determina que **“o juiz pode recusar a homologação ou não decretar a separação judicial se apurar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges”.**

Ora, se tal preceito vale para a separação judicial, que apenas efetiva a dissolução da sociedade conjugal, com maior razão tal dispositivo deve ser aplicado por analogia ao divórcio, que põe fim ao vínculo matrimonial.

Com toda certeza, uma sentença que decreta o divórcio, inclusive sem prévia partilha de bens, omitindo os superiores interesses dos filhos menores, incorrerá em vício insanável, pois estará deixando desprotegidos justamente os membros mais vulneráveis da família, que a Constituição Federal de 1988 em pelo menos duas oportunidades diferentes preconizou que fossem protegidos (art.227, *caput*, e art. 229).

O Código de Processo Civil é bastante didático quando expõe os temas que devem ser debatidos e resolvidos durante o processo de divórcio, *ad litteram*:

Art. 1.120. A separação consensual será requerida em petição assinada por ambos os cônjuges.

§ 1º Se os cônjuges não puderem ou não souberem escrever, é lícito que outrem assine a petição a rogo deles.

§ 2º As assinaturas, quando não lançadas na presença do juiz, serão reconhecidas por tabelião.

Art. 1.121. A petição, instruída com a certidão de casamento e o contrato antenupcial se houver, conterà:

I - a descrição dos bens do casal e a respectiva partilha;

II - o acordo relativo à guarda dos filhos menores e ao regime de visitas;

III - o valor da contribuição para criar e educar os filhos;

IV - a pensão alimentícia do marido à mulher, se esta não possuir bens suficientes para se manter.

Dentre os quatro assuntos que a petição inicial deverá abordar, apenas a partilha de bens poderá ser deixada para momento posterior, por expressa previsão do art. 1.581 do Código

Civil. Já em relação à guarda, ao regime de visitas dos filhos menores e aos alimentos para prole, tais temas não são passíveis de adiamento, devendo ser enfrentados por ocasião da sentença de divórcio.

A respeito do divórcio consensual, sustenta Dimas Messias de Carvalho o seguinte, *verbatim*:

“Existindo filhos menores, o acordo deve regular a guarda e o direito de visitas, de forma clara para evitar embates futuros, extremamente prejudiciais à prole.

[...]

Da mesma forma, o acordo deve estipular a pensão para criação e educação dos filhos, sendo incabível renúncia ao direito à pensão aos filhos menores pelo cônjuge que de´tem a guarda, tratando-se de direito indisponível”(DIVÓRCIO: JUDICIAL E ADMINISTRATIVO – Belo Horizonte: Del Rey, 2010. págs. 60-61).

Com razão, o Professor Rolf Madaleno ensina que **“... o divórcio judicial implicará a transferência da guarda e companhia de um dos cônjuges...”** (CURSO DE DIREITO DE FAMÍLIA. Rio de Janeiro: Forense, 2011. pág. 323). Mais adiante o mesmo professor afirma que **“o mote da guarda é interesse do filho, sua integral felicidade, não sendo outra a ilação extraída desta expressão contida no inciso II do art. 1.584 do Código Civil”** (*idem, ibidem*).

O mestre Rolf Madaleno fala ainda da questão dos alimentos, *ipsis verbis*:

“Para manutenção dos filhos, os cônjuges divorciados contribuirão na proporção de seus recursos (CC, art. 1.703), podendo estabelecer o modo e o montante da prestação desses alimentos em seu divórcio amistoso e até mesmo em acordo específico de alimentos, como podem, na hipótese de inconciliáveis desavenças, discutirem o valor desse direito alimentar em ação litigiosa de pedido ou de oferta de alimentos, ou de divórcio direto, deixando ao livre-arbítrio judicial a fixação do montante mensal dos alimentos a serem pagos pelo ascendente não custodiante da prole”(obra citada, págs. 330-331).

E no presente ordenamento jurídico brasileiro a conclusão não poderia ser diferente, pois o Diploma Substantivo Civil rege o seguinte, textualmente:

“Art. 1.579. O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos.

Parágrafo único. Novo casamento de qualquer dos pais, ou de ambos, não poderá importar restrições aos direitos e deveres previstos neste artigo”.

Merecem os aplausos de todos os que militam na seara jurídica os ensinamentos bastante claros e didáticos do jurista Paulo Nader, *ipsis litteris*:

“O Código Civil de 2002 optou por admitir a partilha de bens *a posteriori*, consoante a prescrição do art. 1.581.

A obrigação de alimentos, seja em favor do cônjuge ou da prole, bem como a responsabilidade pela guarda de filhos menores, regulamento do direito de visita e interesses correlatos devem ser definidos em termo de acordo do casal, suscetível de homologação, ou na sentença concessiva do divórcio. Diferentemente da partilha de bens, tal ordem de interesses não pode ser definida *a posteriori*” (CURSO DE DIREITO CIVIL. V. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2010. pág. 251).

Ao tratar do tema dos efeitos do divórcio, especificamente quanto à guarda dos filhos menores, o mestre Arnaldo Rizzardo leciona, *verbo ad verbum*:

“É este um dos aspectos mais delicados do divórcio, cujos efeitos destilam sérios prejuízos na criação e formação dos filhos.

A guarda corresponde não apenas à residência dos filhos com um dos pais, em havendo separação. Envolve a responsabilização do exercício de direitos e deveres no concernente ao poder familiar sobre os filhos comuns, especialmente no que se refere à direção e à autoridade nas decisões sobre a criação, formação, educação, controle, orientação, vigilância e cuidados especiais”(DIREITO DE FAMÍLIA. 8ª

edição – Rio de Janeiro: Forense, 2011. pág. 235).

Sobre o mesmo assunto, discorre o doutrinador Ozéias J. Santos, *ad litteram*:

“Na hipótese de divórcio resultante da ruptura da vida em comum, os filhos devem permanecer com o cônjuge em cuja companhia ficou durante este tempo.

Tal medida evita que a demanda se estenda apenas para discussão da guarda de filhos quando esta questão não havia sido objeto de litígio anterior” (DIVÓRCIO CONSTITUCIONAL. Syslook Editora, 2011. pág. 153).

O renomado civilista Arnaldo Rizzado aborda ainda a questão dos efeitos do divórcio quanto ao direito de visitas, *ipsis verbis et litteris*:

“A guarda dos filhos com um dos pais importa no direito de visita do outro, que não poderá ser negado por razões de ordem natural.

Na forma vista no item anterior, mesmo que optada a guarda compartilhada, não significa que não se regulamente o direito de visita, pois o sentido de tal guarda não vai a ponto de entender-se que os filhos não tenham um lar fixo, ou que se garanta a liberdade de os pais terem os filhos consigo quando quiserem” (obra citada, pág. 239).

A ilustre professora Regina Beatriz Tavares da Silva (CURSO DE DIREITO CIVIL, 2: DIREITO DE FAMÍLIA. 42^a ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. Pág. 335) e o conceituado mestre Sílvio de Salvo Venosa (DIREITO CIVIL: DIREITO DE FAMÍLIA. 15^a ed. – São Paulo: Atlas, 2015. Pág. 233) destacam que o fim do casamento é o efeito mais importante do divórcio, mas certamente não é o único dos efeitos, conforme vimos acima.

A festejada civilista Maria Helena Diniz destaca e elenca **15 (quinze) efeitos do divórcio**, conforme se vê às fls. 381 até 386 de sua obra Direito de Família (CURSO DE DIREITO CIVIL BRASILEIRO, VOLUME 5: DIREITO DE FAMÍLIA. 27^a ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. Págs. 381-386).

O egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já decidiu, *verbatim*:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DIVÓRCIO, GUARDA E ALIMENTOS. SENTENÇA QUE DEFERIU A GUARDA À GENITORA E FIXOU ALIMENTOS EM FAVOR DO FILHO, QUE APÓS A PROLAÇÃO DA SENTENÇA ATINGIU A MAIORIDADE. A análise dos documentos juntados revela que o filho alcançou a maioridade após a prolação da sentença, não devendo o recurso ser conhecido no ponto em que questiona a guarda, por perda de objeto. No respeitante aos alimentos, considerando que fixados quando o alimentando era menor de idade, em sede de apelo o pedido de exoneração não pode ser provido, pois deverá ser endereçado contra o alimentando em ação própria, agora maior de idade, portanto, não mais representado ou assistido pela genitora, considerando que a

ação de divórcio é personalíssima, cumprindo ao julgador decidir sobre a dissolução do vínculo matrimonial, alimentos, guarda dos filhos menores, direito de visitação e partilha de bens. APELO PARCIALMENTE CONHECIDO, E, NA PARTE CONHECIDA, DESPROVIDO. (TJRS – Apelação Cível nº 70058855297, 7ª Câmara Cível do TJRS, Rel. Sandra Brisolará Medeiros. j. 24.09.2014, DJe 30.09.2014)..

Vale a pena destacar o trecho do lapidar julgado do colendo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, bastante recente (2014), que preconiza o seguinte: “...**a ação de divórcio é personalíssima, cumprindo ao julgador decidir sobre a dissolução do vínculo matrimonial, alimentos, guarda dos filhos menores, direito de visitação e partilha de bens**” (ver acima).

Ora, o Tribunal de Justiça gaúcho, acima citado, foi bastante feliz em sua decisão, pois embora o objetivo principal do divórcio seja extinguir o vínculo matrimonial, esta nem sempre é a finalidade única do pedido de divórcio, que não pode simplesmente fazer abstração dos filhos menores, como se tal prole não existisse. Assim, o mais adequado é que o divórcio regule os alimentos a guarda e o direito de visitas referentes aos filhos menores, ainda que a partilha de bens fique parte posterior processo, em ação autônoma.

O excelso Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios também já abordou o tema, chegando a conclusões semelhantes, *ad litteram*:

**DIVÓRCIO DIRETO LITIGIOSO.
ALIMENTOS. FILHO MENOR. FIXAÇÃO NA**

MESMA SENTENÇA QUE DECRETA O DIVÓRCIO. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

Em observância aos princípios da celeridade, da economia processual e da efetividade da prestação jurisdicional e, ainda, do componente emocional que permeia as lides afetas às Varas de Família, que não recomenda a eternização dos litígios, a sentença que decreta o divórcio direto litigioso do casal pode perfeitamente dispor sobre alimentos devidos aos filhos menores do casal.(TJDFT – Acórdão n.290945, 20040910135247APC, Relator: NÍVIO GERALDO GONÇALVES, Revisor: NILSONI DE FREITAS, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 22/08/2007, Publicado no DJU SEÇÃO 3: 18/12/2007. Pág.: 90).

À guisa de conclusão, considerando a legislação, a doutrina e a jurisprudência colacionadas na exposição acima, o mais acertado é entender que o divórcio, embora seja uma ação personalíssima, não é uma ação com finalidade única e exclusiva de extinguir o vínculo matrimonial, pois com frequência acontecem casos em que o divórcio precisa velar pelos superiores interesses dos filhos menores, como alimentos, guarda e visitas. Tais questões relativas aos filhos menores ou incapazes são inadiáveis, ao contrário da partilha de bens, que pode ser resolvida *a posteriori*. Acontece que a recíproca não é verdadeira. Isto significa que o divórcio sem prévia partilha de bens não pode olvidar os temas relativos aos filhos menores (guarda, alimentos, etc.).

A PERDA DE UMA CHANCE - LUCROS CESSANTES: OBRIGATORIEDADE DE INDENIZAÇÃO SOB À LUZ DO CÓDIGO CIVIL

LORENA CARNEIRO VAZ DE CARVALHO ALBUQUERQUE:

Advogada, inscrita na OAB/GO. Bacharel em Direito pela PUC/GO. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela UNIDERP.

INTRODUÇÃO

É princípio de responsabilidade civil que, aquele que causa dano ao outrem fica obrigado a reparar os prejuízos decorrentes do seu ato, de forma integral.

Na aferição do *quantumindenizatório*, Clayton Reis, em suas conclusões, assevera que deve ser levado em conta o grau de compreensão das pessoas sobre os seus direitos e obrigações, pois “quanto maior, maior será a sua responsabilidade no cometimento de atos ilícitos e, por dedução lógica, maior será o grau de apenamento quando ele romper com o equilíbrio necessário na condução de sua vida social”. (Avaliação do Dano Moral, 1998, Forense).

Sobre dano moral a Egrégia Corte do Superior Tribunal de Justiça entende que:

“Ementa: Dano moral puro. Caracterização. Sobrevindo em razão de ato ilícito, perturbação nas relações psíquicas, na tranquilidade, nos entendimentos e nos afetos de uma pessoa, configura-se o dano moral, passível de indenização. (STJ, Min. Barros Monteiro, T. 04, REsp 0008768, decisão 18/02/92, DJ 06/04/1998, p. 04499)”.

No aspecto do dano moral, também consoante a jurisprudência, sequer há a necessidade da prova do ato lesivo:

"O dano simplesmente moral, não há como ser provado. Ele existe tão somente pela ofensa, e dela é presumido, sendo bastante para justificar a indenização. (TJPR – 4 Câm. – Ap. Rel. Wilson Reback – j. 12.12.90 – RT 681/163)".

Os danos aos bens imateriais, ou seja, os danos morais, na definição do renomado civilista Carlos Alberto Bittar^[1], são “lesões sofridas pelas pessoas, físicas ou jurídicas, em certos aspectos de sua personalidade. Em razão de investidas injustas de outrem. São aquelas que atingem a moralidade e a afetividade da pessoa, causando-lhe constrangimentos, vexames, dores, enfim, sentimentos e sensações negativas.”

E a obrigatoriedade de reparar o dano moral e material está consagrada na Constituição Federal, precisamente em seu art. 5º, V, onde a todo cidadão é “assegurado o direito de resposta, proporcionalmente ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem” bem como no mesmo artigo no inc. X, onde “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Desta feita, o tema, traz-se a lume fundamento do ato ilícito previsto no Art. 186 do Novo Código Civil, segundo o qual:

“aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, viola direito e causa dano a outrem, ainda

que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

DESENVOLVIMENTO

Além dos prejuízos definidos como danos emergentes e lucros cessantes, em razão de um ato ilícito e injusto praticado por outrem, não pode alguém ficar privado da oportunidade de obter determinada vantagem ou então, de evitar um prejuízo. Trata-se da indenização pela perda de uma chance ou oportunidade.

Os lucros cessantes encontram regulamentação no Código Civil, especificamente em seu Capítulo III – Das Perdas e Danos.

O mencionado art. 402 determina que, *salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar e, é justamente nessa parte final do dispositivo, que resta caracterizado o conceito dos danos emergentes e do lucro cessante.*

Por danos emergentes, entende-se aquilo que a vítima do ato danoso efetivamente perdeu e, por lucros cessantes, o que ela razoavelmente deixou de perceber, em razão da sua ocorrência, também intitulado pela doutrina como sendo a perda do lucro esperado.

O sentido jurídico de chance ou oportunidades traduz-se na probabilidade de alguém obter um lucro ou evitar um prejuízo.

O entendimento do C. STJ, no concernente a exegese do artigo 403 do CC, é salutar para a elucidação do conceito, senão vejamos:

"Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual".

Face aos fatos, o autor ao invés de ter a possibilidade de obter renda com aquilo que o faria regularmente, tem que contratar advogados para pleitear junto ao judiciário, o ressarcimento de todos os prejuízos que lhes está sendo causado, tendo que refazer toda sua programação financeira e de vida ante o cometimento do ilícito por outrem.

Em termos legais, a possibilidade de indenização pela perda de uma chance é consagrada na Constituição Federal no inciso V do artigo 5º cláusula geral de responsabilidade, ao assegurar o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem. Desse mandamento decorre que quem causar dano a outrem, é obrigado repará-lo proporcionalmente ao agravo.

Essa cláusula, de forma semelhante, consta dos artigos 186 e 187 do Código Civil, que estabelece que aquele que causar dano a outrem, ficará obrigado a repará-lo.

No caso de reparação para o artigo 949 do novo CC, diz que no caso de lesão ou outra ofensa, o ofensor indenizará o ofendido nos lucros cessantes, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

Já o art. 402 conclui o raciocínio legal, quando preceitua que:

“Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu o que razoavelmente deixou de lucrar”.

É nesta parte final, como terceira espécie de dano, que se enquadra a indenização pela perda de uma chance, lucros ou prejuízo.

Recentemente o STJ apreciou o caso do “Show do milhão” e reafirmou entendimento favorável à aplicação da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance.

A ementa do acórdão está assim escrita:

“Recurso Especial. Indenização. Impropriedade de pergunta formulada em programa de televisão. Perda da oportunidade. 1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela

perda da oportunidade. 2. Recurso conhecido e, em parte, provido” (STJ-REsp nº 788459/Ba; Rel. Ministro Fernando Gonçalves, DJU de 13/03/2006, p. 334).

E ainda:

SEGURO. INADIMPLENTO DA SEGURADORA. LUCROS CESSANTES. CABIMENTO. - A SEGURADORA É OBRIGADA AO PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO DOS DANOS PROVOCADOS POR SINISTRO CONTEMPLADO NA APÓLICE, NAS CONDIÇÕES CONTRATADAS. PORÉM, SE DO DESCUMPRIMENTO DO CONTRATO PELA SEGURADORA SURGEM DANOS AO SEGURADO, QUE POR ISSO FICA IMPOSSIBILITADO DE RETOMAR SUAS ATIVIDADES NORMAIS, POR ESSE DANO PROVOCADO PELO SEU INDIMPLENTO RESPONDE A SEGURADORA. DEFERIMENTO DE PARCELA QUE, NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS, FOI DEFINIDA COMO SENDO DE LUCROS CESSANTES. RECURSO NÃO CONHECIDO. Fonte: STJ - Acórdão: RESP 285702/RS; RECURSO ESPECIAL (2000/0112465-0).

LUCROS CESSANTES.
EXECUÇÃO DE SENTENÇA. PERÍODO
A CONSIDERAR. BOA-FÉ. SEGURO.
CITAÇÃO DO IRB. 1. CONSTANDO DA
SENTENÇA EXEQÜENDA QUE OS
LUCROS CESSANTES DEVEM SER
CONSIDERADOS ATÉ A DATA DO
EFETIVO PAGAMENTO, ESSA DATA
LIMITE DEVE CORRESPONDER À DO
DEPÓSITO JUDICIAL EFETUADO
PELA SEGURADORA SOBRE A PARTE
INCONTROVERSA, SUPERIOR AO
VALOR DOS DANOS EMERGENTES.
2. A AVALIAÇÃO DO PERÍODO A
CONSIDERAR PARA OS LUCROS
CESSANTES DEVE SER FEITA DE
ACORDO COM A BOA-FÉ OBJETIVA,
QUE IMPÕE AO LESADO
COLABORAR LEALMENTE,
PRATICANDO ATOS QUE ESTAVAM
AO SEU ALCANCE, PARA EVITAR A
CONTINUIDADE DO PREJUÍZO.
RECURSO CONHECIDO EM PARTE E
PROVIDO. Fonte: STJ - Acórdão: RESP
256274/SP; RECURSO ESPECIAL
(2000/39593-5).

Desta maneira, após a demonstração dos prejuízos efetivamente suportados e dos lucros não obtidos pela perda de uma

chance/oportunidade ante o cometimento de um ilícito por outrem, se faz legalmente cabível o seu requerimento via judicial.

Nessa linha, consagrou o Código Civil no artigo acima mencionado (art. 402), o princípio da razoabilidade, caracterizando, no caso, o lucro cessante como aquilo que razoavelmente o autor deixou de lucrar, como consequência direta do evento danoso, devendo o magistrado utilizar o bom senso, embasado nas circunstâncias especiais que cada caso requer e em relação ao futuro, face a diminuição do benefício patrimonial, moral e lucros que eram esperados pelo autor da demanda, sendo esse o entendimento consagrado pelo Colendo STJ, senão vejamos:

"RECURSO ESPECIAL (RE) Nº 1.110.417 – MA. EMENTA. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. CÁLCULO DOS LUCROS CESSANTES. DESPESAS OPERACIONAIS. DEDUZIDAS. TERMO FINAL. ALIENAÇÃO DO BEM. 1. Para o atendimento do requisito do prequestionamento, não se faz necessária a menção literal dos dispositivos tidos por violados no acórdão recorrido, sendo suficiente que a questão federal tenha sido apreciada pelo Tribunal de origem. Ausência de violação do art. 535, do CPC. 2. Lucros cessantes consistem naquilo que o lesado deixou razoavelmente de lucrar como consequência direta do evento

danoso (Código Civil, art. 402). No caso de incêndio de estabelecimento comercial (posto de gasolina), são devidos pelo período de tempo necessário para as obras de reconstrução. A circunstância de a empresa ter optado por vender o imóvel onde funcionava o empreendimento, deixando de dedicar-se àquela atividade econômica, não justifica a extensão do período de cálculo dos lucros cessantes até a data da perícia. 3. A apuração dos lucros cessantes deve ser feita com a dedução de todas as despesas operacionais da empresa, inclusive tributos. 4. Recurso especial provido".

CONCLUSÃO

De todo o já exposto, verifica-se que no concernente ao valor a ser arbitrado pelo magistrado a título de lucros cessantes, após análise minuciosa de cada caso, será pautado naquilo que o autor razoavelmente deixou de auferir á título de lucros em razão do fato danoso cometido por outrem, considerando-se o tempo de paralisação da atividade, descontando, também, as despesas como salário de funcionários, aluguel e tributos, a fim de se alcançar ao máximo um valor justo de indenização sob pena de caracterização de enriquecimento ilícito da vítima.

Faz-se mister ressaltar a antagonia entre os lucros cessantes e o instituto do faturamento da empresa, completamente distintos entre si de maneira que o montante a ser pago para fins de indenização,

deva pautar-se no resultado da subtração do montante da receita e dos custos habituais da empresa chegando ao resultado denominado de lucros cessantes.

Não há de se perder de vista ainda nesse diapasão o limite temporal dos lucros cessantes, que por sua vez deverá obrigatoriamente se referir ao período em que a atividade tenha permanecido paralisada em decorrência do dano sofrido e do tempo necessário para a reestruturação, sob pena de enriquecimento ilícito da vítima.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITTAR, Carlos Alberto – Reparação Civil por Danos Morais, artigo publicado na Revista do Advogado/AASP. n° 44, 1994, p.24.

COMENTÁRIOS À POLÍTICA NACIONAL DE COMBATE À DESERTIFICAÇÃO E MITIGAÇÃO DOS EFEITOS DA SECA: BREVE PAINEL À LEI Nº 13.153/2015

TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL: Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), linha de Pesquisa Conflitos Urbanos, Rurais e Socioambientais. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especializando em Práticas Processuais - Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental.

Resumo: Inicialmente, cuida salientar que o meio ambiente, em sua acepção macro e especificamente em seu desdobramento natural, configura elemento inerente ao indivíduo, atuando como sedimento a concreção da sadia qualidade de vida e, por extensão, ao fundamento estruturante da República Federativa do Brasil, consistente na materialização da dignidade da pessoa humana. Ao lado disso, tal como pontuado algures, a Constituição de 1988 estabelece, em seu artigo 225, o dever do Poder Público adotar medidas de proteção e preservação do ambiente natural. Aliás, quadra anotar, oportunamente, que tal dever é de competência político-administrativa de todos os entes políticos, devendo, para tanto, evitar que os espaços de proteção ambiental sejam utilizados de forma contrária à sua função – preservação das espécies nativas e, ainda, promover ostensiva fiscalização desses locais. Quadra assinalar que a segunda parte do inciso I do §1º do artigo 225 da Constituição de 1988 traz à baila o manejo dos recursos naturais. Cuida reconhecer que o substantivo manejo, acompanhado do adjetivo ecológico, permitem o reconhecimento do caráter técnico-científico no trato dos recursos naturais.

Palavras-chaves: Meio Ambiente. Desertificação. Efeitos da Seca. Política Nacional.

Sumário: 1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito; 2 Comentários à concepção de Meio Ambiente; 3 Singelos Comentários ao Meio

Ambiente Natural: Tessituras Conceituais sobre o Tema; 4 Comentários à Política Nacional de Combate à Desertificação e Mitigação dos Efeitos da Seca: Breve Painel à Lei nº 13.153/2015.

1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito

Inicialmente, ao se dispensar um exame acerca do tema colocado em tela, patente se faz arrazoar que a Ciência Jurídica, enquanto um conjunto multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as robustas ramificações que a integram, reclama uma interpretação alicerçada nos plurais aspectos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste alar, lançando à tona os aspectos característicos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com ênfase, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, infere-se que não mais prospera o arcabouço imutável que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática.

Com espreque em tais premissas, cuida hastear, com bastante pertinência, como flâmula de interpretação o “prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém”[1]. Destarte, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo primevo é assegurar que não haja uma vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras em que o homem valorizava a Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um

cenário caótico no seio da coletividade.

Ademais, com a promulga o da Constitui o da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustenta o do Ordenamento Brasileiro, precipuamente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral voto proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a A o de Descumprimento de Preceito Fundamental N . 46/DF, “o direito   um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois   contemporâneo   realidade. O direito   um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza”[2]. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz, justamente, na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplica o dos Diplomas Legais e os institutos jurídicos neles consagrados.

Ainda neste substrato de exposi o, pode-se evidenciar que a concep o p s-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdan, “esta doutrina   o ponto culminante de uma progressiva evolu o acerca do valor atribuído aos princípios em face da legisla o”[3]. Destarte, a partir de uma análise profunda dos mencionados sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente p s-positivista cinge-se   valora o da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplica o e interpreta o do cont eudo das leis, diante das situa es concretas.

Nas últimas décadas, o aspecto de mutabilidade tornou-se ainda mais evidente, em especial, quando se analisa a constru o de novos que derivam da Ciência Jurídica. Entre estes, cuida destacar a ramifica o ambiental, considerando como um ponto de congruência da forma o de novos ideários e cânones, motivados, sobretudo, pela premissa de um manancial de novos valores

adotados. Nesta trilha de argumentação, de boa técnica se apresenta os ensinamentos de Fernando de Azevedo Alves Brito que, em seu artigo, aduz: “Com a intensificação, entretanto, do interesse dos estudiosos do Direito pelo assunto, passou-se a desvendar as peculiaridades ambientais, que, por estarem muito mais ligadas às ciências biológicas, até então era marginalizadas”[4]. Assim, em decorrência da proeminência que os temas ambientais vêm, de maneira paulatina, alcançando, notadamente a partir das últimas discussões internacionais envolvendo a necessidade de um desenvolvimento econômico pautado em sustentabilidade, não é raro que prospere, mormente em razão de novos fatores, um verdadeiro remodelamento ou mesmo uma releitura dos conceitos que abalizam a ramificação ambiental do Direito, com o fito de permitir que ocorra a conservação e recuperação das áreas degradadas, primordialmente as culturais.

Ademais, há de ressaltar ainda que o direito ambiental passou a figurar, especialmente, depois das décadas de 1950 e 1960, como um elemento integrante da farta e sólida tábua de direitos fundamentais. Calha realçar que mais contemporâneos, os direitos que constituem a terceira dimensão recebem a alcunha de direitos de fraternidade ou, ainda, de solidariedade, contemplando, em sua estrutura, uma patente preocupação com o destino da humanidade[5]. Ora, daí se verifica a inclusão de meio ambiente como um direito fundamental, logo, está umbilicalmente atrelado com humanismo e, por extensão, a um ideal de sociedade mais justa e solidária. Nesse sentido, ainda, é plausível citar o artigo 3º., inciso I, da Carta Política de 1988 que abriga em sua redação tais pressupostos como os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direitos: “Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária”[6].

Ainda nesta esteira, é possível verificar que a construção dos direitos encampados sob a rubrica de terceira dimensão tende a identificar a existência de valores concernentes a uma determinada categoria de pessoas, consideradas enquanto unidade, não mais prosperando a típica fragmentação individual de seus componentes

de maneira isolada, tal como ocorria em momento pretérito. Com o escopo de ilustrar, de maneira pertinente as ponderações vertidas, insta trazer à colação o entendimento do Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N°. 1.856/RJ, em especial quando destaca:

Cabe assinalar, Senhor Presidente, que os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível[7].

Quadra anotar que os direitos alocados sob a rubrica de direito de terceira dimensão encontram como assento primordial a visão da espécie humana na condição de coletividade, superando, via de consequência, a tradicional visão que está pautada no ser humano em sua individualidade. Assim, a preocupação identificada está alicerçada em direitos que são coletivos, cujas influências afetam a todos, de maneira indiscriminada. Ao lado do exposto, cuida mencionar, segundo Bonavides, que tais direitos “têm primeiro por destinatários o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”[8]. Com efeito, os direitos de terceira dimensão, dentre os quais se inclui ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, positivado na Constituição de 1988, emerge com um claro e tangível aspecto de familiaridade, como ápice da evolução e concretização dos direitos fundamentais.

2 Comentários à concepção de Meio Ambiente

Em uma primeira plana, ao lançar mão do sedimentado jurídico-doutrinário apresentado pelo inciso I do artigo 3º da Lei N°. 6.938, de 31 de agosto de 1981[9], que dispõe sobre a Política Nacional

do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências, salienta que o meio ambiente consiste no conjunto e conjunto de condições, leis e influências de ordem química, física e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. Pois bem, com o escopo de promover uma facilitação do aspecto conceitual apresentado, é possível verificar que o meio ambiente se assenta em um complexo diálogo de fatores abióticos, provenientes de ordem química e física, e bióticos, consistentes nas plurais e diversificadas formas de seres vivos. Consoante os ensinamentos apresentados por José Afonso da Silva, considera-se meio-ambiente como “a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”[10].

Nesta senda, ainda, Fiorillo[11], ao tecer comentários acerca da acepção conceitual de meio ambiente, coloca em destaque que tal tema se assenta em um ideário jurídico indeterminado, incumbindo, ao intérprete das leis, promover o seu preenchimento. Dada à fluidez do tema, é possível colocar em evidência que o meio ambiente encontra íntima e umbilical relação com os componentes que cercam o ser humano, os quais são de imprescindível relevância para a sua existência. O Ministro Luiz Fux, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N.º 4.029/AM, salientou, com bastante pertinência, que:

(...) o meio ambiente é um conceito hoje geminado com o de saúde pública, saúde de cada indivíduo, sadia qualidade de vida, diz a Constituição, é por isso que estou falando de saúde, e hoje todos nós sabemos que ele é imbricado, é conceitualmente geminado com o próprio desenvolvimento. Se antes nós dizíamos que o meio ambiente é compatível com o desenvolvimento, hoje nós dizemos, a partir da Constituição, tecnicamente, que não pode haver desenvolvimento senão com o meio ambiente ecologicamente equilibrado. A geminação do conceito me parece de rigor técnico, porque salta da própria Constituição Federal[12].

É denotável, desta sorte, que a constitucionalização do meio ambiente no Brasil viabilizou um verdadeiro salto qualitativo, no que

concerne, especificamente, às normas de proteção ambiental. Tal fato decorre da premissa que os robustos corolários e princípios norteadores foram alçados ao patamar constitucional, assumindo colocação eminente, ao lado das liberdades públicas e dos direitos fundamentais. Superadas tais premissas, aprovou o Constituinte, ao entalhar a Carta Política Brasileira, ressoando os valores provenientes dos direitos de terceira dimensão, insculpir na redação do artigo 225, conceder amplo e robusto respaldo ao meio ambiente como pilar integrante dos direitos fundamentais. “Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, as normas de proteção ambiental são alçadas à categoria de normas constitucionais, com elaboração de capítulo especialmente dedicado à proteção do meio ambiente”[13]. Nesta toada, ainda, é observável que o caput do artigo 225 da Constituição Federal de 1988[14] está abalizado em quatro pilares distintos, robustos e singulares que, em conjunto, dão corpo a toda tábua ideológica e teórica que assegura o substrato de edificação da ramificação ambiental.

Primeiramente, em decorrência do tratamento dispensado pelo artífice da Constituição Federal, o meio ambiente foi içado à condição de direito de todos, presentes e futuras gerações. É encarado como algo pertencente a toda coletividade, assim, por esse prisma, não se admite o emprego de qualquer distinção entre brasileiro nato, naturalizado ou estrangeiro, destacando-se, sim, a necessidade de preservação, conservação e não-poluição. O artigo 225, devido ao cunho de direito difuso que possui, extrapola os limites territoriais do Estado Brasileiro, não ficando centrado, apenas, na extensão nacional, compreendendo toda a humanidade. Neste sentido, o Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ, destacou que:

A preocupação com o meio ambiente - que hoje transcende o plano das presentes gerações, para também atuar em favor das gerações futuras [...] tem constituído, por isso mesmo, objeto de regulações normativas e de proclamações jurídicas, que, ultrapassando a província meramente doméstica do direito nacional de cada Estado soberano, projetam-se no plano das declarações internacionais, que refletem, em sua expressão concreta, o compromisso das

Nações com o indeclinável respeito a esse direito fundamental que assiste a toda a Humanidade[15].

O termo “todos”, aludido na redação do caput do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, faz menção aos já nascidos (presente geração) e ainda aqueles que estão por nascer (futura geração), cabendo àqueles zelar para que esses tenham à sua disposição, no mínimo, os recursos naturais que hoje existem. Tal fato encontra como arrimo a premissa que foi reconhecido ao gênero humano o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao gozo de condições de vida adequada, em ambiente que permita desenvolver todas as suas potencialidades em clima de dignidade e bem-estar. Pode-se considerar como um direito transgeracional, ou seja, ultrapassa as gerações, logo, é viável afirmar que o meio-ambiente é um direito público subjetivo. Desta feita, o ideário de que o meio ambiente substancializa patrimônio público a ser imperiosamente assegurado e protegido pelos organismos sociais e pelas instituições estatais, qualificando verdadeiro encargo irrenunciável que se impõe, objetivando sempre o benefício das presentes e das futuras gerações, incumbindo tanto ao Poder Público quanto à coletividade considerada em si mesma.

Desta feita, decorrente do fato supramencionado, produz efeito erga omnes, sendo, portanto, oponível contra a todos, incluindo pessoa física/natural ou jurídica, de direito público interno ou externo, ou mesmo de direito privado, como também ente estatal, autarquia, fundação ou sociedade de economia mista. Impera, também, evidenciar que, como um direito difuso, não subsiste a possibilidade de quantificar quantas são as pessoas atingidas, pois a poluição não afeta tão só a população local, mas sim toda a humanidade, pois a coletividade é indeterminada. Nesta senda de exposição, quadra apontar que o direito à integridade do meio ambiente substancializa verdadeira prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, ressoando a expressão robusta de um poder deferido, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas num sentido mais amplo, atribuído à própria coletividade social.

Salta aos olhos que, com a nova sistemática entabulada pela redação do artigo 225 da Carta Maior, o meio-ambiente passou a

ter autonomia, tal seja não está vinculada a lesões perpetradas contra o ser humano para se agasalhar das reprimendas a serem utilizadas em relação ao ato perpetrado. Figura-se, ergo, como bem de uso comum do povo o segundo pilar que dá corpo aos sustentáculos do tema em tela. O axioma a ser esmiuçado, está atrelado o meio-ambiente como vetor da sadia qualidade de vida, ou seja, manifesta-se na salubridade, precipuamente, ao vincular a espécie humana está se tratando do bem-estar e condições mínimas de existência. Igualmente, o sustentáculo em análise se corporifica também na higidez, ao cumprir os preceitos de ecologicamente equilibrado, salvaguardando a vida em todas as suas formas (diversidade de espécies).

Por derradeiro, insta mencionar, ainda, que o quarto pilar é a corresponsabilidade, que impõe ao Poder Público o dever geral de se responsabilizar por todos os elementos que integram o meio ambiente, assim como a condição positiva de atuar em prol de resguardar. Igualmente, tem a obrigação de atuar no sentido de zelar, defender e preservar, asseverando que o meio-ambiente permaneça intacto. Aliás, este último se diferencia de conservar que permite a ação antrópica, viabilizando melhorias no meio ambiente, trabalhando com as premissas de desenvolvimento sustentável, aliando progresso e conservação. Por seu turno, o cidadão tem o dever negativo, que se apresenta ao não poluir nem agredir o meio-ambiente com sua ação. Além disso, em razão da referida corresponsabilidade, são titulares do meio ambiente os cidadãos da presente e da futura geração.

3 Singelos Comentários ao Meio Ambiente Natural: Tessituras Conceituais sobre o Tema

No que concerne ao meio ambiente natural, cuida salientar que tal faceta é descrita como ambiente natural, também denominado de físico, o qual, em sua estrutura, agasalha os fatores abióticos e bióticos, considerados como recursos ambientais. Nesta esteira de raciocínio, oportunamente, cumpre registrar, a partir de um viés jurídico, a acepção do tema em destaque, o qual vem disciplinado pela Lei Nº. 9.985, de 18 de Julho de 2000, que regulamenta o art. 225, §1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o

Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências, em seu artigo 2º, inciso IV, frisa que “recurso ambiental: 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”[16]. Nesta esteira, o termo fatores abióticos abriga a atmosfera, os elementos afetos à biosfera, as águas (inclusive aquelas que se encontram no mar territorial), pelo solo, pelo subsolo e pelos recursos minerais; já os fatores bióticos faz menção à fauna e à flora, como bem assinala Fiorillo[17]. Em razão da complexa interação entre os fatores abióticos e bióticos que ocorre o fenômeno da homeostase, consistente no equilíbrio dinâmico entre os seres vivos e o meio em que se encontram inseridos.

Consoante Rebello Filho e Bernardo, o meio ambiente natural “é constituído por todos os elementos responsáveis pelo equilíbrio entre os seres vivos e o meio em que vivem: solo, água, ar atmosférico, fauna e flora”[18]. Nesta senda, com o escopo de fortalecer os argumentos apresentados, necessário se faz colocar em campo que os paradigmas que orientam a concepção recursos naturais como componentes que integram a paisagem, desde que não tenham sofrido maciças alterações pela ação antrópica a ponto de desnaturar o seu aspecto característico. Trata-se, com efeito, de uma conjunção de elementos e fatores que mantêm uma harmonia complexa e frágil, notadamente em razão dos avanços e degradações provocadas pelo ser humano. Ao lado do esposado, faz-se carecido pontuar que os recursos naturais são considerados como tal em razão do destaque concedido pelo ser humano, com o passar dos séculos, conferindo-lhes valores de ordem econômica, social e cultural. Desta feita, tão somente é possível à compreensão do tema a partir da análise da relação homem-natureza, eis que a interação entre aqueles é preponderante para o desenvolvimento do ser humano em todas as suas potencialidades. Patente se faz ainda, em breves palavras, mencionar a classificação dos recursos naturais, notadamente em razão da importância daqueles no tema em testilha. O primeiro grupo compreende os recursos naturais renováveis, que são os elementos naturais, cuja correta utilização, propicia a renovação, a exemplo do que se observa na fauna, na flora e nos recursos hídricos.

Os recursos naturais não-renováveis fazem menção àqueles que não logram êxito na renovação ou, ainda, quando conseguem, esta se dá de maneira lenta em razão dos aspectos estruturais e característicos daqueles, como se observa no petróleo e nos metais em geral. Por derradeiro, os denominados recursos inesgotáveis agasalham aqueles que são “infindáveis”, como a luz solar e o vento. Salta aos olhos, a partir das ponderações estruturadas, que os recursos naturais, independente da seara em que se encontrem agrupados, apresentam como elemento comum de caracterização o fato de serem criados originariamente pela natureza. Nesta linha, ainda, de dicção, cuida assinalar que o meio ambiente natural encontra respaldo na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 225, caput e §1º, incisos I, III e IV.

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

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

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

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade[19].

Ora, como bem manifestou o Ministro Carlos Britto, ao apreciar a Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 3.540, “não se erige em área de proteção especial um espaço geográfico simplesmente a partir de sua vegetação, há outros elementos. Sabemos que fauna, flora, floresta, sítios arqueológicos concorrem

para isso”[20]. Verifica-se, assim, que o espaço territorial especialmente protegido do direito constitucional ao meio ambiente hígido e equilibrado, em especial no que atina à estrutura e funções dos diversos e complexos ecossistemas. Nessa esteira de exposição, as denominadas “unidades de conservação”, neste aspecto de afirmação constitucional, enquanto instrumentos de preservação do meio ambiente natural, configuram áreas de maciço interesse ecológico que, em razão dos aspectos característicos naturais relevantes, recebem tratamento legal próprio, de maneira a reduzir a possibilidade de intervenções danosas ao meio ambiente.

Diante do exposto, o meio ambiente, em sua acepção macro e especificamente em seu desdobramento natural, configura elemento inerente ao indivíduo, atuando como sedimento a concreção da sadia qualidade de vida e, por extensão, ao fundamento estruturante da República Federativa do Brasil, consistente na materialização da dignidade da pessoa humana. Ao lado disso, tal como pontuado algures, a Constituição da República estabelece, em seu artigo 225, o dever do Poder Público adotar medidas de proteção e preservação do ambiente natural. Aliás, quadra anotar, oportunamente, que tal dever é de competência político-administrativa de todos os entes políticos, devendo, para tanto, evitar que os espaços de proteção ambiental sejam utilizados de forma contrária à sua função – preservação das espécies nativas e, ainda, promover ostensiva fiscalização desses locais. Verifica-se, portanto, que o escopo repousa em assegurar que, por meio da fiscalização, o indivíduo tenha acesso às formações naturais como elemento inerente à dignidade da pessoa humana.

4 Comentários à Política Nacional de Combate à Desertificação e Mitigação dos Efeitos da Seca: Breve Painel à Lei nº 13.153/2015

Em uma primeira linha, a Política Nacional de Combate à Desertificação e Mitigação dos Efeitos da Seca tem por objetivos: (i) prevenir e combater a desertificação e recuperar as áreas em processo de degradação da terra em todo o território nacional; (ii)

prevenir, adaptar e mitigar os efeitos da seca em todo o território nacional; (iii) instituir mecanismos de proteção, preservação, conservação e recuperação dos recursos naturais; (iv) integrar socioambientalmente de forma sustentável a produção e o uso dos recursos hídricos, a produção e o uso da infraestrutura de captação, de armazenamento e de condução hídrica com as ações de prevenção, adaptação e de combate à desertificação e à degradação da terra; (v) estimular as pesquisas científicas e as tecnológicas; (vi) promover mecanismos de fomento para pesquisas e a ampliação do conhecimento sobre o processo de desertificação e a ocorrência de secas no Brasil, bem como sobre a recuperação de áreas degradadas; (vii) promover a segurança ambiental, alimentar, hídrica e energética nas áreas susceptíveis à desertificação; (viii) promover a educação socioambiental dos atores sociais envolvidos na temática do combate à desertificação; (ix) coordenar e promover ações interinstitucionais com a parceria das organizações da sociedade civil no âmbito temático; (x) fomentar a sustentabilidade ambiental da produção, incluindo ecoagricultura, silvicultura e sistemas agroflorestais, com a diversificação e o beneficiamento da produção na origem; (xi) melhorar as condições de vida das populações afetadas pelos processos de desertificação e pela ocorrência de secas; (xii) apoiar e fomentar o desenvolvimento socioambientalmente sustentável nas áreas susceptíveis à desertificação; (xiii) apoiar sistemas de irrigação socioambientalmente sustentáveis em áreas que sejam aptas para a atividade, levando em consideração os processos de salinização, alcalinização e degradação do solo; (xiv) promover infraestruturas de captação, armazenagem e condução hídrica, a agricultura irrigada e a prática de uso eficiente e reuso da água na modalidade agrícola e florestal nas áreas susceptíveis à desertificação.

A Política Nacional de Combate à Desertificação e Mitigação dos Efeitos da Seca deverá obedecer aos seguintes princípios: (i) gestão integrada e participativa dos entes federados e das comunidades situadas em áreas susceptíveis à desertificação no processo de elaboração e de implantação das ações de combate à desertificação e à degradação da terra; (ii) democratização do conhecimento acerca da temática do combate à desertificação, em

especial quanto ao acesso aos recursos naturais; (iii) incorporação e valorização dos conhecimentos tradicionais sobre o manejo e o uso sustentáveis dos recursos naturais; (iv) articulação e harmonização com políticas públicas tematicamente afins aos propósitos do combate à desertificação, em especial aquelas dedicadas à erradicação da miséria, à reforma agrária, à promoção da conservação e ao uso sustentável dos recursos naturais; (v) promoção da sinergia e da harmonização entre a Convenção das Nações Unidas de Combate à Desertificação e Mitigação dos Efeitos da Seca, a Convenção sobre Diversidade Biológica e a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças do Clima.

Cumpra ao Poder Público: (i) mapear e diagnosticar o estado dos processos de desertificação e degradação ambiental; (ii) definir plano de contingência para mitigação e adaptação aos efeitos das secas, em todo o território nacional, e de combate à desertificação, nas áreas susceptíveis à desertificação; (iii) estabelecer sistema integrado de informações de alerta precoce para a ocorrência de secas, perda da cobertura vegetal, degradação da terra e desertificação; (iv) estimular a criação de centros de pesquisas para o desenvolvimento de tecnologias de combate à desertificação e de promoção das atividades econômicas essenciais das regiões afetadas; (v) promover a conservação e o uso sustentável dos recursos naturais e o fomento às boas práticas sustentáveis adaptadas às condições ecológicas locais, como na ecoagricultura, no manejo silvipastoril, na agropecuária de baixo carbono, na produção sustentável de carvão vegetal e no manejo extrativista de produtos não madeireiros; (vi) capacitar os técnicos em extensão rural para a promoção de boas práticas de combate à desertificação e à degradação da terra, estimulando a convivência harmoniosa e equilibrada com a aridez, especialmente em sistemas de produção familiar; (vii) promover a instalação de sistemas de captação e uso da água da chuva em cisternas e barragens superficiais e subterrâneas, bem como de poços artesianos onde houver viabilidade ambiental, entre outras tecnologias adequadas para o abastecimento doméstico e a promoção da pequena produção familiar e comunitária, visando à segurança hídrica e alimentar; (viii) promover a implantação de

sistemas de parques e jardins botânicos, etnobotânicos, hortos florestais, herbários educativos e bancos de sementes crioulas, particularmente para a conservação de espécies e variedades tradicionais da agrobiodiversidade brasileira, adaptadas à aridez e aos solos locais; (ix) promover igualmente a implantação de sistemas de parques e jardins zoológicos e zoobotânicos, assim como de centros de conservação e criação de animais de raças tradicionais brasileiras, adaptadas à aridez e aos solos locais.

Cumpra, igualmente, ao Poder Público: (x) estimular a constituição de agroindústrias e unidades de beneficiamento artesanais e familiares com base na sustentabilidade ecológica, a partir da produção regional e do extrativismo sustentável, e nas tradições culturais locais; (xi) implantar tecnologias de uso eficiente da água e de seu reúso na produção envasada de mudas para revegetação e reflorestamento, em zonas urbanas e rurais; (xii) fazer o levantamento do real potencial para irrigação nas áreas susceptíveis à desertificação, levando em conta os custos sistêmicos e os potenciais passivos ambientais; (xiii) mapear e diagnosticar as áreas sujeitas à salinização e à alcalinização dos solos; (xiv) fomentar a recuperação de solos salinizados e alcalinizados; (xv) promover a agricultura familiar, em bases ambientalmente sustentáveis; (xvi) difundir aos proprietários, trabalhadores e demais moradores da região informações relativas aos potenciais riscos da irrigação mal planejada nas áreas em questão; (xvii) buscar e estimular a cooperação cultural, científica e tecnológica no âmbito da Convenção das Nações Unidas de Combate à Desertificação e Mitigação dos Efeitos da Seca.

São instrumentos da Política Nacional de Combate à Desertificação e Mitigação dos Efeitos da Seca, particularmente os resultantes do cumprimento do artigo 4º da legislação em comento e: (i) o Plano de Ação Brasileiro de Combate à Desertificação e Mitigação dos Efeitos da Seca, alinhado às diretrizes da Convenção das Nações Unidas de Combate à Desertificação e Mitigação dos Efeitos da Seca - UNCCD; (ii) os Planos de Ação Estaduais de Combate à Desertificação e Mitigação dos Efeitos da Seca; (iii) o Relatório Anual de Implementação da UNCCD no Brasil, contendo: a) a avaliação e o monitoramento do Plano de

Ação Brasileiro de Combate à Desertificação e Mitigação dos Efeitos da Seca; b) o estado das zonas afetadas; c) o estado, a qualidade de vida e as condições socioeconômicas da população afetada; d) o estado da arte dos planos, programas, objetivos, iniciativas, projetos e ações em andamento nas zonas afetadas; (iv) os planos, programas, objetivos, iniciativas, projetos e ações voltados à recuperação das áreas degradadas; (v) os planos de manejo florestal sustentável; (vi) o Sistema de Alerta Precoce de Seca e Desertificação; (vii) o Zoneamento Ecológico Econômico - ZEE; (viii) a criação de unidades de conservação; (ix) os Planos de Prevenção e Controle do Desmatamento.

O Poder Executivo poderá criar a Comissão Nacional de Combate à Desertificação - CNCD, órgão colegiado da estrutura regimental do Ministério do Meio Ambiente, de natureza deliberativa e consultiva, tendo a finalidade de: I - deliberar sobre a implementação da Política Nacional de Combate à Desertificação e Mitigação dos Efeitos da Seca, em articulação com as demais políticas setoriais, programas, projetos e atividades governamentais sobre o combate à desertificação e à degradação da terra e a mitigação dos efeitos da seca; II - promover a articulação da Política Nacional de Combate à Desertificação e Mitigação dos Efeitos da Seca com o planejamento em âmbito nacional, regional, estadual e municipal; III - orientar, acompanhar e avaliar a implementação dos compromissos assumidos pelo Brasil com a Convenção das Nações Unidas de Combate à Desertificação e Mitigação dos Efeitos da Seca; IV - deliberar sobre as propostas advindas dos comitês e grupos de trabalho criados no âmbito da CNCD; V - estabelecer estratégias de ações de governo para o combate à desertificação e à degradação da terra e a mitigação dos efeitos da seca, com vistas ao desenvolvimento sustentável em todo o território nacional; VI - promover a construção de pactos para o combate à desertificação e à degradação da terra e a mitigação dos efeitos da seca.

Compete à CNCD: I - acompanhar e avaliar a gestão do combate à desertificação, da recuperação de áreas degradadas e da mitigação dos efeitos da seca mediante a abordagem integrada dos aspectos físicos, biológicos, socioeconômicos e culturais; II -

promover a integração das estratégias de erradicação da pobreza nos esforços de combate à desertificação e à degradação da terra e da mitigação dos efeitos da seca; III - propor ações estratégicas para o combate à desertificação e à degradação da terra e a mitigação dos efeitos da seca; IV - acompanhar e avaliar a execução do Plano de Ação Brasileiro de Combate à Desertificação e Mitigação dos Efeitos da Seca e propor providências necessárias ao cumprimento de seus objetivos, bem como apresentar propostas para o seu aperfeiçoamento; V - analisar propostas de alteração da legislação pertinente ao combate à desertificação, à recuperação de áreas degradadas e à mitigação dos efeitos da seca, bem como à Política Nacional de Combate à Desertificação e Mitigação dos Efeitos da Seca; VI - propor medidas para o cumprimento pelo poder público federal dos princípios e diretrizes para implementação da Política Nacional de Combate à Desertificação e Mitigação dos Efeitos da Seca, estimulando a descentralização da execução das ações e assegurando a participação dos setores interessados; VII - identificar a necessidade e propor a criação ou modificação dos instrumentos necessários à plena execução dos princípios e diretrizes da Política Nacional de Combate à Desertificação e Mitigação dos Efeitos da Seca; VIII - estimular a cooperação interinstitucional e internacional para a implementação dos princípios e diretrizes da Política Nacional de Combate à Desertificação e Mitigação dos Efeitos da Seca e da UNCCD no País; IX - elaborar e aprovar seu regimento interno.

A CNCD será presidida pelo Ministro de Estado do Meio Ambiente e terá sua composição e funcionamento fixados no seu regulamento. Os princípios, objetivos, diretrizes e instrumentos das políticas públicas e programas governamentais deverão compatibilizar-se com os princípios, objetivos, diretrizes e instrumentos da Política Nacional de Combate à Desertificação e Mitigação dos Efeitos da Seca, instituída pela legislação em comento.

Referência:

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 21 ed. atual.

São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 03 ago. 2015.

_____. Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 03 ago. 2015.

_____. Lei nº 9.985, de 18 de Julho de 2000. Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 03 ago. 2015.

_____. Ministério do Meio Ambiente. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/biomas/caatinga>>. Acesso em 03 ago. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 03 ago. 2015.

_____. Tribunal Regional Federal da Segunda Região. Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em 03 ago. 2015.

BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. Boletim Jurídico, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 03 ago. 2015.

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

MINAS GERAIS (ESTADO). Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em 03 ago. 2015.

MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 03 ago. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

THOMÉ, Romeu. Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. Jurid Publicações Eletrônicas, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 03 ago. 2015.

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. Jurid Publicações Eletrônicas, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 03 ago. 2015.

[2] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula

direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ag. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 03 ago. 2015.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. Boletim Jurídico, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 03 ago. 2015.

[5] MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004, p. 69.

[6] BRASIL. Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 03 ago. 2015.

[7] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense Nº 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei Nº 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à

preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 03 ago. 2015.

[8] BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007, p. 569.

[9] BRASIL. Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 03 ago. 2015.

[10] SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.20.

[11] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 77.

[12] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 4.029/AM. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Federal Nº 11.516/07. Criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. Legitimidade da Associação Nacional dos Servidores do IBAMA. Entidade de Classe de Âmbito Nacional. Violação do art. 62, caput e § 9º, da Constituição. Não emissão de parecer pela Comissão Mista Parlamentar. Inconstitucionalidade dos artigos 5º, caput, e 6º, caput e parágrafos 1º e 2º, da Resolução Nº 1 de 2002 do Congresso Nacional. Modulação dos Efeitos Temporais da

Nulidade (Art. 27 da Lei 9.868/99). Ação Direta Parcialmente Procedente. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 08 mar. 2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 03 ago. 2015.

[13] THOMÉ, Romeu. Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 116.

[14] BRASIL. Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 03 ago. 2015: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

[15] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense Nº 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei Nº 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 03 ago. 2015.

[16] BRASIL. Lei Nº. 9.985, de 18 de Julho de 2000. Regulamenta o art. 225, §1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 03 ago. 2015

[17] FIORILLO, 2012, p. 78.

[18] REBELLO FILHO, Wanderley; BERNARDO, Christianne. Guia prático de direito ambiental. Rio de Janeiro: Editora Lumen, 1998, p. 19.

[19] BRASIL. Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 03 ago. 2015.

[20] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão proferido na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 3.540. Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Necessidade de impedir que a transgressão a esse direito faça irromper, no seio da coletividade, conflitos intergeracionais - Espaços territoriais especialmente protegidos (CF, art. 225, § 1º, III) - Alteração e supressão do regime jurídico a eles pertinente - Medidas sujeitas ao princípio constitucional da reserva de lei - Supressão de vegetação em área de preservação permanente - Possibilidade de a administração pública, cumpridas as exigências legais, autorizar, licenciar ou permitir obras e/ou atividades nos espaços territoriais protegidos, desde que respeitada, quanto a estes, a integridade dos atributos justificadores do regime de proteção especial - Relações entre economia (CF, art. 3º, II, c/c o art. 170, VI) e ecologia (CF, art. 225) - Colisão de direitos fundamentais - Critérios de superação desse estado de tensão entre valores constitucionais relevantes - Os direitos básicos da pessoa humana e as sucessivas gerações (fases ou dimensões) de direitos (RTJ 164/158, 160-161) - A questão da precedência do

direito à preservação do meio ambiente: uma limitação constitucional explícita à atividade econômica (CF, art. 170, VI) - Decisão não referendada - Consequente indeferimento do pedido de medida cautelar. a preservação da integridade do meio ambiente: expressão constitucional de um direito fundamental que assiste à generalidade das pessoas. - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. Doutrina. A atividade econômica não pode ser exercida em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente. - A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a "defesa do meio ambiente" (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental considerado este em seu aspecto físico ou natural. A questão do desenvolvimento nacional (CF, art. 3º, II) e a necessidade de preservação da integridade do meio ambiente (CF, art. 225): O

princípio do desenvolvimento sustentável como fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia. - O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações. O art. 4º do Código Florestal e a Medida Provisória Nº 2.166-67/2001: Um avanço expressivo na tutela das áreas de preservação permanente. - A Medida Provisória nº 2.166-67, de 24/08/2001, na parte em que introduziu significativas alterações no art. 4º do Código Florestal, longe de comprometer os valores constitucionais consagrados no art. 225 da Lei Fundamental, estabeleceu, ao contrário, mecanismos que permitem um real controle, pelo Estado, das atividades desenvolvidas no âmbito das áreas de preservação permanente, em ordem a impedir ações predatórias e lesivas ao patrimônio ambiental, cuja situação de maior vulnerabilidade reclama proteção mais intensa, agora propiciada, de modo adequado e compatível com o texto constitucional, pelo diploma normativo em questão. - Somente a alteração e a supressão do regime jurídico pertinente aos espaços territoriais especialmente protegidos qualificam-se, por efeito da cláusula inscrita no art. 225, § 1º, III, da Constituição, como matérias sujeitas ao princípio da reserva legal. - É lícito ao Poder Público - qualquer que seja a dimensão institucional em que se posicione na estrutura federativa (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) - autorizar, licenciar ou permitir a execução de obras e/ou a realização de serviços no âmbito dos espaços territoriais especialmente protegidos, desde que, além de observadas as restrições, limitações e exigências abstratamente estabelecidas em lei, não resulte comprometida a integridade dos atributos que justificaram, quanto a tais territórios, a instituição de

regime jurídico de proteção especial (CF, art. 225, § 1º, III). Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 01 set. 2005. Publicado no DJe em 03 fev. 2006, p.14. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 03 ago. 2015.

ADPF - ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

WERA LUCIA ANTONIA PEDROSA LAMBERT: Analista de Licitações no SEBRAE-SP, superior sendo cursado em Direito para UNIP.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. OBJETO. 2.1 Preceito Fundamental. 2.2 Competência. 2.3 Procedimento. 3. PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. 4. DECISÃO E EFEITOS. 5. ANÁLISE DA ADPF 132. 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

A arguição de descumprimento de preceito fundamental está prevista no artigo 102, § 1º da Constituição Federal, que dispõe que a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente da Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

Assim, ficou firmado o entendimento que essa disposição constitucional estabelece norma de eficácia limitada, exigindo para conhecimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, a edição de lei reguladora.

Com a publicação da Lei nº 9.882/99, o dispositivo constitucional foi, finalmente, regulamentado.

2. OBJETO

Com a edição da Lei nº 9.882/99, a ADPF passou a admitir duas modalidades: a ação autônoma e a ação por equiparação.

A modalidade autônoma é o que vem expresso no caput do artigo 1º da Lei nº 9.882/99, que dispõe que “terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”. Assim, na

modalidade autônoma, a ADPF poderá ter caráter preventivo (evitar lesão a preceito fundamental) ou repressivo (reparar lesão a preceito fundamental).

A hipótese prevista no artigo 1º, parágrafo único, I, da Lei nº 9.882/99, prevê a modalidade de ADPF por equiparação dispondo que caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição. Esse caso é de divergência jurisdicional sobre norma que fere preceito fundamental.

Cabe observar que contra a Lei nº 9.882/99, foi ajuizada a ação direta de inconstitucionalidade nº 2231-8/2000, que ainda encontra-se sem julgamento e, que, portanto, deve ser acompanhada pelos candidatos.

2.1 Preceito Fundamental

Não há uma definição legal e nem jurisdicional do que seja preceito fundamental, mas, na doutrina, de uma maneira geral, entende-se que nesse conceito se incluem as normas que se nomeiam de “vigas mestres” da Constituição, tais como os princípios fundamentais dos artigos 1º a 4º, os direitos e garantias fundamentais, especialmente os do artigo 5º até o 17, os princípios sensíveis elencados no artigo 34, VII, o artigo 37, os princípios da ordem tributária e econômica.

2.2 Competência

A competência para julgamento da ADPF está estabelecida no artigo 102, § 1º da Constituição Federal de 1988, bem como no artigo 1º, caput, da Lei nº 9.882/99.

Discute-se a constitucionalidade desse dispositivo pois, a hipótese de ADPF por equiparação foi criada de forma inovadora pela Lei nº 9.882/99,

atribuindo diretamente ao Supremo Tribunal Federal, competência originária, o que deveria ter sido feito por Emenda Constitucional.

Todavia, tem-se que aguardar qual será o posicionamento a ser proferido na ADIn nº 2231-8/2000.

2.3 Procedimento

O procedimento da ADPF é muito semelhante ao da ADIN Genérica. O artigo 3º da Lei nº 9.882/99 dispõe que a petição inicial deverá conter:

I - a indicação do preceito fundamental que se considera violado;

II - a indicação do ato questionado;

III - a prova da violação do preceito fundamental;

IV - o pedido, com suas especificações;

V - se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre aplicação do preceito fundamental que se considera violado.

Neste último caso, quando se tratar de ADPF por equiparação.

Além disso, a petição inicial, que deverá ser apresentada em duas vias, e, se for subscrita por advogado, deverá ainda ser acompanhada de instrumento de mandato, conterà cópias do ato questionado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação.

Caso não sejam atendidas essas disposições, ou a petição for inepta, ou ainda, quando não for o caso de ADPF, a petição inicial será indeferida liminarmente; decisão da qual cabe agravo no prazo de cinco dias.

O artigo 5º da Lei nº 9.882/99, admite a concessão e medida liminar, no bojo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, desde que seja a decisão tomada por maioria absoluta de seus membros. Excepcionalmente, a medida liminar poderá ser concedida pelo relator, ad

referendum do Tribunal Pleno, em casos de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso.

Antes de conceder a medida liminar, o relator poderá ouvir os órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado-Geral da União ou o Procurador-Geral da República, no prazo comum de cinco dias.

De acordo com o § 3º, do artigo 5º da Lei nº 9.882/99, a liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processos ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada.

3. PRÍNCIPIO DA SUBSIDIARIEDADE

Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade no âmbito do controle concentrado.

Assim, verificando o relator que não é o caso de ADPF, porque existe outra ação do controle concentrado que seja indicada poderá indeferir a inicial, como visto acima, ou, se for o caso, poderá convertê-la em ADIn, desde que atendidos os requisitos dessa.

Uma vez, apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.

Se o relator entender necessário, poderá ouvir as partes nos processos que ensejam a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com

experiência e autoridade na matéria. Foi, por exemplo, o que aconteceu na ADPF 54 que tratava da interrupção da gravidez por anencefalia.

Poderão, ainda, ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo. A ideia aqui é obter o maior número de informações e instruir de melhor maneira possível a ação.

Decorrido o prazo das informações, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os ministros, e pedirá dia para julgamento.

O Procurador-Geral da República, nas arguições que não houver formulado, terá vista do processo, por cinco dias, após o decurso do prazo para informações, caso já não tenha sido ouvido na concessão da medida liminar.

4. DECISÃO E EFEITOS

De acordo com a Lei nº 9.882/99, a decisão na ADPF será tomada se presentes à sessão pelo menos 2/3 dos ministros, ou seja, oito ministros, sendo que terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

Uma vez julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental. Ou seja, não é necessário esperar a publicação do acórdão, a decisão será cumprida mediante a comunicação por ofício, como afirma o § 1º, do artigo 10, da Lei nº 9.882/99: “O presidente do Tribunal determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente”.

Dentro do prazo de dez dias contado a partir do trânsito em julgado da decisão, sua parte dispositiva será publicada em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União.

Assim, a decisão na ADPF terá efeitos:

- a) no tempo, ex tunc;
- b) em relação às demais pessoas, erga omnes; e,
- c) vinculante em relação ao Poder público.

O Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, pode, por voto de 2/3 dos ministros e, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. É o que se chama de modulação dos efeitos da decisão.

A decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido em arguição de descumprimento de preceito fundamental é irrecorrível, não podendo ser objeto de ação rescisória, cabendo reclamação contra o descumprimento da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na forma do seu Regimento Interno.

5. ANÁLISE DA ADPF 132.

Esta Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, arguida pela Governador do Estado do Rio de Janeiro (Art. 103 V), se dá em face da desigualdade presente entre casais “heteroafetivos” e “homoafetivos” na Constituição Federal e no Código Civil, a fim de assegurar a estes últimos, direitos iguais de União Estável, Casamento, Previdência Privada,

Assistência Médica, e entre outros benefícios reservados até então apenas a casais constituídos por homem e mulher.

Esta ADPF atende os requisitos para o pleito de tal A o, conforme o Senhor Ministro Luiz Fux explícita: *“De acordo com a teoria dos deveres de prote o, os direitos fundamentais não cuidam apenas do estabelecimento de rela es entre os indivíduos e o Estado, de modo a impor a este último, absten es ou fornecimento de presta es positivas.”* E ainda, *“Os direitos fundamentais também positivam valores eleitos por uma comunidade como nucleares, de maneira a balizar a atua o do poder político e até mesmo dos particulares, irradiando-se por todo o ordenamento jurídico”*.

Ao longo dos últimos anos a sociedade vem presenciando uma crescente necessidade para que houvesse o reconhecimento dos casais homoafetivos, como casais com direitos a serem resguardados e reconhecidos, tendo em vista os princípios da Igualdade, Proporcionalidade, Dignidade de Pessoa Humana, da Liberdade e da Segurança Jurídica previstos pela nossa Constitui o Federal de 1988 a todos os brasileiros, não havendo um porque para discrimina es e impedimentos quanto a união e reconhecimento desses casais. Ainda, a consequência de não haver leis que protegessem essas pessoas, são gerava maior discrimina o pela sociedade de modo geral, exemplo disso foram os vários casos de violência noticiados pela imprensa a pessoas que se declaravam “gays” e homossexuais”.

Como bem lembrado pelo Sr. Ministro Ayres Brito, em seu voto, o art. 3  IV de nossa lei fundamental prevê:

“Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem,

raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

Portanto não é plausível que o Estado não tome uma posição quanto a união “homoafetiva”, pois assim estaria se posicionando contra uma grande parcela de sua população, afirmando de maneira tácita, de que não há valor nessas pessoas, e que estas permanecem marginalizadas por sua Pátria, em decorrência de suas liberdades de escolha, de seu sexo, de sua dignidade como cidadão sujeito de direitos e obrigações. É vedada a discriminação, o que acarreta uma grave violação o fato de não ser permitida a união estável de casais de mesmo sexo, o que em todos os votos de forma pertinente lembraram os Ministros do Supremo Tribunal Federal.

A decisão proferida pelo STF quanto a ADPF 132, foi de reconhecê-la como ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade), está requerida anteriormente pela Procuradoria Geral da União, nos mesmo moldes. Ainda assim, ambas foram julgadas conjuntamente, tendo decisão unânime, de procedência das Ações, acarretando assim, como já vimos anteriormente, o efeito *erga omnes* e vinculante.

Conforme mencionado pela Ministra Carmem Lucia, ao lembrar Bobbio afirmou: “a época não é de conquistar novos direitos, mas tornar efetivos os direitos conquistados”, mostra o quanto ainda é preciso caminhar para que haja de fato igualdade e dignidade a todos, e que por mais que sejam óbvias e presentes as necessidades de nosso povo, a justiça ainda precisa ser guiada a ver esta realidade para assegurar que os preceitos fundamentais e a Constituição Feral como um todo, sejam de fato resguardados a todos.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

- SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.