

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 502

(ano VII)

(15/12/2015)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2015

Conselho Editorial

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

Coordenador do Direito Internacional
(AM/Montreal/Canadá): **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/Argentina): 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



15/12/2015 Rômulo de Andrade Moreira

» [A presunção de inocência e a progressão de regime: o equivocado entendimento do Supremo Tribunal Federal](#)

ARTIGOS

15/12/2015 Carolina Barreira Lins

» [Considerações sobre a existência e aplicação da lex petrolea](#)

15/12/2015 Eriberto da Silveira Barbosa Junior

» [O dano moral no Juizado Especial Cível de Macapá: reparação de um dano ou ação lucrativa?](#)

15/12/2015 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Comentários às Recomendações da UNESCO sobre a salvaguarda da Paisagem Histórica Urbana](#)

15/12/2015 Lesimônia Soares Costa

» [Movimento ambientalista nacional dos catadores de materiais recicláveis](#)

15/12/2015 Jackeline Araújo Bandeira

» [Responsabilidade civil objetiva do Estado por danos ambientais](#)

15/12/2015 Mario Silva Cabral

» [Aspectos teóricos sobre o poder familiar](#)

MONOGRAFIA

A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A PROGRESSÃO DE REGIME: O EQUIVOCADO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA: Procurador-Geral de Justiça Adjunto para Assuntos Jurídicos na Bahia. Foi Assessor Especial da Procuradoria Geral de Justiça e Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais. Ex-Procurador da Fazenda Estadual. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador - UNIFACS, na graduação e na pós-graduação (Especialização em Direito Processual Penal e Penal e Direito Público). Pós-graduado, lato sensu, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela Universidade Salvador - UNIFACS (Curso então coordenado pelo Jurista J. J. Calmon de Passos). Membro da Association Internationale de Droit Penal, da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim. Integrante, por quatro vezes, de bancas examinadoras de concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor convidado dos cursos de pós-graduação dos Cursos JusPodivm (BA), Praetorium (MG), IELF (SP) e do Centro de Aperfeiçoamento e Atualização Funcional do Ministério Público da Bahia.

O Ministro Luís Roberto Barroso, acolhendo pedido do Ministério Público Federal, determinou a regressão do regime de cumprimento de pena de um ex-Deputado Federal, que havia sido condenado na Ação Penal nº. 470, o chamado Mensalão. A decisão de determinar a regressão ao regime fechado foi tomada pelo Ministro diante da prática de suposto crime doloso pelo sentenciado (já que não houve ainda sentença transitada em julgado), no curso da execução penal.

O ex-parlamentar foi condenado pela Justiça Federal à pena 20 anos e 7 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro investigados na operação Lava-Jato.

Na primeira Ação Penal (Mensalão), ele foi condenado pelo Supremo Tribunal Federal a uma pena de 7 anos e 2 meses de reclusão por corrupção passiva e lavagem de dinheiro, em regime inicial semiaberto.

No pedido feito na Execução Penal nº. 16 (referente ao Mensalão), o Ministério Público Federal explicou que o requerido foi denunciado no âmbito da Lava-Jato por condutas delituosas praticadas até março de 2014. Assim, com base no art. 118, I, da Lei de Execução Penal (Lei nº. 7.210/84), tendo em vista a prática de fato definido como crime doloso no curso de execução penal, o Ministério Público pediu a regressão de regime.

Em sua (equivocada) decisão, o Ministro explicou que o ex-parlamentar começou a cumprir, em dezembro de 2013, a pena imposta pelo Supremo Tribunal Federal e teve posteriormente prisão preventiva decretada pelo Juízo da 13ª. Vara Federal de Curitiba, em decorrência de crimes supostamente cometidos entre 2010 e 2014. A nova condenação ocorreu em outubro deste ano.

Em razão dessas circunstâncias, o Ministro afirmou que “a *jurisprudência do Supremo consolidou o entendimento de que a regressão de regime pela prática de fato definido como crime doloso, durante a execução da pena, não depende do trânsito em julgado da condenação*”, decretando, outrossim, a perda de um sexto dos dias remidos, além de revogar os benefícios do trabalho externo e da saída temporária.

Tudo errado!!!

Claro que o art.118, I, da Lei de Execução Penal (Lei nº. 7.210/84) estabelece que a execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva quando o "reeducando" (como se isso fosse possível em sede de execução penal no Brasil) praticar fato definido como crime doloso. Obviamente, que este artigo, interpretado à luz da Constituição Federal e, especialmente, confrontado com o princípio da presunção de inocência (art. 5º., LVII), deve ser interpretado da seguinte maneira: o fato definido como crime doloso deve estar certificado por uma decisão judicial

não mais sujeita a recurso, ou seja, o fato deve estar definitivamente provado, ao menos do ponto de vista processual.

Não se pode pretender que, antes de uma sentença transitada em julgado, alguém seja onerado por conta da suposta prática de um crime, pois, do contrário, fere-se o referido princípio da presunção de inocência, bem explicitado por Aury Lopes Jr., como *“um princípio fundamental de civilidade, fruto de uma opção protetora do indivíduo, ainda que para isso tenha-se que pagar o preço da impunidade de algum culpável, pois sem dúvida o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos”*.^[1]

Devemos atentar que a Lei de Execução Penal é anterior à Constituição de 1988 e a um regime político democrático. Naquele contexto histórico, portanto, fácil era entender uma disposição legal como o art. 118, I, presumindo-se a culpabilidade ou a periculosidade do réu.

Interpreta-se as leis ordinárias em conformidade com a Carta Magna, e não o contrário! A Constituição Federal *“não só submete o legislador ordinário a um regime de estrita legalidade, como ainda subordina todo o sistema normativo a uma causalidade constitucional, que é condição de legitimidade de todo o imperativo jurídico. A conformidade da lei com a Constituição é o lastro causal que a torna válida perante todos.”*^[2]

Logo, as leis anteriores devem ser interpretadas em conformidade com a nova ordem constitucional, conformando-as com a Constituição. Ao tempo em que foi inserida em nosso sistema jurídico, a lei traduzia, em verdade, o momento histórico em que vivia o País. O excelente Goldshimidt já afirmava (Problemas Jurídicos e Políticos del Proceso Penal) que a estrutura do processo penal de um País indica a força de seus elementos autoritários e liberais.^[3]

Devemos, então, buscar abrigo neste elemento histórico, acomodando a lei às *“novas circunstâncias não previstas pelo legislador”*,

especialmente aos “*princípios elevados a nível constitucional*”^[4] e interpretando este artigo tendo em vista o princípio da presunção de inocência, exigindo, então, que o crime doloso esteja certificado por uma sentença transitada em julgado. Obviamente, não é o caso de, simplesmente, reconhecer inválido o artigo de lei. A nós nos parece ser possível interpretá-lo em conformidade com o texto constitucional, sem que se o declare inválido e sem “*ultrapassar os limites que resultam do sentido literal e do contexto significativo da lei.*”^[5]

Se verdade é que “*por detrás da lei está uma determinada intenção reguladora, estão valorações, aspirações e reflexões substantivas, que nela acharam expressão mais ou menos clara*”, também é certo que “*uma lei, logo que seja aplicada, irradia uma acção que lhe é peculiar, que transcende aquilo que o legislador tinha intentado. A lei intervém em relações da vida diversas e em mutação, cujo conjunto o legislador não podia ter abrangido e dá resposta a questões que o legislador ainda não tinha colocado a si próprio. Adquire, com o decurso do tempo, cada vez mais como que uma vida própria e afasta-se, deste modo, das ideias dos seus autores*”: teoria objetivista ou teoria da interpretação imanente à lei.^[6]

A interpretação literal efetivamente deve ser o início do trabalho, mas não o completa satisfatoriamente.^[7]

Como ensina Miguel Reale, “*a norma é sempre momento de uma realidade histórico-cultural, e não simples proposição afirmando ou negando algo de algo. Se a regra jurídica não pode ser entendida sem conexão necessária com as circunstâncias de fato e as exigências axiológicas, é essa complexa condicionalidade que nos explica por que uma mesma norma de direito, sem que tenha sofrido qualquer alteração, nem mesmo uma vírgula, adquire significados diversos com o volver dos anos, por obra da doutrina e da jurisprudência. É que seu sentido autêntico é dado pela estimativa dos fatos, nas circunstâncias em que o intérprete se encontra. Dizemos, assim, que uma regra ou uma norma, no seu sentido autêntico, é a sua interpretação nas circunstâncias históricas e sociais em que se encontra no momento o intérprete. Isto não quer dizer que sejamos*

partidários do Direito Livre. Assim, o Juiz não pode deixar de valorar o conteúdo das regras segundo tábua de estimativas em vigor no seu tempo. O reajustamento permanente das leis aos fatos e às exigências da justiça é um dever dos que legislam, mas não é dever menor por parte daqueles que têm a missão de interpretar as leis para mantê-las em vida autêntica.”^[8]

Carlos Maximiliano, a propósito: *“Em se tratando de normas formuladas por gerações anteriores, o juiz, embora dominado pelo intuito sincero de lhes descobrir o sentido exato, cria, malgrado seu, uma exegese nova, um alcance mais amplo, consentâneo com a época. Ante a imobilidade dos textos o progresso jurídico se realiza graças à interpretação evolutiva, inspirada pelo progredir da sociedade.”*^[9]

Por evidente que *“las leyes son e deben ser la expresión más exacta de las necesidades actuales del pueblo, habida consideración del conjunto de las contingencias históricas, en medio de las cuales fueron promulgadas.”*^[10]

Para finalizar, recorremos, mais uma vez, a Larenz:

“Mediante a interpretação ‘faz-se falar’ o sentido disposto no texto, quer dizer, ele é enunciado com outras palavras, expressado de modo mais claro e preciso, e tornado comunicável. A esse propósito, o que caracteriza o processo de interpretação é que o intérprete só quer fazer falar o texto, sem acrescentar ou omitir o que quer que seja. Evidentemente que nós sabemos que o intérprete nunca se comporta aí de modo puramente passivo.”^[11]

Notas:

^[1] O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 5.

^[2] Marques, José Frederico, Elementos de Direito Processual Penal, Vol. I, Campinas: Bookseller, 1998, p. 79.

[3] Para Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, “*nunca foi tão importante estudar os Goldschmidt, mormente agora onde não se quer aceitar viver de aparências e **imbrogli** retóricos.*” (O Núcleo do Problema no Sistema Processual Penal Brasileiro, Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº. 175, junho/2007, p. 12).

[4] “*Estes são, sobretudo, os princípios e decisões valorativas que encontram expressão na parte dos direitos fundamentais da Constituição, quer dizer, a prevalência da ‘dignidade da pessoa humana’ (...), a tutela geral do espaço de liberdade pessoal, com as suas concretizações (...) da Lei Fundamental.*” (Larenz, Karl, Metodologia da Ciência do Direito, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª. ed., 1997, p. 479).

[5] **Idem**, p. 481

[6] **idem, ibidem**, p. 446.

[7] “*Toda a interpretação de um texto há-de iniciar-se com o sentido literal*” (**idem**, p. 450).

[8] Filosofia do Direito, São Paulo: Saraiva, 7ª. ed., 1975, pp. 508 e ss.

[9] Hermenêutica e Aplicação do Direito, Rio de Janeiro: Forense, 1961, 9ª. ed., pp. 122 e ss.

[10] Fiore, Pascuale, De la Irretroactividad e Interpretación de las Leyes, Madri: Reus, 1927, p. 579 (tradução do italiano para o espanhol de Enrique Aguilera de Paz).

[11] Ob. cit., p. 441.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A EXISTÊNCIA E APLICAÇÃO DA LEX PETROLEA

CAROLINA BARREIRA LINS: Procuradora Federal. Formada em Direito pela Faculdade de Direito da UERJ (Graduação em 2005) Pós Graduação em Direito Previdenciário pela Universidade Anhanguera - UNIDERP. Rede de Ensino Luis Flávio Gomes (de setembro de 2009 a agosto de 2010) Procuradora Federal junto à Agência Nacional do Petróleo- RJ, desde 2011. Procuradora Federal junto ao Instituto Social de Seguridade Social em Umuarama- PR, de 11/2008 a 05/2011 Ex Procuradora do Município de Nova Iguaçu- RJ, de 08/2008 a 10/2008 Ex Advogada do BNDES, de 04/2008 a 07/2008 Ex Advogada da PETROBRAS (Petróleo Brasileiro S.A), de 11/2006 a 03/2008

1. Introdução

A conhecida obra do autor Alfredo de Jesus, *“The Prodigious Story of the Lex Petrolea and the Rhinoceros”* [1] propõe a realidade da prática legal que se instituiu na indústria transnacional do petróleo no século 21, em seus contratos, e métodos de resolução de conflitos, a denominada Lex Petrolea. No referido texto, que merece leitura por seu conteúdo e originalidade, ordens legais são metaforicamente representadas através de rinocerontes, em analogia aos rinocerontes criados pelo artista Salvador Dalí.

Com essa metáfora, o texto explica que a visão que se possa ter em relação à existência, conteúdo e eficácia da Lex Petrolea depende, em grande medida, da percepção da dinâmica da moderna ordem mundial, sua economia e sua regulação. A visão do autor é de que, na ausência de um Governo Mundial, a regulação transnacional é uma forma autônoma e setorial de governança mundial.

Ainda, na ausência de uma Democracia Mundial, Alfredo de Jesus entende que a legitimidade do sistema e de suas regras deve ser encontrado na sua aceitação por parte dos membros da sociedade transnacional do petróleo. Esta aceitação pode ser observada, por exemplo, pelos esforços da indústria de petróleo e gás para produzir

regras através de modelos de contratos, códigos de conduta, orientações e para estabelecer as melhores práticas e padrões internacionais, a serem incorporadas nos contratos e aplicadas pelos tribunais arbitrais.

A ideia de aceitação da existência e eficácia da *Lex Petrolea*, com a qual compartilho, é um caminho natural da transnacionalização da indústria do petróleo. A teoria será melhor explicada a seguir.

2. Origens

O comércio internacional é regido pelas práticas comerciais internacionais desenvolvidas ao longo do tempo, consolidando-se como uma legislação comercial internacional, conhecida como *Lex Mercatoria*. Assim, a *Lex Mercatoria* se consubstancia “(n) o primado dos usos no comércio internacional, se materializando também por meio dos contratos e cláusulas-tipo, jurisprudência arbitral, regulamentação de profissionais elaboradas por suas associações representativas e princípios gerais comuns às legislações dos países” [2].

Segundo José Maria Garcez, a *Lex Mercatoria* se traduziria pela constante institucionalização das normas disciplinadoras do comércio internacional, originada de um sistema de forças consuetudinárias, convencionais, jurisprudenciais e arbitrais desenvolvidas por uma miríade de organizações desvinculadas das estruturas estatais em geral voltadas para a prestação de serviços de arbitragem internacional [3].

Tratando –se da indústria do petróleo, pode –sedizer que sua internacionalização se deu quando as companhias passaram a exportar o óleo dos países produtores, criando assim um mercado internacional para o produto [4]. As economias dos países avançados industrial e tecnologicamente tornaram-se dependentes do petróleo, tendo em vista a necessidade de fontes de energia e sua escassez. O comércio realizado na indústria do petróleo inclui diversos agentes, nacionais e internacionais, tais como as corporações multinacionais (Internacional Oil

Companies – IOC), países hospedeiros (Host Oil Countries – HOC), companhias estatais (National Oil Companies – NOC) e outros participantes como agência governamental (no caso do Brasil, a ANP – Agência Nacional do Petróleo), organizações não-governamentais e o próprio governo, que normalmente tem a propriedade do recurso natural[5].

Assim, o termo *Lex Petrolea* entrou no léxico legal e na indústria internacional de óleo e gás há mais de um quarto de século, surgindo pela primeira vez em um caso paradigmático de arbitragem, o caso ARAMCO v. Arábia Saudita, de 1958, que concluiu pela existência de uma lei consuetudinária válida para a indústria do petróleo, que seria um ramo da geral e universal *Lex Mercatoria*[6].

Tim Martin[7] sustenta que a *Lex Petrolea* se desenvolveu ao longo dos anos, alargando seu escopo e abrangendo outros fóruns, além das disputas decididas na arbitragem internacional e dos casos decididos pelas cortes nacionais. Logo, a *Lex Petrolea* também passou a envolver, por exemplo, a legislação sobre petróleo, os contratos e as práticas da indústria baseadas nesses modelos contratuais.

3. Aplicação

A *Lex Petrolea* se revela principalmente nos contratos-tipo e na jurisprudência arbitral[8].

Contratos- modelo ou contratos- tipo pretendem padronizar as expressões utilizadas comumente em contratos e são utilizados por diversas indústrias, com ênfase no mercado de *commodities*. Assim tem-se, por exemplo, no caso de grãos e fibras, os contratos GAFTA (Grain and Feed Trade Association), no caso do algodão, os contratos ICA (International Cotton Association) e, no Brasil, no caso específico da soja, os contratos ANEC (Associação Nacional dos Exportadores de Cereais)[9]. Da mesma forma na indústria do petróleo fortaleceu-se o uso de contratos

modelos ou contratos- tipo, que são reconhecidos internacionalmente, tais como o contrato de concessão, o contrato de partilha, o acordo de participação e o contrato de serviço.

Ademais, a *Lex Petrolea* é comumente estabelecida através das decisões sobre disputas internacionais nos setores de óleo e gás, já que é aí que os contratos, as legislações e os tratados que afetam a indústria do petróleo são testados e interpretados[10]. A arbitragem adotada na indústria do petróleo segue o modelo da cláusula compromissória da AIPN (*Association of International Petroleum Negotiators*) e possui ampla tradição jurisprudencial. A *Lex Petrolea* teria aplicação nos contratos internacionais, notadamente, quando estes admitirem sua submissão aos princípios gerais do direito e às boas práticas da indústria do petróleo.

Diferentemente da maioria de cortes nacionais, o mundo da arbitragem internacional não está vinculada a precedentes, apesar de os árbitros tomarem suas decisões em um contexto, e não no vácuo. Uma vez que os advogados usam casos precedentes para construir seus argumentos e defender suas causas e os árbitros referem-se aos casos precedentes para fundamentar suas decisões, a *Lex Petrolea* foi se desenvolvendo com base nas práticas dos tribunais[11].

A *Lex Petrolea* não é feita de decisões unanimemente aceitas pela comunidade internacional e estão longe de ser algo semelhante ao que ao sistema da *Common Law* chama de '*blackletter law rule*', ou seja, normas genericamente bem estabelecidas e não mais sujeitas a discussão. Porém, deve-se reconhecer que um imenso progresso foi feito nos últimos 25 anos, de forma que normas claras se desenvolveram sobre algumas questões, enquanto sobre outras, ao menos alguns parâmetros e limites foram fixados.

A construção da *Lex Petrolea* serve para instruir e, de certa forma, regular a indústria internacional do petróleo[12]. Portanto, mesmo quando um acordo arbitral opta por aplicar a lei nacional para resolver as questões de mérito, os princípios da *Lex Petrolea* devem ser

considerados. No caso ARAMCO v. Arábia Saudita, de 1958, entendeu-se que a lei nacional aplicável ao caso deveria ser interpretada e complementada pelos princípios gerais do direito, pelos costumes e pelas boas práticas da indústria do petróleo.

Mais tarde, em 1982, no caso Kwait v. AMINOIL, o governo apresentou como argumento um conjunto de decisões arbitrais proferidas em litígios da indústria petrolífera que teria originado a *Lex Petrolea*, como uma especialização da *Lex Mercatoria*. Os laudos arbitrais são importante fonte da *Lex Petrolea*, bem como seu principal campo de incidência. Diversos são os precedentes onde ela foi reconhecida como aplicável ao mérito da controvérsia, tanto de forma exclusiva, como subsidiária.

No caso Sapphire International Petroleum v. NIOC, os árbitros fundamentaram sua decisão de aplicação da *Lex Petrolea* à composição do litígio com base nos princípios da boa-fé e da cooperação entre as partes para identificar o conjunto de regras a reger o contrato em questão, afastando a lei nacional do Estado hospedeiro. No caso British Petroleum (BP) v. Líbia, os árbitros aplicaram a *Lex Petrolea* subsidiariamente para preencher as lacunas do direito líbio[13].

Portanto, o fato de a *Lex Petrolea* possuir um caráter transnacional, não se vinculando a nenhum ordenamento jurídico nacional e constituindo em práticas internacionalmente aceitas, o que justifica sua aceitação geral, tanto por Estados hospedeiros, como das empresas transnacionais atuantes no setor[14].

4. Conclusão

Retornando ao texto de Alfredo de Jesus, a *Lex Petrolea*, a ordem legal da sociedade transnacional do petróleo, pode ser representada por um rinoceronte similar ao rinoceronte que representa a *Lex Mercatoria*, pois passaram pelos mesmos caminhos, ultrapassando antigos paradigmas que não mais serviam às necessidade e interesses de seu

tempo e reconhecendo a validade de suas próprias normas, específicas e autônomas.

Por fim, a *Lex Petrolea* é uma ordem legal espontânea, criada pelos próprios players da indústria transnacional do petróleo, sob a crença do interesse comum de tornar a exploração e produção do petróleo viável e lucrativa, o que cria um solidarismo entre eles e encoraja a criação de um conjunto de normas especialmente designado para governar não apenas seus próprios contratos, mas também servem ao interesse da sociedade transnacional do petróleo[15]. Na autonomia dessas normas, tanto em razão sua origem consensual quanto em razão de seu conteúdo, repousa, portanto, sua legitimidade.

Notas:

[1] A. DE JESÚS O. “The Prodigious story of the Lex Petrolea and the Rhinoceros. Philosophical Aspects of the Transnational Legal Order of the Petroleum Society”, in *TPLI Series on Transnational Petroleum Law*, Vol. 1, nº1, 2012.

[2] ALVES, C.M.B.B de C.C; MARINHO, C.A.M; VASSALLO, J.G de H. LEX PETROLEA: O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO NA INDÚSTRIA DO PETRÓLEO. 4º PDPETRO, Campinas, 21-24 de Outubro de 2007. P.3. Disponível em http://www.portalabpg.org.br/PDPetro/4/resumos/4PDPETRO_8_2_0143-3.pdf. Data de Acesso: 24.11.2015

[3] GARCEZ, José Maria Rossani. *Contratos Internacionais Comerciais*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 20.

[4] ALVES, Clarissa Maria Beatriz Brandão de C.C., *op cit., loc cit.*

[5] *Ibid* p.4

[6] Tim Martin ‘*Lex petrol ea* in international law’ in Ronnie King, *Dispute Resolution in the Energy Sector: A Practitioner’s Handbook* (Globe Law and Business 2012) p. 95.

[7] Idem

[8] ALVES, Clarissa Maria Beatriz Brandão de C.C., *op cit.* p.4

[9] FAVACHO, Frederico. A gestão de conflitos em contratos internacionais do petróleo. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 18 – jul./dez. 2011. P.255. Disponível em <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-18/RBDC-18-243>
Artigo Frederico Favacho (A Gestao de Conflitos em Contrato s Internacionais do Petroleo).pdf

[10] Ibid. p. 96

[11] Tim Martin., *loc. cit., op cit.*

[12] Albert Jan Van den Berg, *Yearbook Commercial Arbitration 1994 Vol. XIX Vol. XIX* (Kluwer Law International 1994).

[13] FAVACHO, Frederico., *op.cit.*, p.261

[14] ALVES, Clarissa Maria Beatriz Brandão de C.C ., *op. cit.*, p.4

[15] A. DE JESÚS O., *op. cit.*, p.49

O DANO MORAL NO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL DE MACAPÁ: REPARAÇÃO DE UM DANO OU AÇÃO LUCRATIVA?

ERIBERTO DA SILVEIRA BARBOSA JUNIOR:
Acadêmico de Direito na Faculdade Estácio de Macapá.

Resumo: O presente trabalho está ligado diretamente a responsabilidade civil, com enfoque ao dano moral à luz dos juizados especiais sob os princípios constitucionais, no que tange a dignidade da pessoa humana e a banalização do instituto. Dentre estas perspectivas doutrinarias temos que o dano moral é uma agressão aos objetos extrapatrimoniais. É especialmente uma violação ao direito da dignidade não somente de uma dor intensa, um vexame, um sofrimento ou uma humilhação, mas tudo que foge à normalidade e interfere no comportamento psicológico, moral e intelectual do indivíduo. O objetivo do projeto é apontar as causas que contribuem para a banalização do instituto danos morais nos Juizados Especiais Cíveis de Macapá. A metodologia utilizada foi o hipotético dedutivo, baseando-se em doutrinas e pesquisas. O resultado esperado é o esclarecimento dos fatores que propulsionam a demanda nos juizados especiais, no que corresponde ao pedido de danos morais.

Palavra-chave: Responsabilidade civil. Dano moral. Juizado especial.

Abstract: This work is linked directly to civil liability, focusing the Moral damage in the light of special courts under the constitutional principles with respect to human dignity and the trivialization of the institute. Among these doctrinal perspectives we have the moral damage is an assault on off-balance sheet objects. It is especially a violation of the right of dignity not only of intense pain, an embarrassment, suffering or humiliation, but all flee to normal and

interferes with the psychological behavior, moral and intellectual individual. The project's goal is to point out the causes that contribute to the trivialization of the institute punitive damages in Special Courts Civil Macapa. The methodology used was deductive hypothetical, based on doctrines and research. The expected result is the clarification of the factors that propel demand in special courts, as corresponds to the claim for damages.

Keyword: Liability. Moral damage. Special court.

Sumário: Introdução. 1 Responsabilidade Civil. 1.1. Funções da Responsabilidade Civil. 2. Dano moral. 2.1. Quantificação do dano moral. 3. O dano moral nos Juizados Especiais. 3.1. Assistência jurídica gratuita. 4. A banalização do dano moral em Macapá. 5. A subjetividade do Juiz. Conclusão. Referências.

Introdução

Este artigo foi elaborado com o intuito de abordar a seguinte temática: o processo como pedidos de reparação de dano moral submetido ao Juizado Especial, corresponde à uma real reparação de um dano ou à uma ação lucrativa? Embora a preocupação de se compensar a vítima pelo dano sofrido seja antiga, sua inserção como garantia é recente. Felizmente, este direito agora é consagrado, bastante utilizado, e surgem novas medidas para não se permitir que a vítima de ato ilícito deixe de ser ressarcida do prejuízo que lhe é causado. Indenizar vai muito além do quê reparar o dano material, a legislação evoluiu e garantiu a partir da Constituição Federal de 1988, a indenização aos danos extrapatrimoniais, nascendo o dano moral. Como afirma Cavalieri Filho (2012, p. 2): “a violação de um dever jurídico configura o ilícito, que, quase sempre, acarreta um dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano”.

A questão é que a indenização por danos morais não tem a mesma função reparadora do dano material. A função da indenização por este dano é o de compensação, pois tem o fim de amenizar o sentimento ruim experimentado pela vítima em face da ação ou omissão do causador, de caráter punitivo e de desmotivação social da conduta lesiva, para que não se repita o fato danoso. Mas, a sua alegação deve sempre ser pautada em fatos que realmente demonstre o dano.

E sob essa perspectiva, desenvolveu-se este estudo baseado nas seguintes problemáticas: quais as causas de banalização do instituto dano moral e qual a dificuldade do magistrado para sentenciar ação de dano moral? A grande questão está relacionada a distinção do que é de fato dano moral por parte da sociedade, onde a demanda tem aumentado em função deste direito extrapatrimonial. E utilizando o método de pesquisa hipotético dedutivo em doutrinas e autores que escreveram sobre o instituto dano moral, bem como, análise de jurisprudências combinadas com pesquisas.

1 Responsabilidade Civil

O tema central deste artigo é o dano moral, no entanto, para entendermos esse instituto é necessário adentrarmos em responsabilidade civil. E de acordo com Gagliano e Pamplona Filho (2015), mencionam que etimologicamente a palavra responsabilidade tem sua origem no verbo latino *respondere*, responder à alguma coisa, obrigação de assumir com as consequências jurídicas de sua ação, ou seja, a responsabilidade é um dever sucessivo em virtude de uma atividade ilícita, onde este tem por obrigação reparar o dano.

“Noção jurídica de responsabilidade civil pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando a priori ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual),

subordinando-se dessa forma, as consequências do seu ato (obrigação de reparar).” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2015, p.53)

Tratamos então a responsabilidade civil como fundamentação teórica do dano tomando como base os elementos da responsabilidade civil, considerado pelos renomados doutrinadores Gagliano e Pamplona Filho (2015, p. 69), onde mencionam que “os pressupostos básicos da responsabilidade em geral são: a) conduta humana (positiva ou negativa); b) dano ou prejuízo; c) o nexo de causalidade”.

Sobre o pressuposto conduta humana, ela pode ser positiva, ou seja, movimento corpóreo comissivo; ou negativa, restando na omissão de não agir como deveria. Esse elemento “conduta” é o comportamento humano expressado através da ação ou omissão, onde a mesma corresponde à parte física e a voluntariedade é a parte psicológica, tendo como fundamentação desta conduta o Art. 186 da Lei. 10406/02, “aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Temos o dano, este elemento da responsabilidade civil que é indispensável para configuração. Como consequência da conduta humana, o dano deve ser efetivamente demonstrado, sua ocorrência indispensável para o dever de reparação, pois sem prejuízo não há responsabilidade, neste sentido manifesta-se o jurista Cavalieri Filho (2012) que ressalta o dano como “o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem ressarcimento, se não houvesse o dano”.

Temos dois tipos de danos: o extrapatrimonial (moral) e o dano material. Este último diretamente ligado ao patrimônio da vítima. Sendo que a alegação deve ser devidamente comprovada em ambos os casos.

Como último pressuposto temos o nexo de causalidade, que leva em consideração a conduta humana, que pode ser positiva ou negativa, e o resultado que é o dano propriamente dito experimentado pela vítima, onde sem este elo, não há de se falar em responsabilidade e reparação. Sendo assim, é imprescindível a ligação entre a conduta humana ou comportamento do agente e o dano. Segundo Brito (2011) “Para o ato ilícito ser fonte da obrigação de indenizar é preciso uma relação de causa e efeito entre o ato (fato) e o dano. A essa relação chama-se nexo causal”.

Na ausência de qualquer destes pressupostos, não há de se falar em responsabilidade civil. E, por conseguinte, não existe a possibilidade de reparação de dano.

1.1 Funções da Responsabilidade Civil

Neste ramo da responsabilidade civil, esta se volta para a vítima, onde de forma a se compensar pelo mal sofrido, bem como, impor uma sanção ao agente de forma que desestimule o mesmo a não praticar mais ofensas a outrem, mantendo sempre um equilíbrio entre a sanção, para que não seja considerada enriquecimento ilícito para a vítima e que não seja injusta com o autor ou responsável. Neste sentido, Nader (2015, p.17) menciona “que a função primordial da responsabilidade civil é de restaurar o equilíbrio das relações sociais, no limite do possível; é de natureza reparatória”.

Uma das principais funções da responsabilidade é a compensatória, como o próprio nome já diz, o intuito é a reparação do dano causado de forma abrangente, com o objetivo em devolver a vítima para o *status* em que se apresentava, o mais próximo possível, antes da ofensa aos seus direitos.

“A responsabilidade civil visa, precipuamente, ao ressarcimento da lesão sofrida pelo ofendido; com ao retorno ao *statu quo ante*, seguindo-se o *principio da, restitutio in integrum*. A indenização

pecuniária se justifica quando o tipo de dano causado não comporta aquela reparação, como se verifica nos danos de natureza moral ou quando a coisa é destruída.” (NADER, 2014, p.14)

Neste aspecto a reponsabilidade preocupa-se não somente em reparar o dano, mais também em cessar a sua ocorrência. Assim, se tem a função preventiva de inibir a atividade danosa do agente, como dispõe o jurista:

“Aqui, uma função preventiva da Responsabilidade Civil nada mais seria do que uma medida de cunho procedimental, pela qual o magistrado poderá ordenar a imediata cessação da conduta que produz o risco. Essa tutela inibitória sequer precisa estar em conexão com uma demanda de reparação, podendo ser requerida de forma independente, em ação de obrigação de fazer ou não fazer.” (LEVY, 2012, p.156)

O proposito desta é de impor uma sanção negativa ao agressor, seja ela de caráter pecuniário (indenização) ou obrigação de fazer, de forma que, a conduta a *priori* ilícita, não volte a ocorrer, tendo em vista que estas são reprovados pela sociedade, ou seja, esta tem caráter pedagógico sobre aquele que responde pelo ato ilícito.

“Entre nós, a função punitiva da Responsabilidade Civil tem sido canalizada pela ampliação interpretativa do dano moral, que passou a abranger uma compensação destinada não apenas a tentar suprir a violação aos direitos da personalidade da vítima, mas também a desestimular a conduta ofensiva do agente. É o caráter de desestímulo do dano moral que, no

Brasil, tem refletido essa função da disciplina.”
(LEVY, 2012, p. 67)”

No que tange as funções da responsabilidade, observa-se que as supracitadas funções atuam sempre que possível em conjunto, preocupando-se sempre em manter o equilíbrio nas relações de convivência, bem como, garantindo os direitos da sociedade de modo em geral.

2 Dano moral

O sustentáculo deste artigo é o dano moral, tendo em vista que a sociedade ainda não utiliza este instituo de forma correta, que é da paz social resguardando a dignidade da pessoa humana, garantido o seu direito a honra, pois nos dias atuais a sociedade não sabe distinguir essa ofensa de mero dissabor. Neste sentido esclarece o autor:

“Muitos doutrinadores consideram árdua a tarefa de separar o joio do trigo, isto é, delimitar, diante do caso concreto, o que vem a ser dissabores normais da vida em sociedade ou danos morais. Essa questão é das mais temerosas exatamente por não existirem critérios objetivos definidos em lei, de modo que o julgador acaba por buscar supedâneo na doutrina e na jurisprudência para aferir a configuração ou não do dano moral. O que precisa haver na avaliação do dano moral é prudência e bom senso, para que se possa, considerando o homem médio da sociedade, ver configurada ou não a lesão a um daqueles bens inerentes a dignidade humana de que a Constituição nos fala.” (MELO, 2012, p. 105)

Considerando que este direito não é algo palpável, sendo esta uma dificuldade de distinção do dano moral, haja vista, que o norteador para identificar este direito está assegurado na Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, inciso III, que se refere ao princípio da dignidade da pessoa humana e sua personalidade, onde este princípio diz respeito a honra, auto estima, imagem, reputação, pois, dignidade nada mais é que a base de todos os valores morais. E neste sentido:

“O dano moral consiste na lesão de direito cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2015, p. 107)

Assim, a violação à dignidade da pessoa humana não se configura em qualquer aborrecimento do cotidiano. Mas, na agressão que vai de encontro com os valores morais da vítima. Do mesmo modo, a lesão deve configurar de tamanha gravidade, que justifique a indenização, a fim de reparar o dano, bem como, a sanção deve exercer sua função de modo a desestimular o autor a não praticar tal ato.

Consagrado na Constituição Brasileira de 1988, onde encerrou as especulações sobre a possibilidade de reparação do dano exclusivamente moral, trazendo em seu artigo 5º a previsão legal para garantir os direitos individuais do cidadão, traz o seguinte contexto:

Art. 5º.

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação;

Desde eu reconhecimento constitucional, o instituto dano moral passou a ser valorado pelos aplicadores do direito, tendo em vista que este reconhecimento abriu caminhos para a sociedade pleitear indenizações ao ato ilícito de caráter exclusivamente moral, devidamente fundamentado na carta magna.

Assim como a Constituição Federal, o Código Civil Brasileiro de 2002, ratificou a fundamentação para a busca de uma reparação de danos morais. O grande avanço deste código foi a expressão “exclusivamente moral”, pois não deixou dúvidas quanto a este direito.

O artigo 186 do Código Civil Brasileiro de 2002 positivou este direito extrapatrimonial, não deixando qualquer dúvida sobre a existência deste direito, o que já estava presente na constituição brasileira, em seu artigo 5º, que trata de direito e garantias fundamentais, apresentando a seguinte redação:

“Art. 186 - Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direto e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Os danos morais se classificam em direto e indiretos, e tem como requisito básico para distinção das mesmas a relação de causa entre o dano e o fato. O dano direto ocorre quando uma conduta que vai de encontro ao: direito da personalidade, dos

valores e a dignidade da pessoa humana, à vida, à integridade psíquica, aos sentimentos afetivos, à liberdade, à honra, ao decoro, intimidade e à imagem. Como menciona Gagliano e Pamplona Filho (2015, p.119), onde afirma que “o primeiro se refere à uma lesão específica de um direito extrapatrimonial, como os direitos a personalidade”.

Sendo o dano indireto aquele que “ocorre quando há uma lesão específica a um bem ou interesse de natureza patrimonial, mas que, de modo reflexo, produz um prejuízo na esfera extrapatrimonial” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2015, p. 119). Esta modalidade de dano, se diferencia do direto, pois este ocorre quando uma violação ao direito patrimonial se estende à natureza moral.

2.1 Quantificação do dano moral

Conforme exposto, a indenização por danos morais é uma forma de compensar a vítima do mal injustamente sofrido de forma que o valor recebido possa proporcionar a vítima uma amenização a dor. Mas, compensar alguém por um mal sofrido precisa ser muito bem avaliado, a fim da indenização arbitrada possa efetivamente exercer o seu papel, nem tão irrisória nem tão elevada, apenas justo. Cavalieri comenta:

“Uma das objeções que se fazia à reparabilidade do dano moral era a dificuldade para se apurar o valor desse dano, ou seja, para quantificá-lo. A dificuldade, na verdade, era menor do que se dizia, porquanto em inúmeros casos a lei manda que se recorra ao arbitramento (Código Civil de 1916, art. 1.536, § 1º, arts. 950, parágrafo único, e 953, parágrafo único, do Código de 2002). E tal é o caso do dano moral. Não há, realmente, outro meio mais eficiente para se fixar o dano moral a não ser pelo arbitramento judicial.

Cabe ao juiz, de acordo com o seu prudente arbítrio, atentando para a repercussão do dano e a possibilidade econômica do ofensor, estimar uma quantia a título de reparação pelo dano moral”. (CAVALIERI FILHO, 2012, p.103)

Quantificar o valor a ser pago ao ofendido pela ofensa sofrida não parece ser uma tarefa fácil, especialmente no que tange ao dano moral, pois não há como fazer uma real equivalência da dor ou vexame sofrido pelo valor a ser pago.

A indenização deve considerar o critério básico de sua função, que é de devolver à vítima o seu estado anterior, o que, devido a peculiaridade do dano moral, certamente não é possível, pois não há como indenizar uma vítima de danos morais restituindo-lhe a condição anterior. É algo incabível. Pois, não há como voltar ao passado, apagando da memória do lesado os efeitos do mal injusto sofrido.

A questão da indenização do dano moral é fixar um valor de forma que este exerça ao mesmo tempo a função compensatória e punitiva adequadamente. Ainda que não haja na Constituição Federal um limite estabelecido para a aplicação da indenização por danos morais, o papel do magistrado é fundamental, deve este sentenciar aplicando o princípio da razoabilidade, investindo-se na condição de árbitro, sem desprezar os parâmetros sugeridos pelas partes, adotar critérios para fixação do valor do dano de acordo com a sua consciência e noção de equidade, observando o que preconiza o Código Civil de 2002, de forma que o valor seja o mais próximo possível do justo, ou, pelo menos, do equivalente a efetiva compensação, dispõe:

“Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da

culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

Art. 946. Se a obrigação for indeterminada, e não houver na lei ou no contrato disposição fixando a indenização devida pelo inadimplente, apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar.”

A seguir segue um rol, embasado no Código Civil de 2002, de fatores que devem ser levados em conta para prolação de uma sentença de cunho indenizatório:

“a) o grau de culpa da vítima. Se a vítima concorreu para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do ofensor;

b) a condição social da vítima (não se poderia proporcionar, por exemplo, alojamento em hotel cinco estrelas a quem sempre se utilizou morada rústica ou vice-versa) e do ofensor (fixado um valor modesto a ser pago por quem é detentor de grande fortuna, não cumprirá a indenização sua finalidade secundária de inibir a prática de novos ilícitos);

c) os padecimentos causados à vítima, bem como as sequelas, sua duração e as circunstâncias traumáticas da conduta do ofensor;

d) o juiz deve considerar a realidade social que o cerca (como, por exemplo, o contexto

econômico do país) e das máximas de experiência (em se tratando de dano moral, a mesma situação pode atingir de forma diversa pessoas diferentes);

e) considerar a idade da vítima. Uma indenização muito vultosa a quem já tem idade avançada poderá beneficiar, em tese, seus herdeiros, não atingindo a finalidade;

f) não aceitar indenizações meramente simbólicas, mantendo-se, porém, o equilíbrio para evitar o enriquecimento injusto.”

A importância do papel juiz neste momento é fundamental, porque este não se baseará em meios que lhe proporcione o exato valor do dano indenizável, sua decisão será dada com base na sua consciência de justo, sua formação cultural e de sua capacidade técnica, devendo este ter em mente que sua decisão será a resposta para a sociedade sobre o fato que lhe foi submetido à análise.

Vê-se que a questão fundamental e ao mesmo tempo intrigante é de se fazer um convencimento individual para cada caso de dano moral, pois como está sob análise é o subjetivo do ser humano, o magistrado não pode deixar de levar em conta a individualidade, de modo a garantir que a indenização arbitrada exerça com capricho o seu papel, compensando a vítima de forma a não causar um enriquecimento ilícito ou, ainda, de forma que o valor arbitrado não possa ser suportado pelo autor do fato, pois acaso isso ocorra não será uma decisão justa.

O quantum parece ser a grande questão da indenização de danos morais, especialmente numa sociedade em que o capital parece ser a chave para quase todos os problemas, dizer o valor sobre um fato ou sobre quanto vale para aquela pessoa não é tarefa fácil. O valor deve ser pautado em parâmetro no mínimo

merecedores de garantia de justiça, nem o mínimo e nem o máximo, apenas o justo.

3 O dano moral nos Juizados Especiais

Uma justiça mais célere, acessível e eficiente, este foi o propósito dos Juizados Especiais, um novo modelo de justiça em que a sociedade buscasse de forma mais simples a solução de seus conflitos. Desde o início os Juizados se mostraram viável diante deste modelo, as demandas apresentadas mostraram que a população entendeu seus princípios.

Os Juizados, porém, tem ultimamente enfrentado os mesmos problemas das Varas comuns, a sobrecarga de demandas judiciais que, de algum modo, vem inviabilizando a celeridade proposta. O grande número de processos merece atenção, especialmente os casos com maior número de litigiosidade, que em Macapá visivelmente é o pedido de danos morais.

Das demandas apresentadas a maioria certamente versa sobre relação de consumo, cumulado com pedido de danos morais, depois de contratos bancários, que também vem acompanhado de danos morais, esta questão hoje merece uma reflexão, pois esta demanda sempre dificulta a realização de acordos; observa-se que os processos com pedidos de dano moral têm um percentual considerado se levantado com o número de demandas que dão entrada nos Juizados. Assim relata o autor:

“O papel do direito é ainda mais fundamental se considerarmos que os mecanismos de acesso ao Poder Judiciário tornaram-se, hoje, ferramentas ao alcance de todos. Seja pela atuação das Defensorias Públicas, seja por meio das ações coletivas de todo gênero, ou ainda pela implantação dos Juizados Especiais, ficou mais fácil e menos custoso reclamar os seus direitos

perante o Estado. Tal situação promoveu um crescimento exponencial no número de demandas, com a democratização do Poder Judiciário.” (LEVY, 2012. P, 21)

O dano moral ganhou status de direito tutelado pela Constituição Federal, logo sua ocorrência ganhou relevância no mundo jurídico, gerando a partir de sua tutela uma gama de ações, especialmente perante os Juizados Especiais, talvez pela facilidade do acesso que a Lei 9099/95 proporciona aos jurisdicionados, ocasionando um verdadeiro amontoado de processos em busca do direito a indenização por danos morais.

A questão hoje é dizer a quem efetivamente cabe a indenização, pois dano moral pode ser caracterizado como todo aquele que resulta de uma ofensa que atinge os valores abstratos humanos e que tem como causa impulsiva uma ação ou omissão, não estribada em exercício regular de um direito, em que o agente produz um prejuízo ou transgride direito de outrem, por dolo ou culpa.

Como base jurídica este direito tem sua reparabilidade expressa em vários textos legais e encontra fundamento na teoria da responsabilidade civil, porém, o seu principal preceito está na Constituição Federal de 1998 - artigo 5º, incisos V e X.

O dever de indenizar surge quando estão presentes os seus pressupostos: a ilicitude, manifestada pela ação ou omissão do causador, o dano propriamente dito e o nexo de causalidade entre ambos. Assim, o direito obrigacional de reparar o dano, seja ele material ou moral, está embasado no tripé jurídico, qual seja a existência inconteste e provada de um fato lesivo, de que deste tenha resultado, como nexo causal, um dano e que, no caso específico do dano moral, o dano não é visível, posto está no íntimo do ser humano, aquele que hoje, segundo Cavalieri Filho (2012, p.

88), “é violação do direito à dignidade, seguindo os princípios Constitucionais”.

Os Juizados Especiais foram criados em 1999 e seu artigo 2º indica os princípios que o norteiam, os quais visam facultar o amplo acesso ao Judiciário, quais sejam o da oralidade, da simplicidade, da informalidade, da economia processual e da celeridade, buscando, sempre que possível a conciliação ou a transação; Como finalidade o processamento e o julgamento de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo; no que tange a competência foi estabelecido como um dos critérios o valor da ação, assim, regra geral, as ações em que o valor for até quarenta salários mínimos são de competência dos Juizados, o que provocou um grande número de processos com pedido de indenizações por danos morais, considerando que os pedidos estão sempre nesse critério, limite dos Juizados.

As demandas sobre este tema têm sobrecarregado os Juizados, especialmente os processos oriundos da relação consumerista que vem sempre acompanhados de pedido de indenização de dano moral, talvez em face de ausência de eventual sucumbência e a isenção de qualquer pena dela decorrente, posto que a Lei nº. 9099/95, em seus artigos 54 e 55 textualmente aduzem que:

“Art. 54 - O acesso ao Juizado Especial independará, em primeiro grau de jurisdição, do pagamento de custas, taxas ou despesas;

Art. 55 - A sentença de primeiro grau não condenará o vencido em custas e honorários de advogado, ressalvados os casos de litigância de má-fé [...]”.

Sabe-se que nem todo contratempo ou aborrecimento da vida cotidiana pode gerar uma indenização, tem-se que o dano moral deve ser fruto de um direito lesado, ou seja, aquele que

efetivamente produz efeitos no subjetivo do lesado, pois o valor arbitrado é para compensar o abalo psíquico sofrido e não para criar um ganho, pois assim estaria sendo injusta.

Nesse entendimento tem-se que os Juizados Especiais não vieram para ensejar uma irresponsabilidade processual, mas para garantir que a sociedade pudesse buscar seus direitos de forma mais simples e célere.

Há de se ter em mente que dano moral é algo que foge a normalidade, que cause efeito no subjetivo do lesado, para assim garantir a devida reparação, pois se assim não for certamente será algo banal e este não é o objetivo da Lei 9099/95, esta lei não veio para encher os balcões da Justiça de ações em busca de indenizações, na verdade é uma lei que proporciona ao cidadão o direito de buscar o que lhe é devido, de receber do Estado a tutela devida e não para direitos temerários, em face da ausência do risco sucumbencial.

Logo se vê que não se trata de uma irresponsabilidade processual, mas de uma lei que proporciona ao cidadão a facilidade de acesso ao judiciário, não podendo servir como objeto de busca de ganho fácil, assim há de se ter em mente que o dano moral é um direito do lesado, cabendo-lhe usar os Juizados também para a sua devida reparação, não podendo, todavia, confundir com problemas cotidianos, pois o simples desgosto pessoal não significa que a pessoa tenha abalada a sua dignidade a ponto de ensejar reparação por danos morais.

Assim os danos morais na Lei 9.099/95 são certamente uma possibilidade positiva para a sociedade, cabendo ao Magistrado, diante de cada caso, dizer quem efetivamente deve receber a tutela jurisdicional da indenização por danos morais.

Neste aspecto não pode o princípio da gratuidade dos Juizados Especiais servir para o aumento de ações totalmente infundadas, buscando indenização por dano moral, esta questão na verdade deve ser mais bem orientada ao cidadão de forma que seu pedido não seja olhado como uma ação de negócio, mas, como forma de reparação por um mal injusto sofrido.

3.1 Assistência Jurídica Gratuita

A Assistência jurídica é uma garantia constitucional, a gratuidade é um benefício concedido pelo Estado através da Lei 1.060/1950 ao litigante que não dispõe de recursos financeiros para arcar com as taxas, custas e despesas judiciais e extrajudiciais, bem como honorários advocatícios.

O artigo 5º, inciso LXXIV, dispõe “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de fundos”, esta Norma constitucional permite que cidadão tenha acesso ao Judiciário, usando do princípio da igualdade, para fazer valer seus direitos. Além dos artigos 54 e 55 da Lei 9.099/95, citados no capítulo anterior que apontam o princípio da gratuidade.

Assim as ações impetradas perante os Juizados gozam do benefício da gratuidade, servindo este como encorajador do cidadão de demandar junto aos Juizados ações de toda ordem de competência destes, inclusive as de danos morais, tanto com fundamentos jurídicos, pautadas nos elementos essenciais da responsabilidade civil de ação ou omissão, culpa, nexos causal e dano, como ações totalmente infundadas, haja vista que nos Juizados Especiais além de não haver custas, exceto no caso de litigância de má-fé, não há também o rigor processual, o que talvez seja o ponto forte de tanta demanda com pedido de indenizações por danos morais abarrotando os escaninhos a espera de um julgamento.

Não há como deixar de receber iniciais de processos, que no rito ordinário seriam consideradas ineptas, haja vista os princípios da oralidade e simplicidade que norteiam os Juizados Especiais. Especialmente porque suas reclamações e registros são feitas nos quarenta e cinco balcões, nem sempre por funcionários que tenham conhecimento técnico jurídico. O atendimento primário indica na inicial a vontade do cidadão, onde se pede a indenização que acredita ser justa. Embasada em sua gratuidade em requerer, esta é lançada em seu petítório, ficando a cargo do magistrado a competência para julgar procedente ou não o pedido formulado naquela inicial, pois assim dispõe o artigo 5º, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil:

“A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, neste aspecto foi garantido ao cidadão o acesso à Justiça de todos aqueles que se sentirem lesados ou prejudicados por condutas praticadas por outros, devendo o Juiz, no exercício de sua jurisdição, decidir o conflito”.

É neste sentido que se aplica o princípio da banalização do dano moral requeridos nos processos jurídicos.

4 A banalização do dano moral em Macapá

A Constituição Federal ao proporcionar ao cidadão brasileiro o instituto do dano moral o fez de forma a proporcionar a sociedade uma segurança jurídica diante de mal sofrido, com certeza não o fez para que fosse invocada de forma a não lhe dar o valor devido, afinal não foi fácil vencer os legisladores para que este instituto fosse definitivamente colocado na Legislação Maior e ratificado nas infraconstitucionais, com razão este instituto deve primar pelo seu objetivo maior que é o de efetivamente reparar um mal injusto sofrido.

Observa-se, no entanto, que após esta grande vitória, a sociedade não poupou em usá-la, a sua maioria com grande categoria, por servir de suporte a um fato que realmente merece ser reparado, é a cidadania exercida em sua plenitude com valorização ao bem maior que é a dignidade da pessoa humana, entretanto de outro lado surgiu, também, uma grande demanda de ações em busca de indenizações nem sempre pautadas em seus pressupostos e de forma coerente, muitas desprovidas de qualquer suporte, eis que os alegados danos não passam de meros aborrecimentos quotidianos, outras justas, mas desproporcional ao fato que originou o dano, que tornam a Justiça um meio de pleitear ações por um lado desnecessária, batendo de frente com o princípio constitucional da celeridade processual, especialmente dos Juizados Especiais que tem neste princípio sua base fundamental, outras desproporcionais, emperrando outro princípio ainda que é o da Conciliação, pois tem-se observado que a Conciliação nestes tipos de ação é quase nula, pois a expectativa de ganho em uma indenização sempre gira em torno do limite e não de uma proporcionalidade ao dano

A grande demanda em face deste instituto tem causado um amontoado de processos conclusos para sentença, gerando uma morosidade ainda maior para o Judiciário, que já carrega há anos este peso.

As causas de sua invocação de maneira tão exagerada e de algumas vezes desprovidas de qualquer fundamento jurídico, especialmente na cidade de Macapá, talvez esteja ligada aos balcões de atendimento dos Juizados, onde são elaboradas as peças, haja vista que estes funcionam como parceiros do Tribunal de Justiça do Amapá, sem que haja qualquer capacitação na área jurídica aos que ali desenvolvem suas atividades, e que certamente agem com impulso intuitivo de ajudar aos jurisdicionados, invocando este direito, sem levar em conta

qualquer fundamentação que o justifique, gerando uma expectativa após o seu registro, que ao final dificulta conciliação e termina por engrossar o rol dos processos que necessitam da audiência de instrução e julgamento, a cargo do magistrado.

Outro aspecto que deve ser levado em consideração e que contribui para a grande demanda de ações com pedidos de indenizações por danos morais é a gratuidade da Justiça proporcionada pela Lei 9.099, onde não há qualquer responsabilidade sucumbencial ao litigante dos Juizados Especiais até a sentença, exceto por litigância de má-fé, conforme se vê da Lei:

“Art. 54. O acesso ao Juizado Especial independará, em primeiro grau de jurisdição, do pagamento de custas, taxas ou despesas;

Art. 55. A sentença de primeiro grau não condenará o vencido em custas e honorários de advogado, ressalvados os casos de litigância de má-fé. Em segundo grau, o recorrente, vencido, pagará as custas e honorários de advogado, que serão fixados entre dez por cento e vinte por cento do valor de condenação ou, não havendo condenação, do valor corrigido da causa.”

Uma das causas de aumento de pedido de danos morais em Macapá é o princípio da gratuidade no primeiro grau de jurisdição, que, a priori, veio para facilitar o acesso da população ao Judiciário, em especial daquelas pessoas de classes menos abastadas, porque como não há custo em primeiro grau de jurisdição, nada obsta ao usuário dos juizados que o pedido principal venha cumulado com o de danos morais, pois nada terá a perder, caso a sua ação seja julgada improcedente, isso porque o juiz não poderá condená-lo em custas e honorários advocatícios da parte contrária, salvo, como já dito, por litigância de má-fé, e do *jus postulandi*, posto

que este favorece e encoraja o cidadão ir até o balcão dos Juizados e fazer sua própria reclamação, pedindo tudo sem qualquer fundamentação jurídica aos seus pedidos, sendo por grande maioria justa, mas desproporcional a origem, gerando uma verdadeira confusão sobre este direito postulatório.

A grande demanda por danos morais nos Juizados Especiais pode ser em face dos princípios que regem a própria Lei n.º 9.099/95, como da gratuidade no primeiro grau de jurisdição, pois não havendo custo há estímulo para ajuizamento de ações infundadas, pois o autor não terá nada a perder caso sua demanda seja julgada improcedente, ressalvado se condenado em litigância de má-fé, somado a isso a particularidade de que no dano moral a legislação pátria é omissa quanto a regras objetivas para a fixação do quantum.

5. A subjetividade do Juiz

A questão hoje do dano moral é a sua justa quantificação, especialmente diante da subjetividade do Juiz, pois este deve julgar de acordo com seu livre convencimento, entretanto para se ter um livre convencimento muitos princípios devem ser levados em conta, para, ao final, se ter uma ideia mais próxima do justo.

Esta questão é merecedora de atenção, pois nela se acha todo o questionamento sobre os que muitos dizem, indústria do dano moral, diante de seus inúmeros pedidos sem qualquer critério, especialmente nas ações de competência dos Juizados Especiais em que um percentual considerável das ações vem cumulado com pedido de danos morais, o que leva o magistrado a demandar uma atenção melhor no caso de sentenciar uma demanda com este pedido, haja vista que o íntimo do ser humano é algo que não pode ser indenizado, como já bem colocado pelos doutrinados, apenas compensado, assim deve o magistrado ter um desprendimento

maior de tempo para causar nas partes a sensação de decisão injusta.

Pois bem, a efetivação do dano moral na realidade jurídica e social brasileira, com a possibilidade de se buscar junto ao Poder Judiciário uma compensação pecuniária em fase de um mal injusto sofrido, especialmente quando ferido a dignidade da pessoa humana, sustentáculo da Carta Maior, culminou com um monte de ações impetradas com esta finalidade, primeiro em face da democracia exercida em sua plenitude, segundo pela falta de critérios objetivos que determinem com precisão seus fundamentos e, em terceiro, pela acessibilidade adquirida pelo cidadão diante dos Juizado Especiais, cabendo ao magistrado, diante da falta de acordo entre as partes envolvidas, a faculdade de decidir o quantum da compensação deve ser dado ao que pleiteia este direito, sendo lógico, todavia, que qualquer que seja o valor este nunca será exatamente o valor referente ao dano moral, somente uma compensação, pois não há como medir com exatidão a extensão de um dano moral, logo não há como tabelar ou limitar, pois cada caso será único e para cada processo uma única sentença, levando-se em conta que cada cidadão é único e sua dor não pode servir de parâmetro a um outro, pois suas peculiaridades serão diferentes.

A questão então é de compensar da melhor forma, já que a legislação não esclarece critérios objetivos, cabendo aos magistrados à árdua tarefa de quantificarem o valor da indenização, mesmo quando requerido de forma previamente mensurada pelo lesado, deve, o juiz, em caso quantificar de forma compensadora a vítima, punitiva ao ofensor, mas não de forma a causar enriquecimento ilícito a vítima e causar uma injusta pena ao ofensor.

Os artigos 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro servem de norteadores, cabendo ao magistrado utilizá-los para melhor fundamentar a sua decisão:

“Art. 4o Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Art. 5o Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”

Assim, os artigos servem apenas de norteadores, pois não há na legislação brasileira questões objetivas do quantum, esta é uma tarefa que cabe ao magistrado, na coerência e no seu livre convencimento, dizer o quantum o lesado deve receber do autor do ato lesivo, de forma a compensar, punir e desestimular, devendo ser observando que nos casos de indenização por dano moral não se pode buscar uma equivalência entre o dano e o valor da satisfação, pois não há como atribuir um valor que compense de forma total um dano moral, já que este é imensurável, ou seja, absolutamente insusceptível de valoração exata, cabendo, apenas ao juiz dizer de forma pedagógica o quanto deve ser a compensação em valor monetário ou até mesmo em obrigações de fazer ou não fazer, de forma que a sentença cumpra o seu papel social na sociedade e cause nas partes a justiça.

Observe-se que o magistrado deve, de acordo com o princípio da razoabilidade, estabelecer, com equilíbrio, a responsabilidade de um em prol da satisfação do outro, para não incorrer em uma decisão desastrosa de forma em conceder uma indenização mínima ou exorbitante, totalmente em contrário com seu princípio.

O magistrado, diante da ausência de parâmetros nas ações de indenizações por danos morais, após verificar a efetiva existência do dano, passar para a segunda etapa qual seja: mensurá-lo por aproximação, utilizando-se de critérios já consagrados pela doutrina e em alguns julgados pelo Tribunal, em especial ao que pertence, de forma que ao prestar a jurisdição esta sirva de forma compensadora e não de enriquecedora, pois ao usar

de sua subjetividade em determinar o *quantum* não pode fazê-lo de forma livre, mas embasada em princípios que norteiam a legislação brasileira, especialmente na razoabilidade e proporcionalidade.

Certamente que não se quer que sejam fixados pela lei valores máximos e mínimos para a compensação do dano moral, mas certamente indicadores de forma que estes oferecessem ao magistrado margens de avaliação judicial, para uma reparação equitativa. Se assim fosse, por certo se diminuiria extraordinariamente a ocorrência de diferenças em decisões sobre caso semelhantes, ou, ainda, as decisões seriam mais justas e o instituto não estaria sujeito a comentários desagradáveis.

Como já frisado, a indenização por danos morais não visa reparar a dor, a tristeza ou a humilhação sofrida pela vítima, haja vista serem valores inapreciáveis, deve o valor compensatório ser de forma mais justa, sem proporcionar enriquecimento sem causa do autor, devendo, ainda, o magistrado levar em conta a capacidade econômica do ofensor.

A questão dos inúmeros processos não pode servir de desculpa para uma sentença não seja embasada em princípios capazes de proporcionar a justiça adequada, este deve servir apenas como preocupação administrativa no sentido de adequar os Juizados com melhores condições de atendimento aos cidadãos.

Conclusão

A questão suscitada neste trabalho gira em torno da grande quantidade de indenizações por danos morais pleiteadas junto aos Juizados de Macapá, a questão não é o direito deste, mas especialmente a sua desvalorização, haja vista que em muitas ações os pedidos são desprovidos de qualquer fundamento, sem observar se quer os pressupostos da responsabilidade civil qual seja (conduta humana, dano, nexos de causalidade), tendo em vista

que estes são imprescindíveis para a caracterização do dano moral, onde na ausência de qualquer pressuposto não há de que se falar em indenização. Por vezes somente um atropelo do cotidiano do cidadão na sociedade, o que certamente é normal em face das inúmeras atividades que se realiza no enfrentamento do dia-a-dia, levando em consideração a dificuldade que a sociedade distinção do que é de fato dano moral, e situações que, em regra, não geram qualquer verossimilhança de uma indenização, ou seja, não se configura o dano moral.

Dano moral deve ser entendimento como uma dor que cause um desequilíbrio de forma a interferir no bem estar do homem, que vai de encontro a sua dignidade e sua personalidade, assim motivos que não se enquadram neste aspecto não podem servir de embasamento no pleito deste tipo, pois o que se observa é que, nos Juizados, estes pedidos sem fundamentação, fruto da falta de orientação de um advogado, movido pelo *jus postulandi* garantido na lei dos juizados, bem como, a certeza de que em caso de improcedência da ação, não será condenado a pagar custas processuais e honorário advocatícios. Estes entraves interferem na busca de uma conciliação, um dos princípios que regem os juizados especiais, onde a sociedade poderia solucionar de forma menos drástica o litígio, e não abarrotando a pauta de instrução e julgamento do magistrado, dignando-se o mesmo em julgar procedente ou não os pedidos de danos morais, comprometendo um dos principais objetivos dos juizados que é o da celeridade e economia processual.

Neste aspecto o que se espera é uma conscientização da sociedade na busca de seus direitos efetivamente lesados, evitando o acionamento desnecessário da máquina do poder público em demandas com expectativas de um lucro sem causa, observando a necessidade de se preservar o instituto do dano moral que, ao longo de muitos anos, foi buscado com muito esmero por legisladores

preocupados com a dignidade da pessoa humana e especialmente pela devida compensação a uma lesão de ordem moral, não podendo agora, servir aqueles que, de modo incoerente, seja por absoluta impropriedade do expediente, na qual aquele que presta serviço na unidade de atendimento Super Fácil, não tem conhecimento técnico e jurídico para produzir uma peça inicial. Ou para enriquecer gananciosos em detrimento de alguma instituição ou pessoa, pois o Judiciário não pode ser utilizado como instrumento de vingança ou investimento, mas como direito de qualquer cidadão buscar nele o acesso para a correção de um mal injustamente sofrido, de forma célere, simples e informal, e sempre que possível valer-se da melhor forma de resolver um conflito que é sem sombras de dúvidas a conciliação, onde o que prevalece é a vontade das partes de maneira que as duas fiquem satisfeitas.

Referências

BRASIL. *Código Civil Brasileiro, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. 53 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. *Lei dos Juizados Especiais. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Brasília: Senado Federal, 1995.

BRASIL. *Lei que estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Lei nº 1.060 de 5 de fevereiro de 1950*. Brasília: Senado Federal, 1950.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo. Editora Atlas, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 13ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas*. São Paulo: Editora: Atlas, 2012.

MELO, Nehemias Domingos de Melo. *Dano moral nas relações de consumo: doutrina e jurisprudência*. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. 5 ed. vol. 7. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

COMENTÁRIOS ÀS RECOMENDAÇÕES DA UNESCO SOBRE A SALVAGUARDA DA PAISAGEM HISTÓRICA URBANA

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: O objetivo do presente está assentado na análise das recomendações da UNESCO sobre a salvaguarda da paisagem histórica urbana. Cuida salientar que o meio ambiente cultural é constituído por bens culturais, cuja acepção compreende aqueles que possuem valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, espeleológico, fossilífero, turístico, científico, refletindo as características de uma determinada sociedade. Ao lado disso, quadra anotar que a cultura identifica as sociedades humanas, sendo formada pela história e maciçamente influenciada pela natureza, como localização geográfica e clima. Com efeito, o meio ambiente cultural decorre de uma intensa interação entre homem e natureza, porquanto aquele constrói o seu meio, e toda sua atividade e percepção são conformadas pela sua cultura. A cultura brasileira é o resultado daquilo que era próprio das populações tradicionais indígenas e das transformações trazidas pelos diversos grupos colonizadores e escravos africanos. Nesta toada, ao se analisar o meio ambiente cultural, enquanto complexo macrossistema, é perceptível que é algo incorpóreo, abstrato, fluído, constituído por bens culturais materiais e imateriais portadores de referência à memória, à ação e à identidade dos distintos grupos formadores da sociedade brasileira. O conceito de patrimônio histórico e artístico nacional abrange todos os bens moveis e imóveis, existentes no País, cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da História pátria ou por

seu excepcional valor artístico, arqueológico, etnográfico, bibliográfico e ambiental.

Palavras-chaves: Patrimônio Cultural. Tutela Jurídica. Documentos Internacionais.

Sumário: 1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito; 2 Comentários à concepção de Meio Ambiente; 3 Meio Ambiente e Patrimônio Cultural: Aspectos Introdutórios; 4 Comentários às Recomendações da UNESCO sobre a salvaguarda da Paisagem Histórica Urbana.

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 almiré, 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 espeque 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 promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação 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 Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental N.º. 46/DF, “*o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é 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 aplicação dos Diplomas Legais e os institutos jurídicos neles consagrados.

Ainda neste substrato de exposição, pode-se evidenciar que a concepção pós-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 é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação*”[3]. Destarte, a partir

de uma análise profunda dos mencionados sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração 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 aplicação e interpretação do conteúdo das leis, diante das situações concretas.

Nas últimas décadas, o aspecto de mutabilidade tornou-se ainda mais evidente, em especial, quando se analisa a construção de novos que derivam da Ciência Jurídica. Entre estes, cuida destacar a ramificação ambiental, considerando como um ponto de congruência da formação 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, primacialmente 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 Nº. 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 Nº. 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 gemação 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.

Assim, decorrente de tal fato, 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 subiste 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, o direito à interidade 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.

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, 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 Meio Ambiente e Patrimônio Cultural: Aspectos Introdutórios

Quadra salientar que o meio ambiente cultural é constituído por bens culturais, cuja acepção compreende aqueles que possuem valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, espeleológico, fossilífero, turístico, científico, refletindo as características de uma determinada sociedade. Ao lado disso, quadra anotar que a cultura identifica as sociedades humanas, sendo formada pela história e maciçamente influenciada pela natureza, como localização geográfica e clima. Com efeito, o meio ambiente cultural decorre de uma intensa interação entre homem e natureza, porquanto aquele constrói o seu meio, e toda sua atividade e percepção são conformadas pela sua cultura. “*A cultura brasileira é o resultado daquilo que era próprio das populações tradicionais indígenas e das transformações trazidas pelos diversos grupos colonizadores e escravos africanos*”^[16]. Desta maneira, a proteção do patrimônio cultural se revela como instrumento robusto da sobrevivência da própria sociedade.

Nesta toada, ao se analisar o meio ambiente cultural, enquanto complexo macrossistema, é perceptível que é algo incorpóreo, abstrato, fluído, constituído por bens culturais materiais e imateriais portadores de referência à memória, à ação e à identidade dos distintos grupos formadores da sociedade brasileira. Meirelles anota que *“o conceito de patrimônio histórico e artístico nacional abrange todos os bens moveis e imóveis, existentes no País, cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da História pátria ou por seu excepcional valor artístico, arqueológico, etnográfico, bibliográfico e ambiental”*[17]. Quadra anotar que os bens compreendidos pelo patrimônio cultural compreendem tanto realizações antrópicas como obras da Natureza; preciosidades do passado e obras contemporâneas.

Nesta esteira, é possível subclassificar o meio ambiente cultural em duas espécies distintas, quais sejam: uma concreta e outra abstrata. Neste passo, o meio-ambiente cultural concreto, também denominado material, se revela materializado quando está transfigurado em um objeto classificado como elemento integrante do meio-ambiente humano. Assim, é possível citar os prédios, as construções, os monumentos arquitetônicos, as estações, os museus e os parques, que albergam em si a qualidade de ponto turístico, artístico, paisagístico, arquitetônico ou histórico. Os exemplos citados alhures, em razão de todos os predicados que ostentam, são denominados de meio-ambiente cultural concreto. Acerca do tema em comento, é possível citar o robusto entendimento jurisprudencial firmado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, ao apreciar o Recurso Especial Nº 115.599/RS:

Ementa: Meio Ambiente. Patrimônio cultural. Destruição de dunas em sítios arqueológicos. Responsabilidade civil. Indenização. O autor da destruição de dunas que encobriam sítios arqueológicos deve indenizar pelos prejuízos causados ao meio ambiente, especificamente ao meio ambiente natural (dunas) e ao meio ambiente cultural

(jazidas arqueológicas com cerâmica indígena da Fase Vieira). Recurso conhecido em parte e provido. (Superior Tribunal de Justiça – Quarta Turma/ REsp 115.599/RS/ Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar/ Julgado em 27.06.2002/ Publicado no Diário da Justiça em 02.09.2002, p. 192).

Diz-se, de outro modo, o meio-ambiente cultural abstrato, chamado, ainda, de imaterial, quando este não se apresenta materializado no meio-ambiente humano, sendo, deste modo, considerado como a cultura de um povo ou mesmo de uma determinada comunidade. Da mesma maneira, são alcançados por tal acepção a língua e suas variações regionais, os costumes, os modos e como as pessoas relacionam-se, as produções acadêmicas, literárias e científicas, as manifestações decorrentes de cada identidade nacional e/ou regional. Neste sentido, é possível colacionar o entendimento firmado pelo Tribunal Regional Federal da Segunda Região, quando, ao apreciar a Apelação Cível N° 2005251015239518, firmou entendimento que “*expressões tradicionais e termos de uso corrente, trivial e disseminado, reproduzidos em dicionários, integram o patrimônio cultural de um povo*”[18]. Esses aspectos constituem, sem distinção, abstratamente o meio-ambiente cultural. Consoante aponta Brollo, “*o patrimônio cultural imaterial transmite-se de geração a geração e é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente*”[19], decorrendo, com destaque, da interação com a natureza e dos acontecimentos históricos que permeiam a população.

O Decreto N° 3.551, de 04 de Agosto de 2000[20], que institui o registro de bens culturais de natureza imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências, consiste em instrumento efetivo para a preservação dos bens imateriais que integram o meio-ambiente cultural. Como bem aponta Brollo[21], em seu magistério, o aludido decreto não instituiu apenas o registro de bens culturais de natureza imaterial que integram o patrimônio cultural brasileiro, mas também estruturou uma política de inventariança,

referenciamento e valorização desse patrimônio. Ejeta-se, segundo o entendimento firmado por Celso Fiorillo[22], que os bens que constituem o denominado patrimônio cultural consistem na materialização da história de um povo, de todo o caminho de sua formação e reafirmação de seus valores culturais, os quais têm o condão de substancializar a identidade e a cidadania dos indivíduos inseridos em uma determinada comunidade. Necessário se faz salientar que o meio-ambiente cultural, conquanto seja artificial, difere-se do meio-ambiente humano em razão do aspecto cultural que o caracteriza, sendo dotado de valor especial, notadamente em decorrência de produzir um sentimento de identidade no grupo em que se encontra inserido, bem como é propiciada a constante evolução fomentada pela atenção à diversidade e à criatividade humana.

4 Comentários às Recomendações da UNESCO sobre a salvaguarda da Paisagem Histórica Urbana

Em um primeiro momento, cuida anotar que a paisagem urbana histórica é a área urbana compreendida como o resultado de uma estratificação histórica dos valores e atributos culturais e naturais, que se estende além da noção de "centro histórico" ou "ensemble" para incluir o contexto urbano mais amplo e a sua localização geográfica. Este contexto mais amplo inclui nomeadamente a topografia do local, a geomorfologia, hidrologia e recursos naturais; o seu ambiente construído, tanto histórico como contemporâneo; as suas infraestruturas acima e abaixo do nível do solo; os seus espaços abertos e jardins, os seus padrões de uso da terra e organização espacial; percepções e relações visuais; bem como todos os outros elementos da estrutura urbana. Também inclui práticas e valores sociais e culturais, processos económicos e as dimensões intangíveis do património relacionado com a diversidade e identidade. Esta definição cria a base para uma abordagem abrangente e integrada para a identificação, avaliação, conservação e gestão de paisagens urbanas históricas dentro de um quadro global de desenvolvimento sustentável.

A abordagem da paisagem urbana histórica visa preservar a qualidade do ambiente humano, melhorando o uso produtivo e sustentável

dos espaços urbanos, reconhecendo seu carácter dinâmico e promovendo a diversidade social e funcional. Integra os objetivos de conservação do património urbano e os de desenvolvimento social e económico. Está enraizada num relacionamento equilibrado e sustentável entre o ambiente urbano e natural, entre as necessidades das gerações presentes e futuras e o legado do passado. A abordagem da paisagem urbana histórica considera a diversidade cultural e a criatividade como ativos fundamentais para o desenvolvimento humano, social e económico e oferece ferramentas para gerir as transformações físicas e sociais e garantir que as intervenções contemporâneas estão harmoniosamente integradas com o património num cenário histórico e levam em consideração os contextos regionais. A abordagem da paisagem urbana histórica inscreve-se na esteira das tradições e das percepções das comunidades locais, respeitando os valores das comunidades nacionais e internacionais. As recomendações da UNESCO reconhecem o papel importante das áreas históricas nas sociedades modernas.

Também identificam uma série de ameaças específicas para a conservação de áreas históricas e oferecem princípios gerais, políticas e diretrizes para fazer face a tais desafios. A abordagem da paisagem urbana histórica reflete a evolução significativa da disciplina e da prática da conservação do património urbano nas últimas décadas, permitindo que os decisores políticos e gestores encarem os novos desafios e oportunidades de uma forma mais eficaz. A abordagem da paisagem urbana histórica apoia as comunidades na sua busca de desenvolvimento e adaptação, mantendo as características e os valores ligados à sua história, memória coletiva e meio ambiente. Nas últimas décadas, devido ao aumento acentuado da população urbana no mundo, a escala e a velocidade do desenvolvimento e a economia em mudança, as povoações urbanas e as suas áreas históricas tornaram-se centros e motores de crescimento económico em muitas regiões do mundo, e têm assumido um novo papel na vida cultural e social. Como resultado, também estão sob um vasto conjunto de novas pressões.

O crescimento urbano está a transformar a essência de muitas áreas urbanas históricas. Os processos globais têm um profundo impacto sobre os valores atribuídos pelas comunidades às áreas urbanas e o seu espaço, e sobre as percepções e realidades dos habitantes e utilizadores. Por outro lado, a urbanização oferece oportunidades económicas, sociais e culturais que podem valorizar a qualidade de vida e traço tradicional das áreas urbanas; por outro lado, as alterações não-geridas na densidade urbana e no crescimento podem determinar o sentido de espaço, integridade do tecido urbano, e a identidade das comunidades. Algumas áreas urbanas históricas estão a perder as suas funcionalidades, papel tradicional e população. Uma abordagem sob a perspectiva da paisagem urbana histórica pode ajudar a gerir e atenuar esses impactos. Muitos processos económicos oferecem formas e meios para atenuar a pobreza urbana e promover o desenvolvimento social e humano. A maior disponibilidade de inovações, tais como as tecnologias da informação e práticas sustentáveis de planeamento, concepção e construção, pode melhorar as áreas urbanas, otimizando, assim, a qualidade de vida.

Quando gerida de forma eficiente através da abordagem de paisagem urbana histórica, novas funções, como serviços e turismo, são importantes iniciativas económicas que podem contribuir para o bem-estar das comunidades e para a conservação de áreas urbanas históricas e sua herança cultural, assegurando em simultâneo a diversidade económica e social e a função residencial. O insucesso na otimização destas oportunidades irá originar cidades insustentáveis e inviáveis, tal como a sua implementação de forma inadequada e imprópria irá resultar na destruição de bens patrimoniais e em perdas insubstituíveis para as gerações futuras. As povoações têm-se constantemente adaptado às mudanças climáticas e ambientais, incluindo aquelas resultantes de desastres. No entanto, a intensidade e a velocidade das mudanças atuais constituem um desafio para os nossos complexos ambientes urbanos. A preocupação crescente com o ambiente, particularmente com o consumo de água e energia, exige abordagens e novos modelos para a vida urbana, com base em políticas ecologicamente sensíveis e práticas destinadas ao reforço da

sustentabilidade e da qualidade de vida urbana. Muitas dessas iniciativas, no entanto, devem integrar o património natural e cultural como recursos para o desenvolvimento sustentável. As alterações às áreas urbanas históricas podem igualmente resultar de desastres repentinos e conflitos armados. Estes podem ser de curta duração, mas ter efeitos duradouros. Uma abordagem sob a perspectiva da paisagem urbana histórica pode ajudar a gerir e atenuar esses impactos.

As políticas modernas de conservação urbana, que se refletem nas recomendações e cartas internacionais, criaram condições para a preservação das áreas urbanas históricas. No entanto, os desafios presentes e futuros exigem a definição e a implementação de uma nova geração de políticas públicas que identifiquem e protejam os estratos históricos e o equilíbrio de valores culturais e naturais em ambientes urbanos. A conservação do património urbano deve ser integrada no planeamento geral de políticas e práticas e todas aquelas relacionadas com o contexto urbano mais abrangente. As políticas devem oferecer mecanismos para encontrar o equilíbrio entre conservação e sustentabilidade a curto e longo prazo. Deve colocar-se particular ênfase na integração harmoniosa entre o tecido histórico urbano e as intervenções contemporâneas. Em particular, as responsabilidades dos diferentes intervenientes são as seguintes: a) Os Estados-Membros devem integrar estratégias de conservação do património urbano nas políticas e agendas de desenvolvimento nacional de acordo com a abordagem da paisagem urbana histórica. Neste enquadramento, as autoridades locais devem preparar planos de desenvolvimento urbano, tendo em conta os valores da área, incluindo a paisagem e outros valores patrimoniais, e os recursos associados. b) Os stakeholders públicos e privados devem cooperar, inter alia, por meio de parcerias para garantir a aplicação bem-sucedida da abordagem da paisagem urbana histórica. c) As organizações internacionais a braços com processos de desenvolvimento sustentável devem integrar a abordagem da paisagem urbana histórica nas suas estratégias, planos e operações. d) As organizações não-governamentais nacionais e internacionais devem

participar no desenvolvimento e divulgação de ferramentas e melhores práticas para a implementação da abordagem da paisagem urbana histórica.

Todos os níveis de gestão - local, nacional/federal, regional -, cientes da sua responsabilidade, devem contribuir para a definição, elaboração, implementação e avaliação das políticas de conservação do património urbano. Estas políticas devem basear-se numa abordagem participativa de todos os intervenientes e deve ser coordenada numa perspectiva tanto institucional como setorial. A abordagem baseada na paisagem urbana histórica implica a aplicação de um conjunto de ferramentas tradicionais e inovadoras devidamente adaptadas aos contextos locais. Algumas destas ferramentas, que necessitam de ser desenvolvidas como parte do processo envolvendo os diversos intervenientes, poderão incluir: a) As ferramentas de compromisso cívico devem incluir uma combinação diversificada de intervenientes e capacitá-los para identificar valores fundamentais nas suas áreas urbanas, desenvolver contextos que reflitam a sua diversidade, estabelecer metas e estabelecer ações para salvaguardar o seu património e promover o desenvolvimento sustentável. Estas ferramentas, que são parte integrante da dinâmica de gestão urbana, devem facilitar o diálogo intercultural através da aprendizagem das comunidades acerca das suas histórias, tradições, valores, necessidades e aspirações e através da mediação e negociação entre conflitos de interesses e grupos. b) As ferramentas de conhecimento e planeamento deverão ajudar a proteger a integridade e autenticidade dos atributos do património urbano. Deverão igualmente permitir o reconhecimento da importância cultural e diversidade e efetuar a monitorização e gestão da mudança para melhorar a qualidade de vida e do espaço urbano. Estas ferramentas incluiriam a documentação e mapeamento das características culturais e naturais. Deveriam ser utilizadas avaliações de impacto ambiental, patrimonial e social para suportar e facilitar os processos de tomada de decisão num enquadramento de desenvolvimento sustentável. c) Os sistemas de regulação deverão refletir as condições locais e podem incluir medidas legislativas e regulamentares visando a conservação e gestão dos atributos tangíveis e intangíveis do património urbano, incluindo os seus valores

sociais, ambientais e culturais. Os sistemas tradicionais e regulares devem ser reconhecidos e reforçados, na medida do necessário. d) As ferramentas financeiras deveriam criar capacidades e apoiar o desenvolvimento inovador e gerador de receitas, enraizado na tradição. Para além dos fundos governamentais e globais de agências internacionais, as ferramentas financeiras devem ser implementadas de um modo eficaz para fomentar investimentos privados a nível local. O microcrédito e outras formas de financiamento flexível para apoiar as empresas locais, bem como uma variedade de modelos de parcerias, também são fundamentais para tornar a abordagem da paisagem urbana histórica financeiramente sustentável.

A capacitação deve envolver os principais intervenientes: comunidades, decisores, e profissionais e gestores, a fim de promover a compreensão da abordagem da paisagem urbana histórica e a sua implementação. A capacitação eficaz depende de uma colaboração ativa destes principais intervenientes, com o objetivo de adaptar a aplicação da presente Recomendação aos contextos regionais para definir e aperfeiçoar as estratégias e objetivos locais, quadros de ação e esquemas de mobilização de recursos. A investigação deve orientar-se para a complexa estratificação das povoações urbanas, de modo a identificar os valores, compreender o seu significado para as comunidades e apresentá-los aos visitantes de uma forma abrangente. As instituições académicas e universitárias e outros centros de investigação devem ser encorajados a desenvolver pesquisas científicas sobre aspetos da abordagem da paisagem urbana histórica e cooperar aos níveis local, nacional, regional e internacional. É essencial para documentar o estado das áreas urbanas e a sua evolução, para facilitar a avaliação das propostas de mudança e para melhorar as competências e procedimentos de proteção e de gestão.

Incentivar o uso das tecnologias da informação e comunicação para documentar, compreender e apresentar a estratificação complexa das áreas urbanas e dos seus constituintes. A recolha e análise destes dados são uma parte essencial do conhecimento acerca das áreas urbanas. Para comunicar com todos os sectores da sociedade, é particularmente

importante chegar aos jovens e a todos os grupos sub-representados, a fim de incentivar a sua participação. Os Estados-Membros e organizações internacionais, governamentais e não-governamentais, devem facilitar a compreensão do público e o envolvimento na implementação da abordagem da paisagem urbana histórica, pela difusão de boas práticas e lições aprendidas a partir de diferentes locais do mundo, a fim de fortalecer a rede de partilha de conhecimentos e capacitação. Os Estados-Membros deveriam promover uma cooperação multinacional entre as autoridades locais. Agências internacionais de desenvolvimento e de cooperação dos Estados-Membros, bem como organizações não-governamentais e fundações, devem ser encorajados a desenvolver metodologias que levem em conta a abordagem de paisagem urbana histórica e a harmonizá-las com os seus programas de assistência e projetos relativos às áreas urbanas.

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 11 set. 2015.

_____. **Decreto N° 3.551, de 04 de Agosto de 2000**. Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 11 set. 2015.

_____. **Decreto-Lei N° 25, de 30 de novembro de 1937**. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 11 set. 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 11 set. 2015.

_____. **Lei Nº. 10.257, de 10 de Julho de 2001.** Regulam esta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 11 set. 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 11 set. 2015.

_____. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região.** Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em 11 set. 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, a. 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 11 set. 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 24 ed, rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

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

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em 11 set. 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 11 set. 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 11 set. 2015.

NOTAS:

[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 11 set. 2015, s.p.

[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 11 set. 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 11 set. 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 11 set. 2015.

[7] Idem. **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 11 set. 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 11 set. 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 11 set. 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 11 set. 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 11 set. 2015.

[16] BROLLO, Sílvia Regina Salau. **Tutela Jurídica do meio ambiente cultural: Proteção contra a exportação ilícita dos bens culturais**. 106f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do

Paraná, Curitiba, 2006. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2006-10-05T061948Z-421/Publico/SilviaDto.pdf>. Acesso em 11 set. 2015, p. 15-16.

[17] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 634.

[18] BRASIL. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região**. Acórdão proferido em Apelação Cível N° 2005251015239518. Direito da propriedade industrial. Marca fraca e marca de alto renome. Anulação de marca. Uso compartilhado de signo mercadológico (ÔMEGA). I – Expressões tradicionais e termos de uso corrente, trivial e disseminado, reproduzidos em dicionários, integram o patrimônio cultural de um povo. Palavras dotadas dessas características podem inspirar o registro de marcas, pelas peculiaridades de suas expressões eufônicas ou pela sua inegável repercussão associativa no imaginário do consumidor. II – É fraca a marca que reproduz a última letra do alfabeto grego (Omega), utilizado pelo povo helênico desde o século VIII a.C., e inserida pelos povos eslavos no alfabeto cirílico, utilizado no Império Bizantino desde o século X d.C. O propósito de sua adoção é, inegavelmente, o de fazer uso da familiaridade do consumidor com o vocábulo de uso corrente desde a Antiguidade. III – Se uma marca fraca alcançou alto renome, a ela só se pode assegurar proteção limitada, despida do jus excludendi de terceiros, que também fazem uso do mesmo signo merceológico de boa-fé e em atividade distinta. Nessas circunstâncias, não há a possibilidade de o consumidor incidir erro ou, ainda, de se configurar concorrência desleal. IV – Apelação parcialmente provida tão-somente para ajustar o pólo passivo da relação processual, fazendo constar o Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI como réu, mantida a improcedência do pedido de invalidação do registro da marca mista OMEGA (n° 818.522.216), classe 20 (móveis e acessórios de cozinha), formulado por Ômega S.A. Órgão Julgador: Segunda Turma Especializada. Relator: Desembargador Federal André Fontes. Julgado em 25.08.2007. Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em 11 set. 2015.

[19] BROLLO, 2006, p. 33.

[20] BRASIL. **Decreto N° 3.551, de 04 de Agosto de 2000**. Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 11 set. 2015.

[21] BROLLO, 2006, p. 33.

[22] FIORILLO, 2012, p. 80.

MOVIMENTO AMBIENTALISTA NACIONAL DOS CATADORES DE MATERIAIS RECICLÁVEIS

LESIMÔNIA SOARES COSTA: Bacharelanda na Faculdade de Ciências Humanas e Sociais de Paripiranga - AGES.

RESUMO: O presente artigo tem como azo, informar o estudo de caso sobre o movimento ambientalista dos catadores de lixo na sua importância frente à globalização que é o resgate da cidadania, companheirismo e cooperativismo. Não obstante, as conquistas desta categoria mostram-se enormes por trabalhadores que lutam para sobreviver ao se aproveitarem de lixo humano. No entanto, o lado ruim é que esses cidadãos se encontram em estado de hipossuficiência econômica, enfrentando os desafios na vida por conta do desemprego, tais quais: baixíssima autoestima, exploração, individualismo, preço e servidão por dívida.

PALAVRAS-CHAVE: movimentos sociais; catadores; meio ambiente; materiais recicláveis.

1. INTRODUÇÃO

Os Movimentos Sociais tiveram apogeu na década neoliberal de 1970 com intuito da não intervenção do Estado na economia, ou seja, do liberalismo econômico ou *laissez-faire*. Não obstante, estes eclodiram e eclodem, a partir de conflitos emergentes em sociedade dos quais mudanças relevantes acontecem para evolução da humanidade. Também como, esses organismos se auxiliam em nome de uma causa por diferentes razões: sentimento de injustiça; eficácia do grupo, identidade social, afetividade. Daí, faz-se mister ressaltar que, tais movimentos são munidos por princípios como da identidade (consciência de pertencer a determinado grupo);

oposição (conflito que faz surgir adversário) e totalidade (todos atores sociais em conflito). Mas ainda, sua classificação é demarcada por grupos como ONGS, LGBT, MST, segregação racial, classe operária, movimentos ambientalistas, grupos indígenas, líderes religiosos, defesa das mulheres, descriminalização das drogas.

E, por falar em grupos, abordaremos o estudo de caso sobre movimento ambientalista de materiais recicláveis, gerando vantagens indiscutíveis, sobressaindo aspectos econômicos onde a catação de materiais constitui aos trabalhadores, única forma de sobrevivência e possibilidade de inclusão no mercado de trabalho. Entende-se que, o trabalho ocupa lugar na vida de quem o realiza e, para tal, enfocando dois fatores: meio de sobrevivência e tempo dedicado. Portanto, o estudo de caso acerca do Movimento Nacional dos Catadores de Materiais Recicláveis (MNCR) é de natureza social com 12 anos de existência e vem organizando os catadores de materiais recicláveis do Brasil. Neste diapasão, busca a valorização da categoria, importância e papel para garantir o protagonismo popular da classe oprimida pelas estruturas sociais mediante princípio da independência, a qual dispensa os partidos políticos, governos, empresários para solução dos conflitos. Desse fulcro, a prática da ação popular consiste na participação efetiva do trabalhador em tudo que rompe a indiferença popular, abrindo caminhos para transformação social.

Sendo assim, tal missão do movimento é contribuir para construção das sociedades sustentáveis, a partir da organização produtiva dos catadores de materiais recicláveis na manutenção de suas famílias mediante princípios da autogestão, ação direta, independência de classe, solidariedade de classe, democracia direta e apoio mútuo. Deste crivo, é de fundamental importância para as gerações futuras, o trabalho de conscientização nas áreas políticas, públicas e de gestão dos resíduos sólidos. De forma

casuística, é através das palestras, lutas, informações, passeatas, articulações nacionais e internacionais que o movimento se fortalece para conquista dos reconhecimentos, valorização, transformação, direitos difusos e coletivos. Hodiernamente, há o controle social na gestão de resíduos sólidos, melhorando a qualidade de vida. Portanto, é tarefa nossa lutar pela inclusão social, valores sociais do trabalho e livre iniciativa, independência financeira dos catadores de lixo que se auto organizam por meio de Bases Orgânicas na luta contra incineração, privatização do lixo, minimização dos impactos ambientais, aumento da qualidade de vida no planeta, fortalecimento do poder popular (art. 1º, IV, C.F).

Nesse viés, os princípios buscados na organização da categoria visam reunir forças para lutar contra qualquer discriminação e exploração nas condições insalubres de trabalho escravo, buscando apoio mútuo entre catadores e empresários, lutando pela autogestão do trabalho na cadeia produtiva de reciclagem, garantindo que o serviço realizado não seja utilizado em benefício de poucos como os exploradores, mas, que sirva a todos. Nesse sentido, organiza Bases Orgânicas do Movimento das cooperativas, associações, entrepostos e grupos nas quais ninguém pode ser beneficiado, às custas do trabalho de outros.

2. MOVIMENTOS SOCIAIS

A sociedade civil é representação dos vários níveis como os interesses e valores da cidadania que se organizam em cada sociedade para encaminhamento das ações em prol das políticas sociais e públicas, protestos sociais, manifestações simbólicas e pressões políticas. Por isso que, os Movimentos Sociais referem-se à expressão técnica que designa ação coletiva em todos os setores da sociedade ou organização de defesa, promoção das relações entre classes, objetivos ou interesses de transformação, preservação da ordem em sociedade. Destarte, o Movimento Social é constituído em torno da identidade, identificação, definição dos

adversários, opositores do projeto, programa de contínuo processo em construção que resulta em múltiplas articulações. Por isso, a ideia de movimento social é conceito de referência onde se busca apreender o porvir rumo às ações de movimento, transcendendo empirismo, concretização, datadas por localização de atores coletivos.

É preciso elucidar que, os Movimentos Sociais de origem brasileira têm história demarcada por grandes embates contra governos autoritários, sobretudo lutas em prol de liberdade, democracia na década de 70 e 80, considerada inspiração à ideologia que movia mentes e corações desses movimentos. Não obstante, esse tipo de movimento é ação conflitante dos agentes de classes sociais, lutando pelo controle do sistema de ação histórica. Entretanto, são inovações que atuam como lentes. Mas ainda, são fundamentos com relevância na sociedade civil no momento em que servem de manifestação e reivindicação. Também como, expressões de marchas, paradas, ritos e formas de ocupações simbólicas. Movimentos sociais são fenômenos históricos, decorrentes de lutas sociais. De acordo com Santos (1940, p. 55), esse é um dos desafios mais fortes que temos: como fazer o silêncio falar de uma maneira que produza autonomia e não a reprodução do silenciamento.

Desse crivo, tais movimentos colocam atores específicos sob luzes da ribalta em períodos determinados das mudanças estruturais, conjunturais da sociedade civil e política. No entanto, nunca haverá uma teoria completamente pronta e acabada sobre movimentos sociais porque trata-se de uma característica do próprio objeto de estudo. Assim sendo, os movimentos são fluidos, fragmentados, perpassados por outros processos sociais como uma teia de aranha, tecem redes que se quebram facilmente, dada a fragilidade, mas, sempre estão presentes. Nesse contexto, esses movimentos perdem espaço de ação e autenticidade no âmbito de

suas reivindicações. Há uma evidente refração de sua função enquanto elemento questionador e reivindicador do contexto social.

3. RECICLAGEM DO LIXO

O que pode ser considerado lixo humano? Nesse sentido, é que o Projeto Profissão Catador contribui para construção de alternativas coletivas na organização dos Catadores através da criação de associações para coleta, separação, armazenamento e comercialização dos materiais recicláveis. Sendo assim, a reciclagem de lixo figura como atividade emergente dos movimentos ambientalistas para preservação ambiental. Embora gere vantagens ambientais indiscutíveis, o que sobressai são os aspectos econômicos, pois, a catação de materiais recicláveis constitui, para muitos trabalhadores, sua única fonte de renda e possibilidade de inclusão no mercado de trabalho. Entende-se que, o trabalho ocupa lugar insuscetível de graça ou anistia na vida dos catadores. Para tal, foram enfocados dois fatores: meio de sobrevivência e tempo dedicado. Por isso, o trabalho, além de meio de subsistência, também é de integração social, relacionamento dos profissionais, inclusão e enquadramento em grupo. Assim, esse trabalho significa o meio de atribuições individuais na realização de tarefas no nosso país. Nesse fulcro, o número de catadores brasileiros de materiais recicláveis é de aproximadamente quinhentos mil. Destarte, os catadores catam e depois separam todo material reciclável para venda porque o comércio desses materiais por catadores e empresas passa pela mediação dos atravessadores chamados de sucateiros.

Por isso, na reciclagem do lixo urbano, os intermediários, sucateiros, recebem material coletado dos catadores, pesam e estabelecem preço. Todavia, em seus depósitos, os sucateiros vão acumulando materiais até conseguirem quantidade que viabilize transporte para indústrias de reciclagem. Daí, os catadores geralmente desconhecem aspectos que envolvem, a logística do

processo de reciclagem devido o baixo grau de escolaridade e o pouco conhecimento sobre a reciclagem é o impedimento para obtenção de ganhos melhores. Portanto, a existência de atravessadores pode ser explicada por dificuldades de locomoção na entrega do material em indústrias de reciclagem e vantagens oferecidas por tais. Desse modo, o catador de material reciclável participa como elemento do processo produtivo e lucrativo, onde paradoxalmente, trabalha em suas condições precárias, subumanas não obtendo ganho que assegure sua sobrevivência e dignidade. Com isso, o crescimento de trabalhadores dos materiais recicláveis relaciona-se com a crescente exigência do mercado formal que embora seja atividade do vendedor ambulante, realizada informalmente, a partir da década de 1980 começaram a se organizar por meio das cooperativas, associações na busca pelo reconhecimento da atividade como profissão.

No entanto, em 1990, com apoio de instituições não governamentais, foram promovidos encontros e reuniões em vários locais do nosso país com essa finalidade onde novos parceiros foram incorporados. Com isso, em 2001 culminou na realização do “1º Congresso Nacional de Catadores de Materiais Recicláveis e a 1ª Marcha da População de Rua”. Do fortalecimento dessas manifestações, criou-se o movimento nacional dos catadores e, assim, os catadores estão construindo sua história demarcando área, conquistando reconhecimento da categoria oficializada pela Classificação Brasileira de Ocupações em 2002. Nessa classificação, os catadores de lixo são registrados pelo número 5192-05 e a ocupação descrita como catador de material reciclável. Segundo a descrição sumária de suas atividades na CBO, os catadores “catam, selecionam e vendem materiais recicláveis como papel, papelão e vidro, bem como, materiais ferrosos e não ferrosos e outros reaproveitáveis”. Assim sendo, o problema, hoje, não está em reconhecer, legalmente, o catador como profissional, mas sim, reconhecer seu direito em condições dignas de trabalho e

sobrevivência. Para que, a sociedade perceba o catador como “trabalhador” é preciso associar esse trabalho a seus significados positivos através do reconhecimento.

Por isso, o caráter excludente do trabalho de catador está relacionado com a semântica negativa do lixo, e esta situação interfere tanto na identificação do catador com o seu trabalho como no reconhecimento da sociedade pelo trabalho desempenhado pelo catador. Sob o viés psicossocial, a inclusão desses catadores ocorre de forma perversa, excluído do tipo de trabalho que realiza porque o fato dos catadores constarem da Classificação Brasileira de Ocupações (CBO) poderia ser indicativo que apontasse para o resgate da dignidade da pessoa humana, ao invés não. O que se observa é condição oposta, na qual o trabalho da catação é sempre desfavorável ao trabalhador, pois, o catador é exposto a riscos de saúde, preconceitos e desregulamentação dos seus direitos trabalhistas, condições extremamente precárias, ou seja, informais perante a lei. Além do mais, os catadores não têm acesso à educação e aprimoramento técnico da área porque as cooperativas de reciclagem de lixo são recentes no Brasil. Nesse sentido, uma cooperativa de catadores pode desenvolver diferentes ações, visando negociação, competitividade, aumento da oferta e procura, maior volume de produtos. Assim sendo, para boa qualidade de vida, não critiquemos a antropofagia quando diversas almas são devoradas todos dias. Por isso, devemos fazer o possível para que, no futuro, os jovens venham a respirar ar puro, baleias desfrutem o mar azul e a humanidade também se suicide menos. Apesar de tudo, reaja inclusive ao pessimismo (BUARQUE, 2012, p. 35).

Entretanto, pode-se notar que, as vantagens da cooperativa são: dependência de único comprador; venda para as cargas fechadas por preço médio; estoque de materiais que podem ser armazenados por longos períodos; galpões que dispõem de espaço e capital de giro. É cediço que, o objetivo da cooperativa de

catadores de material reciclável é gerar oportunidades de renda, trabalho e tais vantagens econômicas, advém da organização destas fazendo com que os catadores consigam valor alto pelo produto, melhores condições de limpeza, classificação, barateamento de transporte, prensa das cargas. Por isso, a organização do trabalho dos catadores em cooperativas é elemento fundamental para ter melhores condições de venda direta e, conseqüentemente, obtenção de melhores preços. Dentre as alternativas de tratamento do lixo urbano, a reciclagem configura-se como importante elemento, pois, possibilita o reaproveitamento de materiais descartados, novamente ao circuito produtivo, trazendo benefícios ambientais através de economia, energia e água. Além do inquestionável aspecto ambiental, a reciclagem possibilita ainda ganhos para os catadores de materiais recicláveis. Esses trabalhadores desempenham papel preponderante para o processo de reciclagem, fruto do trabalho mediante abastecimento com matérias-primas nas indústrias de reciclagem.

4. INCINERAÇÃO DO LIXO

A incineração é queima do lixo em fornos e usinas próprias onde apresenta vantagem de reduzir o volume dos resíduos. Além disso, destrói os microrganismos que causam doenças, principalmente do lixo hospitalar e industrial. Depois da queima, resta um material que pode ser encaminhado a aterros sanitários ou mesmo reciclado. Por conseguinte, é recomendada a reutilização dos materiais queimados para confecção de borracha, cerâmica e artesanato, pois, com a incineração é possível redução do volume inicial de resíduos até 90% através de combustão, temperaturas que se elevam a mais de 900°C. Por isso, o processo tem sido implementado em zonas de grande produção de lixo aonde certos resíduos liberam gases tóxicos aos serem queimados. Nesses casos, para evitar poluição do ar, é necessário instalar filtros e equipamentos especiais, o que torna o processo caro.

No entanto, é preciso ressaltar que, a incineração do lixo é prática antiga para a eliminação do lixo, principalmente em áreas rurais, com a queimada desse material. Porém, quando feita de forma "artesanal", traz ao meio ambiente mais prejuízos que benefícios. Por isso que, uma sugestão para o problema do lixo é a incineração, ferramenta fundamental usada pelo poder público. Nesse sentido, o município faça cumprir o que é preconizado nesta política dos catadores aproveitando da Cúpula dos Povos para realizar diversos debates e campanhas sobre incineração do lixo. Uma das razões fortes a essa política é o fato de que a incineração de resíduos ocasiona prejuízos, à saúde humana e também a questão socioeconômica, pois, cerca de um milhão de pessoas estaria perdendo sua última oportunidade de sobrevivência pelo descarte do lixo humano.

Nesse viés, a Constituição que se volta em direção ao futuro exige uma redação muito bem elaborada, pois, deve conter disposições fundamentais para o estabelecimento da sociedade, de forma que, a constante adaptação da norma constitucional à realidade seja feita sem ferir os princípios que lhe deram conformação (LASSALE, 2008, p. 81). No tocante a previsões, Declarações e Convenções Internacionais, a Organização Mundial de Saúde (OMS) de 1948, enfatiza que, a saúde é o estado de completo bem-estar físico, mental e social não consistindo apenas numa ausência de doença ou enfermidade. Nesse sentido, saúde é a reunião dos princípios universais firmados na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e dois pactos internacionais das Nações Unidas relativos aos direitos econômicos, sociais e culturais, em particular, seu artigo 12, I que reconhece, para todos seres humanos, o direito de gozar do melhor estado de saúde física e mental. Também como, a Conferência das Nações Unidas faz ressalva sobre o meio ambiente, afirmando na Declaração de Estocolmo que o homem tem direito fundamental à liberdade, igualdade e condições de vida satisfatórias ao ambiente

em que a qualidade permita viver com dignidade onde o direito à própria vida faz parte dos direitos fundamentais.

5. CONCLUSÃO

As obras arroladas são recomendáveis porque trazem como legado, a importância dos movimentos sociais, a nível ambiental com a reciclagem e incineração do lixo porque é de interesse de todos, os direitos difusos ao meio ambiente que é fonte inesgotável quando preservados. Por isso, quando poluímos, degradamos, negligenciamos, pescamos predatoriamente, descartamos materiais tóxicos na natureza, estamos violando direitos finitos, esgotáveis, às futuras gerações. É nesse momento que, acentuamos a reciclagem, processo industrial que converte lixo descartado que é aquela matéria-prima em produto semelhante ao inicial. Destarte, reciclar é economizar energia, poupar os recursos naturais que são jogados fora desde que, a palavra reciclagem foi introduzida ao vocabulário internacional no final da década de 80 quando foi constatado que, as fontes de petróleo e outras matérias-primas não renováveis estavam ou estão se esgotando no planeta.

Por isso, a temática abordada sobre [movimento ambientalista nacional dos catadores de materiais recicláveis](#) é de extrema relevância face ao século XXI da globalização, pois, o Direito Ambiental é um direito difuso ou indivisível, mas, pode se esgotar; caso não preservemos. Isso porque, devemos reconhecer a importância que é de preservar e defender o ambiente, pois, é fonte esgotável, finita e não dura para sempre. Atinente, a tal problemática, devemos ainda efetivar o que vem expresso na Constituição Federal, a respeito dos direitos sociais do trabalho e livre iniciativa, como também, quaisquer outras formas de discriminações previstas porque há discriminação no mercado de trabalho sobre a natureza *sui generis* do catador de lixo. Nesse sentido, as pessoas não respeitam tal gênero empregatício que, além de abarcar o público de baixo poder aquisitivo, baixíssima

autoestima, exploração, individualismo, servidão por dívida, o ganho ainda é pouco. No entanto, é de suma importância aos postulados ambientais, a vida no planeta Terra e participação frente a indisponibilidade apresentada diante dos recursos naturais.

É nesse sentido que, as sociedades capitalistas buscam, incessantemente, lucro, extraindo da natureza, os recursos naturais que se resumem em tudo aquilo necessário ao homem e se encontram dispersos na natureza: solo, água, oxigênio, energia oriunda do Sol, florestas, animais. Todavia, os recursos naturais são classificados em dois grupos: não renováveis e renováveis. Os recursos naturais não renováveis abrangem todos os elementos que das atividades antrópicas, e que não têm capacidade de renovação: alumínio, ferro, petróleo, ouro, estanho, níquel. Isso quer dizer que quanto mais se extrai, mais as reservas diminuem, diante desse fato é importante adotar medidas de consumo comedido, poupando dos recursos para o futuro. Já, os renováveis detêm a capacidade de renovação após serem utilizados pelo homem em suas produtividades. Os recursos com tais características são as florestas, água, ar e solo sendo que, de uso ponderado, não se esgotam.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 10520: informação e documentação: citações em documentos: apresentação. Rio de Janeiro, 2002

BUARQUE, Cristovam. *Reaja*. Rio de Janeiro: Garamond, 2012

LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

Santos, Boaventura de Sousa, 1940. *Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social*; tradução Mouzar Benedito. São Paulo: Boitempo, 2007

SANTOS, José Wilson dos. *Manual dos Trabalhos Acadêmicos: Artigos, Ensaios, Fichamentos, Relatórios, Resumos e Resenhas*. Aracaju: Sercore, 2007

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO POR DANOS AMBIENTAIS

JACKELINE ARAÚJO BANDEIRA: Acadêmica do curso de direito da Faculdade Estácio de Macapá-AP.

DACICLEIDE SOUSA CUNHA GATINHO: Professora Docente do curso de Direito da Faculdade Estácio de Macapá- AP.

Resumo: O presente artigo científico tem por objetivo analisar o instituto da responsabilidade civil do Estado ligada ao Direito Ambiental, ilustrando fatores relevantes encontrados na legislação brasileira em conjunto com o que vem sendo discutido na doutrina e como os tribunais vêm julgando esse tema tão relevante nos dias atuais. Visto que o Estado é um dos responsáveis pela defesa e preservação do meio ambiente, como estabelece o artigo 255 da Constituição Federal de 1988, este precisará atuar de forma preventiva, reparatória e punitiva dos danos, devendo ser sujeito à responsabilização em casos de ação ou omissão de seus agentes que acarretem lesão a este bem. Desta forma, inicialmente foi feita uma análise da conceituação de meio ambiente, direito ambiental e responsabilidade civil para então tratar da temática central, qual seja, a responsabilidade civil objetiva do Estado por dano ambiental, abordando sua evolução histórica, bem como o princípio da prevenção. Por fim, fez-se uma breve análise sobre o dano ambiental e as formas de reparação dos danos provocados pelo Estado. Este artigo utilizou-se de pesquisa bibliográfica, por meio de doutrinas, jurisprudências e legislação vigente.

Palavras-chave: Meio ambiente, Dano, Responsabilidade Civil, Direito ambiental, Estado.

Abstract: This research paper aims to examine the institute civil responsibility's State linked to environmental law, illustrating relevant factors found in Brazilian legislation together with what has been discussed in doctrine and how the courts have judged this issue that is so relevant today. Since the State is one of those

responsible for the defense and preservation of the environment, as required by Article 255 of the Constitutions of 1988, this need to act preventive, remedial and punitive ways of damages, should be subject to accountability in cases of action or omission of its agents causing injury to this well. Thus, it was initially an analysis of environmental concepts, environmental law and civil responsibility to then deal with the central issue, namely, the objective civil responsibility's State for environmental damage, addressing its historical evolution as well as the precautionary principle. Finally, there was a brief analysis of the environmental damage and ways to repair the damage caused by the State. This article used bibliographical research, through doctrines, jurisprudence and law.

Keywords: Environment, Damage, Civil Responsibility, Environmental Law, **State.**

Sumário: Introdução. 1. Meio ambiente. 1.1 Conceito. 1.2 Classificação do Meio Ambiente. 2 Conceito de Direito Ambiental. 3 O Instituto da Responsabilidade Civil. 3.1 Conceito. 3.2 Histórico. 3.3 Função. 3.4 Pressupostos. 4 Responsabilidade Civil do Estado por Dano Ambiental. 4.1 Evolução Histórica. 4.2 Excludentes da Responsabilidade Objetiva do Estado. 5 Princípio da Prevenção na Responsabilidade Civil Ambiental do Estado. 6 Dano Ambiental. 7 Formas de Reparação do Dano Ambiental Provocado pelo Estado. Conclusão.

Introdução

Este artigo foi desenvolvido com a finalidade de abordar a temática “Responsabilidade civil objetiva do Estado por Danos Ambientais”.

Em decorrência do crescimento econômico e populacional que é fator primordial para o desenvolvimento econômico, faz-se necessário para que este desenvolvimento não acarrete danos irreparáveis ao meio

ambiente a adoção de mecanismos que se mostrem eficazes na coibição e repressão de atividades que gerem prejuízo a este bem essencial na manutenção da vida humana.

Esta preocupação com o meio ambiente vem ganhando força ao longo dos anos, ocupando cada vez mais espaço nas discussões internacionais e na própria sociedade. Portanto, em decorrência das diversas relações jurídicas que fazem parte desta temática, tornou-se de fundamental importância a atenção a este problema para a solução dos casos específicos surgidos.

A Lei 6938/81 ao definir poluidor como a “pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental”, não faz distinção entre poluidor público ou privado. Sendo assim, tanto a empresa privada responde por danos ambientais causados por ela, como o administrador público na pessoa jurídica de direito público que representa.

Dessa forma, o Estado por ter o poder-dever de conservar o meio ambiente em conjunto com a sociedade, tem a obrigação de atuar na prevenção, reparação, e repressão das atividades danosas, incluindo os casos em que o próprio Estado é o agente que ocasionou o dano. Assim, em decorrência da necessidade de punir condutas lesivas ao meio ambiente surgiu a responsabilidade civil do Estado por danos ambientais podendo ser acionado em caso de ação ou omissão que acarrete em danos a este direito fundamental de terceira geração.

Na legislação brasileira em matéria ambiental essa responsabilização do Estado ocorre de forma objetiva, baseada na teoria do risco onde a comprovação da culpa não é necessária, bastando apenas a constatação do nexo causal entre o ato administrativo e o prejuízo causado sendo necessárias a indenização dos bens deteriorados que não sejam passíveis de recuperação e a restauração daqueles que embora destruídos, ainda possam ser recuperados.

Neste sentido, este artigo produzido acerca do tema Responsabilidade civil Ambiental Objetiva do Estado visa demonstrar que a responsabilidade civil ambiental deste é fato presente no cotidiano e que precisa de atenção especial por parte da sociedade.

Pretende-se neste trabalho o esclarecimento acerca de questões relevantes sobre o tema e sob que circunstâncias o Estado pode ser responsabilizado por suas ações ou omissões que acarretem danos ambientais, abordando o modo como se dá essa responsabilização, em que teoria está baseada e qual a forma de evitar essa degradação e a impunidade.

Para isso, no decorrer do trabalho será feita uma análise a respeito do meio ambiente, na tentativa de conceituá-lo, já que não há consenso entre os doutrinadores. Disporá sobre a classificação do meio ambiente assim como o que vem a ser o Direito Ambiental. Abordará também o instituto da responsabilidade civil, analisando sua evolução histórica assim como sua conceituação, pressupostos e função no direito. Também tratará da responsabilidade civil objetiva do Estado nos danos ambientais, abordando o princípio da prevenção como ponto basilar deste instituto, assim como demonstrará a sua evolução até os dias atuais, demonstrando também os casos em que essa responsabilização não é cabível. Por fim, comentará sobre o dano ambiental, quando ele se configura e as formas de reparação de tais danos provocados pelo Estado.

Este artigo foi desenvolvido utilizando como método específico a pesquisa bibliográfica, por meio de doutrinas, jurisprudências e legislação vigente com abordagem qualitativa.

1 Meio Ambiente

Primeiramente, para iniciar o desenvolvimento do tema principal, se faz necessário certos esclarecimentos, qual seja, o que vem a ser meio ambiente, pois metodologicamente só podemos compreender o que é direito ambiental após sabermos o que é meio ambiente.

1.1 Conceito

Apesar de possuir um capítulo específico sobre meio ambiente, a Constituição Federal brasileira não evidencia seu conceito. Estando assim sujeito ao entendimento de cada doutrinador. Entretanto, é possível identificar uma descrição no art. 3º da Lei n. 6.938/81, firmada com base no artigo 8º, inciso XVI, alíneas c, h e i, da Carta de 1967, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, in verbis:

“Art. 3º.”. Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

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

De acordo com os principais autores do direito ambiental, a expressão *meio ambiente* foi utilizada pela primeira vez pelo francês Geoffroy de Saint-Hilaire em 1835. Importante observar que não há consenso entre os especialistas sobre a conceituação de meio ambiente.

Grande parte da doutrina classifica o meio ambiente como um direito fundamental de terceira geração, pois se trata de um direito coletivo e difuso. Trata-se, portanto de um direito fundamental, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, devendo ser protegido constitucionalmente de acordo com os ensinamentos de Moraes (2006, p. 60). Tal proteção vem disposta na Constituição Federal (CF/88) artigo 225 caput:

“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.”

Na concepção de Fiorillo (2013, p. 60) a expressão meio ambiente é um pleonasma, pois “meio” e “ambiente” são sinônimos e

fazem referência às circunvizinhanças de um organismo ao seu entorno. Entretanto, este será o termo utilizado ao longo do artigo, por ter sido consagrado pela Carta Magna e pela legislação infraconstitucional.

Milaré (2007, p.110) define meio ambiente como “uma combinação de todas as coisas e fatores externos ao indivíduo ou população de indivíduos em questão. Sendo constituída por seres bióticos e abióticos e suas interações”.

Entende-se que *meio ambiente* subdivide-se em dois sentidos: amplo e estrito. No estrito, meio ambiente se refere ao patrimônio natural relacionado com os seres vivos e as relações deles entre si. E no sentido amplo tais limites são ultrapassados. Compreendendo o meio ambiente, não somente ao ambiente natural, mas também ao artificial.

É o que leciona Milaré (2007, p.110) que relata em sua obra que o meio ambiente em uma visão estrita é uma expressão do patrimônio natural e as relações entre os seres vivos, não fazendo parte tudo aquilo que não seja recurso natural. Já na visão ampla o meio ambiente compreende toda a natureza original e artificial e os bens culturais, indo além dos limites da ecologia tradicional.

1.2 Classificação do Meio Ambiente

No entendimento de Farias (2007) e Fiorillo (2013), o conceito legal de meio ambiente classifica-se em meio ambiente natural, meio ambiente artificial, meio ambiente cultural e meio ambiente do trabalho.

O meio ambiente natural ou físico engloba os recursos naturais como as da fauna e flora, e também é composto pelo solo e subsolo, incluindo os recursos minerais, o ar e os recursos hídricos. Tendo sua previsão disposta no art. 225 da CF/88.

Silva (2007, p.21) indica que o meio ambiente natural também é constituído pela interação dos seres vivos e seu meio e as espécies estão interligadas entre si e com o ambiente físico que ocupam.

Em se tratando de meio ambiente natural, questões como o desmatamento para fazer campos de pastagem, as queimadas desenfreadas e a contaminação dos recursos hídricos são postas em questão.

Já o meio ambiente artificial para Fiorillo (2013, p 63) é “compreendido pelo espaço urbano construído, consistente no conjunto de edificações (chamado de espaço urbano fechado), e pelos equipamentos públicos (espaço urbano aberto)”.

O meio ambiente artificial faz referência ao que foi construído pelo homem, consistindo no espaço urbano fechado, como casas, escolas, faculdades, edifícios, etc. E o espaço urbano aberto refere-se aos equipamentos públicos como praças, áreas públicas, ruas, etc. Assim como o meio ambiente natural o meio ambiente artificial tem proteção assegurada pela Constituição Federal no art.225 assim como no art.182 da CF/88 que trata da política urbana que tem como objetivo o ordenamento do desenvolvimento social e garantia ao bem-estar de seus habitantes.

Há também o meio ambiente cultural que tem a função de preservar bens de valor material e imaterial ligados à cultura de um povo, tendo seu conceito previsto no artigo 216 da Constituição Federal. Para um melhor entendimento sobre sua conceituação a doutrina estabelece:

“Meio ambiente cultural, integrado pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico, turístico, que, embora artificial, difere do anterior pelo sentido de valor especial que adquiriu ou de que se impregnou” (SILVA, 2007, p. 21).

Já o meio ambiente do trabalho diz respeito a tudo que está relacionado às condições de trabalho, como o local em que o trabalhador labora, e sob que condições, como bem explicita a doutrina:

“Constitui meio ambiente do trabalho o local onde as pessoas desempenham suas atividades relacionadas à sua saúde, sejam remuneradas ou não, cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores independente da condição que ostentem (homens ou mulheres, maiores ou menores de idade, celetistas, servidores públicos, autônomos, etc.” (FIORILLO, 2013, p. 65).

2 Conceito de Direito Ambiental

O direito ambiental é direito coletivo e difuso, como já mencionado, e tem como objetivo a proteção do meio em que vivemos e preservação da vida e a diversidade de recursos naturais, sendo responsável pela regulamentação das atuações humanas a respeito do meio ambiente. Mais objetivamente pode-se afirmar que:

“O direito ambiental é um direito sistematizador, que faz a articulação da legislação, da doutrina e da jurisprudência concernentes aos elementos que integram o meio ambiente. Trata-se de um ramo do direito que regulamenta as condutas humanas sobre o meio ambiente, mediante manejo da legislação, interpretação doutrinária e jurisprudencial, sendo formado por regras e princípios constitucionais, legais e regulamentadores” (FIGUEIREDO FILHO; MENEZES, 2014, p.23).

3 O Instituto da Responsabilidade Civil

Existe certa dificuldade na conceituação desse instituto por parte da doutrina dividindo posicionamentos acerca da questão da culpabilidade. Dessa forma ao instituto da responsabilidade civil abriga dois polos: o subjetivo que necessita de comprovação de culpa e o

objetivo o risco criado, onde é necessária a comprovação apenas da existência do dano e do nexo de causalidade.

3.1 Conceito

A responsabilidade civil é o dever de reparar ou indenizar alguém em decorrência de violação ao direito de outrem através de conduta omissiva ou comissiva lesiva, resultante de obrigação assumida ou inobservância de norma jurídica. Desta maneira Silva (2007, p.313) define responsabilidade civil como a imposição ao infrator de ressarcir o prejuízo causado decorrente de conduta ou atividade. Classificando-a em contratual, por fundamentar-se em um contrato, ou extracontratual, por decorrer de exigência legal ou de ato ilícito, ou até mesmo por ato lícito que gera responsabilidade por risco.

Ainda nesse sentido Tartuce (2012, p. 415) explicita que a responsabilidade civil manifesta-se diante do descumprimento obrigacional, ou seja, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por inobservância de preceito normativo.

3.2 Histórico

A primeira noção de responsabilização por dano era constituída através da vingança coletiva, ou seja, se alguém pertencente a um determinado grupo era lesionado, o grupo tinha o direito de agir em conjunto de forma direta e violenta contra o causador da lesão como explica Diniz (2009, p. 11). Portanto, no início a responsabilidade civil confundia-se com a responsabilidade criminal e havia certa desproporcionalidade entre o dano e a forma de reparação, como dispõe em sua obra Pamplona (2008, p. 03).

Após a fase da vingança coletiva, surge o período no qual predominava a vingança privada, onde os homens faziam justiça pelas próprias mãos, consistindo na relação individual entre agredido e agressor. Passando a ser regulamentada pelo poder dominante da época,

surgindo a Lei de Talião que defendia a retribuição do mal pelo mal até hoje conhecido pela expressão "olho por olho, dente por dente". O poder público ditava quando e como a vítima teria o direito de retaliação, tendo esta o direito de lesar o agressor de forma idêntica à lesão sofrida. Bastava o dano efetivamente sofrido pela vítima para provocar "a reação imediata, instintiva e brutal do ofendido" como explicita Gonçalves (2009 b, p. 04).

Era denominada como "*pena de Talião*", pois neste período não havia a noção de distinção entre responsabilidade civil e responsabilidade penal, surgindo essa diferenciação apenas na Idade Média conforme explica Noronha (2007, p. 528).

Em seguida surgiu o período da chamada composição voluntária baseada na ideia de reparação pecuniária ou compensação econômica através da qual o autor da agressão repara a vítima, como uma forma de reintegração, compensando-a com pagamento de certa quantia de dinheiro ou bens.

Com a Lei XX das Tábuas, a composição econômica que antes era voluntária passa a ser obrigatória e tarifada com a fixação da pena que deveria ser paga pelo agressor nos casos concretos determinados pelo Estado.

No entanto, somente com o surgimento da *Lex Aquilia de danno* é que se tem início um princípio norteador para a reparação do dano. Para Diniz (2009, p.11), este instituto surgiu com o intuito de implementar o ideal de reparação pecuniária do dano, fazendo com que o patrimônio do autor do dano fosse capaz de suportar a reparação do lesado estabelecendo a denominada indenização.

Assim, a responsabilidade extracontratual, também denominada de responsabilidade *aquiliana*, determina que a culpa passe a ser elemento primordial ao direito de reparação do dano, ou seja, caso não houvesse culpa, não haveria a obrigação de reparar.

Inicialmente na reparação dos danos, havia o critério de comprovação de culpa, denominada de responsabilidade subjetiva. Posteriormente, surgiram novas teorias em consequência do desenvolvimento industrial. Desta forma, constatou-se a necessidade de se ampliar essa proteção às vítimas acarretando o surgimento da Teoria do Risco ou Teoria Objetiva, onde o simples exercício de uma atividade perigosa impõe a obrigação de indenizar os danos eventualmente causados, sem a necessidade de comprovação da culpa do agente que causou o dano como preceitua o artigo 927, parágrafo único do Código Civil.

3.3 Função

Nader (2014, p.14) elucida em sua obra que a finalidade da responsabilidade civil divide-se em três dimensões: reparação, prevenção de danos e punição. A reparação abrange todos os danos impostos à vítima, sendo eles materiais ou morais, pretendendo se possível o retorno ao *status quo ante*. Já na prevenção de danos, a previsão legal ou contratual da reparação corrobora para desestimular a prática do ilícito civil ou o inadimplemento da obrigação. Por fim, a finalidade punitiva da responsabilidade é a própria do direito criminal sendo bastante relativa no âmbito civil, pois a obrigação de ressarcir dificilmente aplica sacrifícios pessoais ao ofensor.

3.4 Pressupostos

Não há consenso doutrinário em relação aos elementos ou pressupostos da responsabilidade civil. Alguns autores brasileiros como Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho, Maria Helena Diniz e Sérgio Cavalieri Filho Somente apresentam três elementos: conduta, nexos de causalidade e dano. Entretanto, ainda prevalece o entendimento de que a culpa é elemento essencial da responsabilidade civil, mas em regra, no Direito Ambiental é dispensada a comprovação de culpa por ser adotada a teoria do risco integral.

Para Tartuce (2012, p. 435) a conduta divide-se em ação ou omissão voluntária ou por negligencia, imprudência ou imperícia sendo a regra a ação ou conduta positiva, pois é indispensável para a configuração da omissão que exista o dever jurídico de praticar um ato, assim como a prova de que a conduta não foi praticada, e se caso fosse, o dano poderia ter sido evitado.

A culpa significa que o agente agiu de modo que repercutiu uma reprovação do direito, não importando se o autor agiu com dolo ou culpa, sendo-lhe imputado o dever de reparação do dano ou indenização dos prejuízos.

O nexo de causalidade é a presença do nexo causal entre o ato ilícito praticado e a que resultado chegou, ou seja, a relação de causa e efeito entre a conduta culposa ou o risco criado e o dano suportado por alguém sendo imprescindível comprovação do dano patrimonial ou extrapatrimonial.

4 Responsabilidade Civil Ambiental do Estado por Dano Ambiental

No ordenamento jurídico brasileiro é pacífico o entendimento de que o Estado como qualquer outro sujeito de direitos, pode vir a causar danos a terceiros através de sua atividade administrativa gerando assim a obrigação de reparar os danos causados a terceiros.

A responsabilidade citada é de natureza extracontratual que se trata de responsabilidade objetiva e encontra conceituação no artigo 37,§6º da (CF/88) onde é determinada como o dever conferido às pessoas jurídicas de direito público bem como às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, de indenizar os danos que causarem por atos omissivos ou comissivos de seus agentes, assim como também assegurou o direito de regresso após a condenação contra o agente público pelo Estado.

Neste sentido se tem a seguinte jurisprudência:

“PROCESSUAL CIVIL, ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. ADOÇÃO COMO RAZÕES DE DECIDIR DE PARECER EXARADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. ART. 2º, [PARÁGRAFO ÚNICO](#), DA [LEI 4.771/65](#). DANO AO MEIOAMBIENTE. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO. ARTS. 3º, IV, C/C [14](#), [§ 1º](#), DA [LEI 6.938/81](#). DEVER DE CONTROLE E FISCALIZAÇÃO.

1. A jurisprudência predominante no STJ é no sentido de que, em matéria de proteção ambiental, há responsabilidade civil do Estado quando a omissão de cumprimento adequado do seu dever de fiscalizar for determinante para a concretização ou o agravamento do dano causado pelo seu causador direto. Trata-se, todavia, de responsabilidade subsidiária, cuja execução poderá ser promovida caso o degradador direto não cumprir a obrigação, "seja por total ou parcial exaurimento patrimonial ou insolvência, seja por impossibilidade ou incapacidade, por qualquer razão, inclusive técnica, de cumprimento da prestação judicialmente imposta, assegurado, sempre, o direito de regresso (art. 934 do Código Civil), com a desconsideração da personalidade jurídica, conforme preceitua o art. [50](#) do [Código Civil](#)" (Resp. 1.071.741/SP, 2ª T., Min. Herman Benjamin, DJe de 16/12/2010).

2. Examinar se, no caso, a omissão foi ou não "determinante" (vale dizer, causa suficiente ou concorrente) para a "concretização ou o agravamento do dano" é juízo que envolve

exame das circunstâncias fáticas da causa, o que encontra óbice na Súmula 07/STJ.

3. Agravos regimentais desprovidos.” (STJ - AgRg no REsp: 1001780 PR 2007/0247653-4, Relator: Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Data de Julgamento: 27/09/2011, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/10/2011).

Nesse viés a jurisprudência do STJ firmou entendimento no sentido de reconhecer que há responsabilidade civil do Estado por omissão, sendo assegurado o direito de regresso com a desconsideração da personalidade jurídica. Portanto em relação à culpabilidade do agente não se encontram grandes complexidades, pois a responsabilidade aqui diz respeito ao posicionamento do agente ao deixar de agir ou não em conformidade com suas funções que lhe são cabíveis.

Já em relação ao dano ambiental causado por terceiros são constatadas divergências acerca da responsabilização solidária do Estado. Meirelles (2008, p.664) leciona que o legislador somente amparou o risco proveniente da atuação dos servidores públicos e que o Estado não deve ser responsabilizado objetivamente por atos de terceiros. Por outro lado Milaré (2007, p. 900) sustenta que o Estado pode ser responsabilizado solidariamente por danos ambientais decorrentes de atos de terceiros, pois é seu dever indenizar e impedir a ocorrência de tais danos, porém a culpa do agente deve ser comprovada.

Acerca do tema, verifica-se na jurisprudência:

“RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MEIO AMBIENTE. ÁREA DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL. EXCESSO NA CONDUTA DOS AGENTES NÃO EVIDENCIADO. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. Todas as pessoas têm direito ao meio ambiente equilibrado, a teor do

art. 225 da Constituição Federal. O tema ainda foi tratado em diversas leis, como na Lei nº 6.938/1981 e na Lei nº 9.605/1998, e pela Constituição Estadual, art. 250. A poluição ambiental não deve ser aceita ou permitida. O princípio da legalidade impõe a intervenção e a fiscalização pelo Poder Público. O poder discricionário não tem aplicação nesta hipótese. O ato é vinculado, diante da determinação expressa oriunda da Constituição e da Lei. Ainda merece relevo a natureza do bem jurídico protegido. Além do poder público, a coletividade (pessoas físicas e jurídicas) possui a obrigação de preservar e proteger o meio ambiente. Em diversas situações, a poluição do meio ambiente não tem sido evitada de maneira mais eficaz. Como exemplos, são as falhas no sistema de tratamento de esgoto de imóveis e a poluição dos veículos com motores à combustão (alteração proposital ou descuido dos proprietários com o sistema de escapamento, produzindo poluição sonora e ambiental pelos gases tóxicos expelidos). A responsabilidade civil é objetiva e solidária, em relação aos causadores do dano. A responsabilidade do Estado por conduta comissiva, positiva, é objetiva, a teor do art. 37, § 6º, da CF. Na espécie, a prova dos autos não demonstra a prática de ato ilícito pela municipalidade. Dano moral inexistente. Sentença de improcedência mantida. Apelação não provida.” (Apelação Cível Nº 70057626160, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Cezar Muller, Julgado em 30/01/2014). (TJ-RS -

AC: 70057626160 RS, Relator: Marcelo Cezar Muller, Data de Julgamento: 30/01/2014, Décima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 27/02/2014).

Assim, considerando que é seu dever constitucional fiscalizar e coibir ação de terceiros que provoquem dano ambiental, o Estado responde solidariamente em relação ao causador do dano e deve ser responsabilizado pelo judiciário não só quando age de forma comissiva, mas também quando age de forma omissa à proteção do meio ambiente.

4.1 Evolução histórica

Ao longo do tempo a responsabilidade do Estado passou por diversas fases, passando da irresponsabilidade para responsabilidade objetiva adotando-se a teoria do risco integral na questão do dano ambiental. A fase da irresponsabilidade civil do Estado vigorava na época do Estado absolutista, exercendo o Estado, autoridade incontestável, não respondendo por danos provocados aos particulares, mesmo que causados por seus agentes no exercício de suas funções como exemplifica Pamplona (2008, p.186). Tal concepção se baseava na ideia de que o rei era o representante de Deus na terra, fundamentada na famosa frase “*the king can do not wrong*”, que significa que o Rei não pode errar.

Somente com o advento da Revolução Francesa foi que ocorreram mudanças acerca da responsabilidade do Estado que passou a ser de fato responsabilizado por meio das teorias civilistas baseadas no código civil francês, sendo adotada então a teoria da responsabilidade extracontratual do Estado. Assim houve diferenciação entre os atos de império e os atos de gestão, respondendo o Estado por atos de gestão ainda que praticados por empregado se comprovada a culpa.

Surgiu através do Conselho de Estado francês, a adoção da teoria da responsabilidade sem culpa ou objetiva que está fundamentada na responsabilidade civil objetiva do Estado. Nesta teoria o Estado tem o

dever de indenizar bastando a mera relação causal entre o ato lesivo e o dano, cabendo à vítima apenas demonstrar o fato danoso ocorrido em decorrência de ação ou omissão do Estado pondo de lado a questão da culpa ou dolo do agente, a ilicitude ou licitude da conduta assim como o bom ou mau funcionamento da administração.

A CF/88 adotou a responsabilidade civil objetiva do Estado dando enfoque ao princípio do poluidor pagador, onde o poluidor tem o dever de arcar com o ônus advindo de sua ação, portanto por obter lucros com a atividade, deve responder integralmente pelos danos causados.

4.2 Excludentes da Responsabilidade Objetiva do Estado

No direito ambiental as excludentes que não digam respeito ao nexa causal são afastadas. Nader (2014, p. 331) enumera em sua obra os casos em o Estado não responde por atos do agente público na responsabilidade objetiva que é o foco da presente pesquisa, sendo eles: **quando os danos não se caracterizarem**, pois é elemento fundamental para o pleito de ressarcimento, sendo incumbido à vítima o ônus da prova; **quando inexistir nexa etiológico entre a conduta e os danos**, pois comprovados os danos, a vítima deve demonstrar o nexa causal entre a conduta do agente do Estado e os danos sofridos, ou seja, se não fosse a conduta do agente os danos não ocorreriam e se constatado que a causa foi obra de terceiro, não há nexa de causalidade, portanto não recai responsabilidade para o Estado; **quando o agente público atua em legítima defesa ou no estrito cumprimento do dever legal** não configurando em ilícito o dano provocado.

Desta forma, não são aplicáveis as excludentes por caso fortuito e força maior, bem como a cláusula de não indenizar. Em decorrência da adoção da teoria do risco integral o agente tem o dever de reparar o dano havendo culpa ou não, baseando-se exclusivamente na existência do fato e do nexa de causalidade e o do prejuízo causado. Assim a excludente força maior e caso fortuito não são aplicadas, pois o dano decorrente de evento natural, erro técnico ou humano não exclui a responsabilização e

ainda a cláusula de não indenizar não se aplica, pois é admitida apenas no âmbito privado.

“APELAÇÃO

CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA.

AUTUAÇÃO PELA PATRAM. CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL. INSTAURAÇÃO DE PROCESSO CRIME AMBIENTAL. AUSÊNCIA DE ILICITUDE. DEVER INDENIZATÓRIO NÃO CONFIGURADO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA.

1. O caso diz com pedido indenizatório por danos morais e materiais, decorrente da alegação de autuação ambiental desmotivada. 2. O réu, na condição de pessoa jurídica de Direito Público interno - Estado do Rio Grande do Sul -, tem os limites de sua responsabilidade civil estabelecidos no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. Trata-se, pois, de responsabilidade objetiva, cujos elementos a serem examinados são a efetiva ocorrência dos fatos, o nexo de causalidade e o dano. 3. No caso dos autos não houve conduta ilícita por parte dos agentes do Estado, que agiram no estrito cumprimento do dever legal. Restou comprovado que o empreendimento do autor - lavagem de carros - estava em funcionamento sem licença ambiental. Dever indenizatório não configurado. 4. Sentença de improcedência mantida. APELO PROVIDO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70057517161, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Iris

Helena Medeiros Nogueira, Julgado em 31/01/2014). (TJ-RS - AC: 70057517161 RS , Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Data de Julgamento: 31/01/2014, Nona Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 12/02/2014)”

Portanto de acordo com a jurisprudência não configura responsabilidade civil nos casos em que o agente agir no estrito cumprimento do dever legal.

5 Princípio da Precaução na Responsabilidade Civil Ambiental do Estado

Existe uma divergência doutrinária a respeito do princípio da prevenção e o da precaução e se são sinônimos. Segundo o Dicionário Aurélio “prevenção” é o ato ou efeito de prevenir, disposição ou preparo antecipado e preventivo, ou ainda, precaução. Já “precaução” significa disposição ou medida antecipada que visa prevenir um mal, ou prevenção. Por citarem uma a outra como significado, seriam sinônimas. No entanto, existe posicionamento contrário que entende o termo prevenção como sendo mais amplo e precaução menos abrangente. Desta forma, este trabalho adotará a prevenção apenas como forma de simplificação.

Em virtude de que a maioria dos danos ambientais alcança consequências de dimensões incalculáveis e possui caráter irreparável e irreversível o princípio mais eficaz na intervenção do Estado e um dos mais importantes do Direito Ambiental é o princípio da prevenção, norteador de todos os outros princípios ambientais.

O princípio da prevenção é encontrado no artigo 255 caput da CF/88 que impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de proteger e preservar o meio ambiente. A prevenção do dano ao meio ambiente é medida preferível à tentativa de repará-lo, pois é quase impossível o

retorno ao “status quo ante”, assim como a reparação do dano pode se mostrar muito onerosa.

Desta maneira, o artigo 2º da Lei 6938/81 expõe como objetivo da Política Nacional do meio ambiente a preservação da qualidade ambiental, propícia à vida, tendo como alguns de seus princípios:

“Art. 2º - A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios:

I – ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo;

[...]

IV – proteção dos ecossistemas, com a preservação de áreas representativas;

[...]

IX – proteção de áreas ameaçadas de degradação.”

Este princípio além de ser contemplado pela legislação brasileira é reconhecido também na Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente, que resultou da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio-92), em seu Princípio 15, que dispõe:

“Princípio 15: Com a fim de proteger o meio ambiente, os Estados deverão aplicar amplamente o critério de precaução conforme suas capacidades. Quando houver perigo de dano grave ou irreversível, a falta de certeza científica absoluta não deverá ser utilizada como razão para ser adiada a adoção de medidas eficazes em função dos custos para impedir a degradação do meio ambiente.”

Conclui-se assim, que havendo incerteza científica sobre a ocorrência de dano, prevalece a proteção ao meio ambiente, cabendo ao Estado uma ação preventiva da diversidade e integridade ambiental de forma que não se omita de sua obrigação. Devendo assim, a prevenção se fazer presente para impedir os danos ambientais, ainda que incertos advindos de suas ações ou omissões.

A melhor e mais eficaz forma de prevenir danos ao meio ambiente é o estudo de impacto ambiental, apresentado pela Constituição Federal, em seu artigo 225, § 1º, IV, devendo ser realizado antes da implantação de qualquer empreendimento de caráter econômico, mostrando-se evidente a preocupação, inclusive no âmbito constitucional, de proteger o meio ambiente de possíveis atos danosos. Tem por objetivo analisar até onde as alterações que um empreendimento pretender implantar pode causar lesão ao meio ambiente.

Por Impacto Ambiental entende-se que é qualquer forma de degradação e alteração do meio ambiente. Apresentando definição legal no art. 1º da Resolução CONAMA-nº1, de 1986 que define impacto ambiental como qualquer alteração nas formas físicas, químicas e biológicas do meio ambiente que possam intervir na saúde, segurança e bem estar da população, assim como nas atividades econômicas e sociais, a integridade da fauna e flora, a qualidade dos recursos naturais.

6 Dano Ambiental

Não há de se falar em responsabilidade sem comprovação do elemento dano e para ser passível de indenização deve violar interesse jurídico tutelado, deve ser certo, e imediato. Dividindo-se em dano patrimonial e extrapatrimonial. O dano patrimonial é conhecido como dano material, pois viola bens e direitos do seu titular. Já o dano extrapatrimonial diz respeito a um direito como a dignidade da pessoa humana, ou seja, um dano moral, tratando-se de um direito da personalidade que é juridicamente protegido, porém há dificuldades quanto à indenização e liquidação dos danos extrapatrimoniais em decorrência da falta de parâmetros legais e doutrinários.

A legislação brasileira não traz a definição de dano ambiental. Apresentando o artigo 3º, I da Lei 6938/81º conceito de meio ambiente como já mencionado e a garantia de que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito de todos está na Constituição Federal. Desta maneira, dano ambiental pode ser definido como a lesão ao bem ambiental em decorrência de prática de ato cometido por pessoa física ou jurídica, pública ou privada de forma direta ou indireta tendo o dever de indenizar.

Dessa forma, o dano à natureza deve ser reparado assim como também a privação que por acaso a população venha a sofrer. A doutrina classifica os danos ambientais em coletivo e privado. O dano ambiental coletivo tem sua reparação voltada à recuperação do prejuízo e o privado pela recuperação do patrimônio individual das vítimas.

7 Formas de Reparação do Dano Ambiental Provocado pelo Estado

A Lei 6.938/81 sobre a Política Nacional Do Meio Ambiente elucida em seu artigo 4º, inciso VII a imposição ao poluidor de reparar os danos que provocou, assim como a obrigação de recuperar e indenizar os danos provocados ao ambiente. Estando previsto expressamente duas formas de reparação, sendo a recuperação de forma que retorne ao “status quo ante” e a indenização que é o ultimo recurso a ser utilizado

por ser o pior meio de reparação e só deve ser feito quando a reparação se mostrar impossível total ou parcialmente.

Sempre que possível, a forma de reparação adotada deve ser a restauração à situação anterior ao dano, visto que, embora mais oneroso seja mais eficiente. A indenização não gera tanta eficácia pelo fato de que na maioria dos casos o poluidor dá continuidade aos atos anteriores e ainda o dano em sua maioria não tem valor econômico estimável não podendo ser convertido em valor monetário. Assim, a legislação objetiva impor ao poluidor um ônus assim como dar à sociedade solução aos danos a fim de evitar a propagação da poluição ao meio ambiente.

Milaré (2007, p.910) em relação às indenizações em dinheiro quando o Estado é poluidor manifesta que não é razoável a sociedade sofrer penalização, visto que ela é a fonte do dinheiro gasto nas contas públicas. Portanto, o Estado sendo solidário nas ações ambientais somente deve ser acionado em último caso se for responsável pela causa do dano.

7 Conclusão

O presente artigo procurou analisar questões relevantes sobre o instituto da responsabilidade civil do Estado em matéria ambiental, demonstrando sob que circunstâncias o Estado pode ser responsabilizado por suas ações ou omissões danosas ao meio ambiente baseada na teoria do risco e qual a forma mais eficaz na prevenção de danos para eliminar a impunidade.

Verificou-se que a responsabilidade civil ambiental abrange elementos conceituais amplos, pois a palavra ambiente diz respeito ao espaço onde vivem e convivem os seres vivos e as coisas inanimadas. Sendo bem ambiental toda a natureza, obras construídas pelo homem, bens culturais, sendo dividido em meio ambiente natural, artificial, cultural e meio ambiente do trabalho, tendo garantia de direito fundamental e essencial à vida e saúde dos seres humanos.

Através deste estudo constatou-se a necessidade de responsabilização do Estado como causador do dano ambiental na ânsia de proteger os recursos naturais e para que não haja degradação ambiental descontrolada. Verifica-se que a teoria subjetiva se mostra ineficaz no Direito ambiental por se fazer necessária a comprovação de culpa, diferentemente da teoria objetiva baseada na teoria do risco que apenas exige a demonstração de atividade lesiva do nexo de causalidade e do dano. Portanto, diante da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, o poluidor é obrigado a indenizar ou reparar os danos que causar independentemente de culpa.

Segundo a teoria objetiva, o Estado é obrigado a ressarcir os danos provocados ao meio ambiente e a terceiros sem a necessidade de demonstrar as excludentes caso fortuito ou força maior, chegando à conclusão que mesmo sendo o Estado o causador do dano, tem o dever constitucional de proteger e resguardar o meio ambiente e deve, portanto, responder por seus atos. No que se refere à reparação do dano provocado pelo Estado, o poder público deve, mediante ação própria, reconstituir o bem degradado, privar-se de praticar tais atos lesivos ou praticar atos que favoreçam a qualidade ambiental ou ainda a indenizar os prejuízos causados.

Notou-se o avanço na legislação brasileira diante da evolução da responsabilidade civil ambiental do estado que partiu da total irresponsabilidade para a adoção da teoria objetiva já citada. Entende-se assim, que o Estado responde diretamente pelos danos que seus funcionários no exercício do cargo causem a terceiros, cabendo ao Estado o direito de regresso contra seu agente.

Ao Estado cabe o dever de agir nas três dimensões essenciais do direito ambiental, sendo elas a preventiva, reparatória e punitiva, de forma que se o Estado não agir, será sujeito à responsabilização, pois é seu dever constitucional a guarda do meio ambiente como já mencionado.

Neste sentido atinge-se a finalidade da pesquisa ao chamar a atenção para a análise prática, partindo da reflexão teórica sobre a responsabilidade civil ambiental do estado.

Portanto, conclui-se que a forma mais eficaz de prevenir danos ao meio ambiente, é a elaboração do estudo de impacto ambiental apresentado pela Constituição Federal em seu artigo 225, § 1º, IV, que deve ser proposto e realizado antes de qualquer ação geradora de significativa degradação, assim como a educação ambiental e conscientização da população, para que atos lesivos ao meio ambiente não passem impunes, mesmo que praticados pelo Poder Público.

Referências Bibliográficas

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. **Código Civil in Vade Mecum**. 20ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial. nº 1001780 (PR 2007/0247653-4)**. Relator Ministro Teori Albino Zavascki. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21073947/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1001780-pr-2007-0247653-4-stj>. Acesso em 25 de outubro de 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n.º 70057626160**. Relator Marcelo Cezar Muller. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Responsabilidade+Civil+Ambiental+ESTADO&p=2>. Acessado em: 30 de outubro de 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n.º 70057517161**. Relator Iris Helena Medeiros Nogueira. Disponível

em:<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Responsabilidade+Civil+Ambiental+ESTADO&p=2>. Acessado em: 30 de outubro de 2015.

CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE. **RESOLUÇÃO CONAMA nº 1**, de 23 de janeiro de 1986. Disponível em:<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=23>. Acesso em: 10 de novembro de 2015.

_____. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009b. Vol. IV.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**, Vol. 7. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FARIAS, Talden. **Direito ambiental: tópicos especiais**. João Pessoa: Editora da UFPB, 2007.

FIGUEIREDO FILHO, Francisco Freire de; MENEZES, Maria do Socorro da Silva. **Direito ambiental**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: CL EDIJUR, 2014 (Coleção Sinopses Jurídicas).

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 14ª ed. Ver. , ampl. e atual. em face da RIO +20 e do novo “Código” Florestal São Paulo: Saraiva, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**, volume III. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 11ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009a.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 20ª ed. atual. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. Lei 6938, 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. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 2 set. 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil>. Acesso em: 24 de outubro de 2015.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: A gestão ambiental em foco, glossário**. 5ª. ed. rev. , atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**, volume 7, 5ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Vol. I.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Declaração do Rio)**, 1992. Disponível em: <http://www.ecolnews.com.br/agenda21/agenda21-anexo.htm>. Acesso em: 17 de novembro de 2015.

SILVA, José Afonso da Silva. **Direito Ambiental Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 2ª ed. ver. , atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

ASPECTOS TEÓRICOS SOBRE O PODER FAMILIAR

MARIO SILVA CABRAL: Acadêmico do Décimo Semestre do Curso de Direito do Centro Universitário Jorge Amado - UNIJORGE.

Resumo: No presente trabalho são elucidados os aspectos teóricos do Poder Familiar sendo, instituto que foi alvo de inúmeras mudanças devido aos avanços da Família em relação à Sociedade e Ordenamento Jurídico, deste modo inicialmente é estudado a Origem da Família e seu Conceito, bem como as Noções de Modernidade e Contemporaneidade aplicada a este Conceito, além das Características do Poder Familiar, Exercício, Conteúdo, e as medidas de Extinção, Suspensão e Perda desse instituto.

Palavras-Chave: Família; Origem; Poder Familiar; Código Civil; Modelos de Família.

Resume: In this work are elucidated the theoretical aspects of Family and Power, an institute that has undergone numerous changes due to advances in Family in relation to the Company and legal system in this way is first studied the family origin and its concept as well as the basics Modernity and Contemporary applied to this concept, in addition to characteristics Family Power, Exercise, Content, and Termination of measures, suspension and loss of this instrument.

Keywords: Family; origin; Family power; Civil Code; Family models.

Sumário: 1 Da Família. 1.1 Origem. 1.2 Conceito. 1.3 Família Moderna. 1.4 Família Contemporânea. 2 Poder Familiar. 2.1 Titulares do Poder Familiar. 2.2 Características do Poder Familiar. 2.3 Do Exercício do Poder Familiar. 2.4 Conteúdo do Poder Familiar. Da Extinção. 2.5 Suspensão e Perda do Poder Familiar.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo analisar os aspectos teóricos do Poder Familiar com base no estudo da origem da família e modificações que ocorreram no ordenamento jurídico brasileiro.

Inicialmente é realizada análise sobre a origem da família, sendo estudado o surgimento do primeiro modelo de família que foi a consanguínea, em que imperava a relação entre irmãos uterinos. Posteriormente temos o surgimento da Punaluana, sendo o casamento coletivo de irmãos e irmãs, carnais e colaterais, no seio do mesmo grupo.

Depois da Punaluana temos o surgimento da família Sindiásmica, os irmãos consanguíneos deixam de contrair matrimônio, homem e mulher vivem em conjunto, sendo exigida de forma rigorosa a fidelidade das mulheres enquanto perdurar o vínculo conjugal. Em seguida temos o surgimento da família Monogâmica, neste modelo temos a figura paterna dominando todo seio familiar.

Também é estudado o modelo de família Romana que é pautada pelo império do Pátrio Poder a figura do homem dominando todo ambiente familiar, deste modo, o ascendente mais velho tinha poder sobre os descendentes controlando toda da família.

Com a Revolução industrial ocorrem mudanças no modelo da família devido à desfuncionalização econômica da mesma, criação das grandes cidades e mudança no modelo de educação das crianças.

É analisado o conceito de família, também a família Moderna que surge com a modernidade, iniciada em meados do século XV e que perdura até o surgimento da família Contemporânea na metade do século XX impulsionada pela pós-modernidade.

Ainda na família Moderna encontramos os resquícios do Pátrio Poder, tendo apenas o genitor pai no domínio de todo seio familiar, diante disso com as revoluções e movimentos como o Feminista e movimento Homossexual, bem como com as mudanças que foram ocorrendo no ordenamento jurídico à mulher ganha espaço o exercício do Poder Familiar.

A família Contemporânea é um marco na modificação do núcleo familiar, haja vista os novos modelos de família serem reconhecidos, tendo a mulher espaço total na administração da família, bem como a formação de novas entidades familiares, como exemplo da família homossexual, recomposta, estendida, anaparental e dentre outras que foram aparecendo com o advento da pós-modernidade.

Em seguida temo o estudo do Poder Familiar que é dividido em cinco tópicos. Primeiro é elucidado os Titulares do Poder Familiar, tendo regra expressa no artigo 1634 do Código Civil, sendo do pai e da mãe a titularidade deste instituto.

Outro tópico são as características, que se definem por irrenunciáveis, indisponíveis, inalienáveis, imprescritíveis, tendo ainda como característica a proteção e temporariedade.

O Exercício do Poder Familiar compete a ambos os genitores tendo regra expressa no artigo 1634 do Código Civil, bem como o Conteúdo do Poder Familiar que é o complexo de direitos e deveres que incumbem aos progenitores com relação aos filhos.

Por fim é analisada a Extinção, Suspensão e Perda estão previstos nos Arts. 1635, 1637 e 1638, a suspensão caráter temporário e a Perda e Extinção caráter definitivo em relação aos direitos e obrigações dos genitores com os filhos.

1 DA FAMÍLIA

A família é um dos sustentáculos da sociedade, tendo em sua estrutura os valores, os costumes, as crenças e tradições. Junto com esses atributos que compõem sua forma temos ainda seu caráter mutável, vez que, ela se modifica conforme a sociedade vai evoluindo, a liquidez, o dinamismo, a pluralidade, está tanto na família como na sociedade.

Com efeito, por mais que o caráter dinâmico da família tenha acarretado em severas mudanças na sua base, estrutura, forma e composição, a essência continua sendo a mesma, deste modo, o ideal de relação de afeto, poder, respeito e convivência ainda perdura.

Muito se fala em falência, modificação, ou extinção da família tradicional, entretanto haja vista o caráter dinâmico da família, o que ocorre é um processo de modificação de suas bases devido à evolução da sociedade.

A princípio, a sociedade constituída pelos seus moldes tradicionais, estes que se definiam pela vida monótona, agricultura de subsistência, valores e costumes sólidos, uma vida pragmática em que a mulher e os filhos viviam sob o domínio do chefe da família representado pelo homem, nesta ótica ela era constituída pelo homem e a mulher como genitores e seus filhos, esse era o modelo da família tradicional.

Com a evolução da sociedade, destacando a chegada da pós-modernidade, com a ocidentalização do mundo, inicia-se uma maior modificação na família, vale dizer, os valores, os costumes, o fato social que para Durkheim (2008, p.33) podiam ser entendidos como coisa, as crenças e tradições perderam sua

natureza sólida e engessada, dando origem à liquidez e ao dinamismo.

Na sociedade moderna tudo flui em constante mudança, não se tem mais o caráter sólido das coisas, com isso suas raízes são menores, às arvores da sociedade moderna brotam frutos alternativos e diferentes. Nesse diapasão, Zygmunt Bauman destaca que:

“A vida na sociedade líquido-moderna é uma versão perniciosa da dança das cadeiras, jogada para valer. O verdadeiro prêmio nessa competição é a garantia (temporária) de ser excluído das fileiras dos destruídos e evitar ser jogado no lixo. (BAUMAN, 2007b, p. 10)”.

Por fim, sucumbe o modelo de família tradicional e emerge novos modelos, uma evolução da família moderna para família contemporânea. Em verdade, não se pode falar em apenas um modelo de família, mas em uma pluralidade de modelos.

1.1 ORIGEM

A origem da primeira família é bastante controversa, vez que não se sabe quando de fato ela surgiu e qual era seu modelo estrutural. Deste modo, nos primórdios da sociedade, a relação humana era constituída de maneira diferente, posto que, o único motivo que ligava as pessoas era o instinto de sobrevivência, a necessidade de juntar alimentos, habitação e até mesmo a continuidade da espécie.

Segundo Friedrich Engels (2005) nas sociedades primitivas, precisamente na pré-história, existia a dificuldade de estabelecer a paternidade devido à promiscuidade sexual que imperava entre as pessoas, razão qual só se tinha certeza do

vínculo maternal entre a mulher e a criança, o que acarretava em um maior poder da mulher sob a família, isso no estado selvagem.

Com o passar dos tempos às figuras mudam, o homem se moderniza, a população aumenta, assim surge o manuseio da cerâmica, domesticação de animais, cultivo de plantas, até chegar à fundição do minério de ferro, ocorrendo uma mudança no modelo da sociedade, vale dizer, a evolução do estado selvagem para a barbárie.

Os parâmetros que mudam com a evolução do estado selvagem para a barbárie é o domínio da propriedade, vez que o homem emerge na sociedade, passando a dominar os bens, escravizar as pessoas, controlar a família, surgindo assim à sociedade patriarcal, com a preponderância da figura do homem.

Neste diapasão, podemos destacar a Família Consanguínea como primeira noção de família. Com esse modelo, às praticas de relações sexuais ocorriam entre irmãos e irmãs uterinos, e estes eram considerados cônjuges, Friedrich Engels traduz o entendimento de que:

“Nela, os grupos conjugais classificam-se por gerações: todos os avôs e avós, nos limites da família, são maridos e mulheres entre si; o mesmo sucede com seus filhos, quer dizer, com os pais e mães; os filhos destes, por sua vez, constituem o terceiro círculo de cônjuges comuns; e seus filhos, isto é, os bisnetos dos primeiros, o quarto círculo. Nesta forma de família, os ascendentes e descendentes, os pais e filhos, são os únicos que, reciprocamente, estão excluídos dos direitos e deveres (poderíamos dizer) do matrimônio. Irmãos e irmãs, primos e primas, em primeiro, segundo e restantes graus, são todos entre si, irmãos e

irmãs, e por isso mesmo maridos e mulheres uns dos outros. O vínculo de irmão e irmã pressupõe, por si, nesse período, a relação carnal mútua (ENGELS, 2005, p. 37-38)”.

Em contraposição à família consanguínea surge a Punaluana, que significa o casamento coletivo de irmãos e irmãs, carnis e colaterais, no seio do mesmo grupo, este modelo de família determina a criação das categorias primos e primas, sobrinho e sobrinhas.

A família Punaluana é destacada pelo progresso no que se diz respeito à organização da família, com ela a relação carnal mútua que existia na família consanguínea deixa de existir para dar lugar a uma relação que excluía os pais e os filhos do comércio sexual recíproco, a exclusão dos irmãos uterinos e em seguida dos irmãos colaterais, nesse contexto:

“Se o primeiro progresso na organização da família consistiu em excluir os pais e filhos das relações sexuais recíprocas, o segundo foi a exclusão dos irmãos. Esse progresso foi infinitamente mais importante que o primeiro e, também, mais difícil, dada a maior igualdade nas idades dos participantes. Foi ocorrendo pouco a pouco, provavelmente começando pela exclusão dos irmãos uterinos (isto é, irmãos por parte de mãe), a princípio em casos isolados e depois, gradativamente, como regra geral (no Havai ainda havia exceções no presente século) e acabando pela proibição do matrimônio até entre irmãos colaterais (quer dizer, segundo nossos atuais nomes de parentesco, entre primos carnis, primos em segundo e terceiro graus) (ENGELS, 2005, p. 39)”.

Posteriormente, temos o surgimento da família Sindiásmica, sendo ela um modelo de família formada no limite divisor entre a sociedade selvagem e a barbárie, nesse modelo os irmãos consanguíneos deixam de contrair matrimônio, homem e mulher vivem em conjunto, sendo exigida de forma rigorosa a fidelidade das mulheres enquanto perdurar o vínculo conjugal e o adultério era cruelmente castigado, a infidelidade era permitida apenas para homem. Segundo Engels:

“Neste estágio, um homem vive com uma mulher, mas de maneira tal que a poligamia e a infidelidade ocasional continuam a ser um direito dos homens, embora a poligamia seja raramente observada, por causas econômicas; ao mesmo tempo, exige-se a mais rigorosa fidelidade das mulheres, enquanto dure a vida em comum, sendo o adultério destas cruelmente castigado. O vínculo conjugal, todavia, dissolve-se com facilidade por uma ou por outra parte, e depois, como antes, os filhos pertencem exclusivamente à mãe (ENGELS, 2005, p. 49)”.

Após a família Sindiásmica surge a Monogâmica, neste modelo temos a figura paterna dominando todo seio familiar, a sua finalidade é procriar filhos, sendo que a paternidade destes é indiscutível, tendo à prole, direitos sucessórios sobre os bens do pai. Na família Monogâmica predomina uma maior durabilidade no matrimônio, a união é mais sólida e diverge da Sindiásmica no que diz respeito à dissolução do vínculo, vez que somente o homem pode romper o matrimônio ou repudiar sua mulher.

Em Roma, a família tem uma estrutura diferente, posto que, surge o Pátrio Poder, a figura do homem dominando todo ambiente familiar, deste modo, o ascendente mais velho tinha poder sobre os descendentes controlando toda da família.

O modelo da família romana tinha em sua forma a função biológica, função educacional, função econômica, função assistencial, função espiritual e função afetiva. Segundo Fabio Ulhoa Coelho (2006, p. 05 - 08):

“Função biológica: relacionada à preservação e ao aprimoramento das espécies: com a proibição do incesto, a família romana garantia os benefícios da diversidade genética para as gerações subsequentes; Função educacional: pertinente a preparação dos filhos menores para a vida em sociedade, mediante a introjeção dos valores que possibilitavam a organização da estrutura social dos moldes então existentes; Função econômica: que compreende a produção dos bens necessários à vida humana; Função assistencial: pela qual a família amparava seus principais membros nas enfermidades e velhice: após a morte do marido, a mãe e tios ficavam sob os cuidados do primogênito; Função espiritual: sendo a família o local das práticas religiosas: não havia religião no espaço público; Função afetiva: indispensável à estruturação psíquica do ser humano, construção de sua identidade, auto-estima: a família é condição essencial para a felicidade”.

Na Revolução Industrial ocorreu a desfuncionalização econômica da família, vez que a concentração de pessoas nas grandes cidades devido à necessidade de mão-de-obra para suprir a necessidade das fábricas fez com que a família perdesse a concentração do poder econômico.

O pai passa a ter menor influência sobre os filhos e começa a dividir as obrigações de Poder com a mulher, deste modo à mãe passa a ter uma maior influência em relação aos filhos, sucumbindo o Pátrio Poder e emergindo o Poder Familiar, que englobava ambos os genitores.

O pátrio poder que imperava na relação familiar vai cada vez mais perdendo força, a mulher começa a ter um lugar na sociedade, por conseguinte dentro da família, a concentração de poder que estava na mão do pai passa a ser dividido com a mãe, surgindo então o Poder Familiar.

1.2 CONCEITO

O conceito de família não é universal, sobretudo absoluto, vez que ao decorrer dos tempos encontramos inúmeras denominações e definições. É difícil trazer um conceito eficaz de família, um que englobe todo o instituto, que seja integral, em verdade. Existem definições mais eficazes para os tipos de família, seja ela consanguínea, extensa, monoparental, combinada, homoafetiva, monogâmica, anaparental, e assim por diante.

Com efeito, buscando uma definição sucinta de forma até genérica no dicionário encontramos a seguinte definição:

“família s. f. (sXIII cf. FichIVPM) 1 grupo de pessoas vivendo sob o mesmo teto (esp. O pai, a mãe e os filhos) 2 grupo de pessoas que têm uma ancestralidade comum ou que provêm de um mesmo tronco 3 pessoas ligadas entre si pelo casamento e pela filiação ou, excepcionalmente, pela adoção 3.1 fig. grupo de pessoas unidas por mesmas convicções ou interesses ou que provêm de um mesmo lugar (uma f. espiritual) (a f. mineira) 3.2 grupo de coisas que apresentam propriedades ou

características comuns (porcelana chinesa da f. verde) 4 BIO categoria que compreende um ou mais gêneros ou tribos com origem filogenética, comum e distintos de outros gêneros ou tribos por características marcantes [Na hierarquia de uma classificação taxonômica, está situada abaixo da ordem e acima da tribo ou do gênero.] 5 GRÁF conjunto de tipos que apresentam em seu desenho as mesmas características básicas 6 MAT conjunto de curvas ou superfícies indexadas por um ou mais parâmetros 7 QUÍM m. q. GRUPO • cf. tabela periódica • f. de instrumentos MÚS conjunto de instrumentos semelhantes que se distinguem pelo tamanho e pela afinação ('nota') • f. de palavras LEX LING grupo de palavras que se associam por meio de um elemento comum, a raiz • f. linguística LING grupo de línguas geneticamente aparentadas (derivadas de uma mesma protolíngua), cuja origem comum, inferida por estudos comparativos de gramática, filologia e linguística histórica, é atestada por grande número de cognatos e de correspondências sistemáticas e regulares de ordem fonológica e/ou gramatical (f. linguística indo-europeia, fino-úgrica, sino-tibetano etc.) cf. grupo, tronco, filo, ramo • f. natural DIR. CIV família formada pelos pais, ou apenas um deles, e seus descendentes • f. nuclear o grupo de família composto de pai, mãe e filhos naturais ou adotados residentes na mesma casa, considerado como unidade básica ou núcleo da sociedade • f. radiativa FÍS. NUC m. q. SÉRIE RADIATIVA • f. substituta DIR. CIV família estabelecida por adoção, guarda ou

tutela • Sagrada ou Santa F. quadro ou outra representação artística figurando José, a Virgem e o Menino Jesus • ser f. ser honesto, recatado (nada de abusos, aquela garota é f.) • ETIM lat. Família, ae ‘domésticos, servidores, escravos, séquito, comitiva, cortejo, casa, família’; ver famili- • SIN/VAR ver sinonímia de linhagem (HOUAISS, 2001, p. 1304)”.

Neste diapasão, podemos destacar o conceito trazido por Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2012, p.39), tal qual se perfaz de forma simples e ao mesmo tempo completo, em que segundo os autores a “família é o núcleo existencial integrado por pessoas unidas por vínculo socioafetivo, teleologicamente vocacionada a permitir a realização plena dos seus integrantes”. *In verbis*:

“Nessa linha, é possível sistematizar o nosso conceito da seguinte maneira: a) núcleo existencial composto por mais de uma pessoa: a ideia óbvia é que, para ser família, é requisito fundamental a presença de, no mínimo, duas pessoas¹³; b) vínculo socioafetivo: é a afetividade que forma e justifica o vínculo entre os membros da família, constituindo-a. A família é um fato social, que produz efeitos jurídicos¹⁴; c) vocação para a realização pessoal de seus integrantes: seja qual for a intenção para a constituição de uma família (dos mais puros sentimentos de amor e paixão, passando pela emancipação e conveniência social, ou até mesmo ao extremo mesquinho dos interesses puramente econômicos), formar uma família tem sempre a finalidade de concretizar as aspirações dos indivíduos, na perspectiva da função social (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2012, p.39)”.

Com efeito, Paulo Nader (2009, p.3) afirma que a família é uma instituição social, composta por mais de uma pessoa física, que se irmanam no propósito de desenvolver, entre si, a solidariedade nos planos assistencial e da convivência ou simplesmente descendem uma da outra ou de um tronco comum.

Segundo Caio Mario (2007; p. 19 e p.20), família em sentido genérico e biológico é o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum; em senso estrito, a família se restringe ao grupo formado pelos pais e filhos, deste modo, afirma que em sentido universal é considerada a célula social por excelência.

Já para Silvio Rodrigues (2004, p. 4 -5), a família, de forma ampla, é a formação por todas aquelas pessoas ligadas por vínculo de sangue, ou seja, todas aquelas pessoas provindas de um tronco ancestral comum, o que inclui, dentro da órbita da família, todos os parentes consanguíneos. Entretanto, de forma estrita, constitui a família, o conjunto de pessoas compreendido pelos pais e sua prole.

Todavia, inúmeros são os conceitos atribuídos à família, logo, cumpre destacar que em sua base, seja qual for sua definição, sempre existira o afeto e as relações de poder e dever. Por fim, podemos destacar a família como um instituto formado por mais de uma pessoa, tendo essas de forma recíproca uma relação habitual de laços afetivos e consanguíneo, ou apenas afetivo.

1.3 FAMÍLIA MODERNA

Com o advento da modernidade, iniciando em meados do século XV, impulsionado pelo Renascimento, ocorre uma grande modificação na sociedade, vale dizer, nesse período a Europa encontra-se impulsionada sobre novas condições econômicas e sociais.

Assim, temos as transformações envolvendo aspectos culturais, políticos e econômicos.

Culturais devido à preponderância do Renascimento, trazendo consigo o fortalecimento da arte, da ciência, uma visão individualista, antropocentrista, racional e impulsionadora do progresso.

Políticos no sentido do surgimento dos Estados Absolutistas e a queda dos Feudos, posteriormente a existência dos Estados Liberais com a ascensão da burguesia ao poder.

Econômico devido ao surgimento do capitalismo, que veio a impulsionar o surgimento do Estado Liberal, e deu ensejo a Revolução Francesa e a Revolução Industrial.

Com efeito, a modernidade acarretou mudanças consideráveis na família, mudam as funções da família, sua composição, por conseguinte os ciclos da vida e os papéis dos pais.

Deste modo, as funções educacionais que cumpriam as famílias na época dos Feudos são outorgadas a instituições particulares ou estatais. O trabalho que era realizado dentro da família, passa a ser realizado fora dela, não obstante, ocorre um processo maior de modificação da família movido pela Revolução Industrial.

A modernidade não só mudou as funções da família, como também modificou as relações de poder nela existentes, vez que, com o seu advento, o Pátrio Poder que era a figura do pai dominando todo seio familiar, deu espaço para o Poder Familiar que se constituía pelos direitos e deveres iguais para ambos os cônjuges.

1.4 FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA

Na segunda metade do século XX a pós-modernidade abalou totalmente as estruturas da família, vez que, acarretou na mudança dos valores, costumes, relações afetivas, de poder, do ambiente familiar. Com ela, a família chega ao dinamismo ou a pluralidade do seu modelo, logo, temos novas relações familiares, surgimento de movimentos como o feminista, movimento homoafetivo, que contribuíram para modificação da família.

Deste modo, segundo Castells:

“Um novo mundo está tomando forma neste fim de milênio. Originou-se mais ou menos no fim dos anos 60 e meados da década de 70 na coincidência histórica de três processos independentes: revolução da tecnologia da informação; crise econômica do capitalismo e do estatismo e a consequente reestruturação de ambos; e apogeu de movimentos sociais culturais, tais como liberalismo, direitos humanos, feminismo e ambientalismo. A interação entre esses processos e as reações por eles desencadeadas fizeram surgir uma nova estrutura social dominante, a sociedade em rede; uma nova economia, a economia informacional/global; e uma nova cultura, a cultura da virtualidade real. A lógica inserida nessa economia, nessa sociedade e nessa cultura está subjacente à ação e às instituições sociais em um mundo interdependente (CASTELLS, 1999, p.412)”.

Com a pós-modernidade temos o surgimento dos novos modelos de família. A família contemporânea, não se restringe

apenas as famílias nucleares, seu conceito é mais amplo, abarcando a ideia de família recomposta, homoafetiva, monoparental, dentre outras inúmeras formas.

Com efeito, além das mudanças ocorridas com o advento da Modernidade, destacando a Revolução Industrial, temos o movimento feminista que alterou de forma bastante significativa o mundo da mulher, por conseguinte o movimento da juventude com a busca de novos valores, e o movimento homossexual buscando direitos e garantias fundamentais aos homossexuais.

Em 1960 com a criação da pílula anticoncepcional, o sexo foi separado da reprodução, deste modo, ocorreu uma interferência na sexualidade feminina, abalando o conceito sagrado da maternidade. A mulher passou a poder desvincular a maternidade da sexualidade, passando a escolher ser mãe ou não.

Já em 1980 tem-se a criação da inseminação artificial, dando a opção de procriar sem realizar o coito. A mulher tem a opção de ser mãe com o simples ato de fazer uma fertilização, desassociaram-se a gravidez da relação sexual, afetando assim a identificação da família com o mundo natural.

No ano de 1990 surge o exame de DNA, conferindo novas possibilidades e dando um novo impulso as mudanças familiares. Com seu surgimento, qualquer criança provinda de relações consensuais ou matrimoniais passou a ter reservado seus direitos de filiação por parte do pai e da mãe.

Por conseguinte, temos a diminuição das configurações familiares, tendo um menor número de pessoas na composição da família e o aumento da diversidade dos grupos familiares, ademais a diminuição dos casamentos, por conseguinte o aumento de relações sem registro, casamentos tardios, idosos se casam mais, uniões precoces, aumento das pessoas morando sozinhas, casais

sem filhos, famílias monoparentais, menos casamentos e mais uniões rompidas, recasamentos, tudo fruto da pós-modernidade.

Segundo Maria Berenice Dias (2001):

"As famílias modernas ou contemporâneas constituem-se em um núcleo evoluído a partir do desgastado modelo clássico, matrimonializado, patriarcal, hierarquizado, patrimonializado e heterossexual, centralizador de prole numerosa que conferia status ao casal. Neste seu remanescente, que opta por prole reduzida, os papéis se sobrepõem, se alternam, se confundem ou mesmo se invertem, com modelos também algo confusos, em que a autoridade parental se apresenta não raro diluída ou quase ausente. Com a constante dilatação das expectativas de vida, passa a ser multigeracional, fator que diversifica e dinamiza as relações entre os membros (DIAS, SOUZA, 2001, p.3)".

Contudo, a família contemporânea aborda uma pluralidade de formas, deixando de ter apenas um núcleo, formando famílias plurais. A figurada família Matrimonial era tutelada pelo Código Civil Brasileiro de 1916, com uma visão Católica existindo apenas com o casamento, em que segundo Maria Berenice Dias (2013, p.44) tinha um perfil matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, patrimonializada e heterossexual.

Também temos a família informal ou união estável prevista inicialmente na Constituição Federal de 1988, posteriormente sendo regulados os direitos de alimentos e à sucessão na lei no 8.971, de 29 de dezembro de 1994, que por muito tempo não tinha amparo jurídico, entretanto com o passar dos tempos foi ganhando respaldo legal, acabando por se consolidar

como modelo de família, deste modo cristalina previsão do conceito de união estável no artigo 1º da lei 9.278 de 1996, bem como do artigo 1.723 do Código Civil de 2002:

“É reconhecida como entidade familiar a convivência, duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

“É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Sobre a união estável, Maria Helena Diniz (2005) traz a seguinte definição:

“União respeitável entre homem e mulher que revela intenção de vida em comum, tem aparência de casamento e é reconhecida pela Carta Magna como entidade familiar. É a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família desde que não haja impedimento matrimonial (DINIZ, 2005, p. 795)”.

Temos ainda como modelo contemporâneo de família, a homoafetiva, tendo como base a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo. Esse modelo de família é alvo de grandes críticas devido à falta de amparo constitucional sobre o assunto, vez que, a constituição brasileira determina que família seja constituída pela união de homem e mulher, entretanto a jurisprudência vem entendendo que a união homoafetiva também é família, ficando equiparada a união estável no que diz respeito aos direitos e garantias. Todavia, para Maria Berenice Dias:

“As uniões homoafetivas são uma realidade que se impõe e não podem ser negadas,

estando a reclamar tutela jurídica, cabendo ao Judiciário solver os conflitos trazidos. Incabível que as convicções subjetivas impeçam seu enfrentamento e vedem a atribuição de efeitos, relegando à marginalidade determinadas relações sociais, pois a mais cruel consequência do agir omissivo é a perpetração de grandes injustiças. (DIAS, 2005, p. 17)”.

Um modelo de família que é alvo de preconceitos e impedimentos legais é o de família Paralela ou Simultânea, isso devido à figura da concubina ser alvo de repúdio social. Ocorre que a jurisprudência vem reconhecendo a existência das duas entidades familiares, concedendo amparo legal, vez que a Constituição Federal de 1988 optou por proteger todas as formas de família, segundo Maria Berenice Dias (2013, p.48) são relações que repercutem no mundo jurídico, pois os companheiros convivem, muitas vezes têm filho, e há construção patrimonial em comum.

Do mesmo modo, as famílias poliafetivas recebem a mesma carga de preconceito, segundo Maria Berenice Dias (2013, p.53) a escritura pública declaratória de união poliafetiva de um homem com duas mulheres repercutiu como uma bomba. Todavia, ainda que existam impedimentos legais para esse modelo, sua existência é inegável.

Conforme o artigo 226 da Constituição Federal de 1988 a entidade familiar é a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, deste modo, Maria Berenice Dias afirma que:

“O enlaçamento dos vínculos familiares constituídos por um dos genitores com seus filhos, no âmbito da especial proteção do Estado, atende a uma realidade que precisa ser arrostada. Tais entidades familiares receberam em sede doutrinária o nome de família

monoparental, como forma de ressaltar a presença de somente um dos pais na titularidade do vínculo familiar (DIAS, 2013, p.54)”.

O modelo de família recomposta, pluriparental ou mosaico, segundo Maria Berenice Dias (2013, p.55) é constituída depois do desfazimento de relações afetivas pretéritas, sendo elas reconstruídas, recompostas e até mesmo ensambladas. Nesta ótica, Silvio de Salvo Venosa entende que:

“Os conflitos sociais gerados pela nova posição social dos cônjuges, as pressões econômicas, a desatenção e o desgaste das religiões tradicionais fazem aumentar o número de divórcios. As uniões sem casamento, apesar de serem muito comuns em muitas civilizações do passado, passam a ser regularmente aceitas pela sociedade e pela legislação. A unidade familiar, sob o prisma social e jurídico, não tem mais como baluarte exclusivo o matrimônio (VENOSA, 2009, p.6)”.

Outro modelo de família é o Natural ou Extensa, que conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente (1990) em seu artigo 25º é uma comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes. Maria Berenice Dias (2013, p.57) destaca que “a Lei 12.010/09 introduziu o conceito de família extensa ou ampliada: aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afetividade”.

Quando os pais não podem, não querem ou não conseguem criar a criança, a família substituta tem o papel de ocupar o lugar da família biológica, deste modo, conforme artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente (1990) “toda criança ou

adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes”.

Por fim, temos a figura da Família Eudemonista esse modelo se preocupa com a realização plena dos seus integrantes, vez que prevalece a comunhão de afeto recíproco, e independente do vínculo biológico, o que tem como pressuposto principal é a consideração e o respeito mútuo.

2 PODER FAMILIAR

A sociedade e a família estão juntas no processo de evolução, bem como no contexto histórico, não obstante, a família é um dos pilares da sociedade, nada estranho que os avanços sociais interfiram severamente no seio familiar.

Com efeito, o Poder Familiar é um instituto que representa papel fundamental na família, vale dizer, é através dele que os pais exercem conjuntamente o poder de comando, guarda e proteção aos filhos. No entanto, esse poder confere aos pais mais deveres do que direitos, obrigações de dar afeto, educação, lazer, alimentos, saúde, tudo para que a criança tenha uma vida digna.

No direito romano encontramos a primeira ideia do exercício do poder sobre o ambiente familiar. Contudo, ocorre que o instituto se portava de forma diferente, sobretudo sua terminologia, significado era dessemelhante a ideia atual.

Temos então o instituto do *Pater Poder*, que em Roma era o pai dominando todo seio familiar. O *Patria Potestas* (poder do pai) não havia obrigação com bem-estar dos submissos, tendo caráter perpetuo e só poderia ser extinta em duas situações: *capitis*

diminutio (perda da capacidade) sofrida pelo *pater familia* (pai da família) e com a emancipação.

Silvio Rodrigues traz o seguinte entendimento sobre o *Pater Poder*:

“No direito romano o pátrio poder é representado por um conjunto de prerrogativas conferidas ao *pater*, na qualidade de chefe da organização familiar, e sobre a pessoa de seus filhos. Trata-se de um direito absoluto, praticamente ilimitado, cujo escopo é efetivamente reforçar a autoridade paterna, a fim de consolidar a família romana, célula base da sociedade, que nela encontra o seu principal alicerce (RODRIGUES, 2004, p.353)”.

Deste modo, ao ideal machista provindo da sociedade patriarcal, a figura do homem estava no centro de tudo, sobretudo no centro da família, Maria Berenice Dias (2013, p.434) assevera que a conotação machista do vocábulo pátrio poder é flagrante, pois só menciona o poder do pai com relação aos filhos.

No Brasil o Código Civil de 1916 trazia da ideia de pátrio poder com as mesmas acepções provindas do direito romano, vale dizer, imperava a figura do pai dominando todo seio familiar, neste enfoque temos a seguinte transcrição do artigo 233 do CC 16:

“Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal. Compete-lhe: I - a representação legal da família; II - a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar em virtude do regime matrimonial adotado, ou de pacto antenupcial (arts. 178, § 9º, I, c, 274, 289, I e 311); III - o direito de fixar e mudar o domicílio da família (arts. 46 e 233, n. IV); IV - O direito de autorizar

a profissão da mulher e a sua residência fora do teto conjugal (arts. 231, II, 242, VII, 243 a 245, II e 247, III); V - prover a manutenção da família, guardada a disposição do art. 277”.

Na mesma ótica o artigo 379 do Código Civil de 1916 determinava que os filhos legítimos, ou legitimados, os legalmente reconhecidos e os adotivos estariam sujeitos ao pátrio poder, enquanto menores, e, no artigo 380 que durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família (art. 233), e, na falta ou impedimento seu, a mulher.

Não obstante, com o movimento feminista que surgiu em 1848 nos Estados Unidos a mulher veio a ganhar um maior espaço na sociedade, em que pese seus reflexos só ter logrado êxito no tocante a legislação brasileira em 1962.

No ano de 1962 surge o Estatuto da Mulher Casada que veio a conferir prerrogativas à mulher, inserindo-a no campo jurídico como figura indispensável para administração da família, vez que acabou por alterar o artigo 233 do Código Civil de 1916 confiando ao pai e a mãe a chefia da sociedade conjugal.

Posteriormente ao Estatuto da Mulher Casada o fato de maior importância, isso no âmbito jurídico e social, foi à promulgação da Constituição Federal de 1988 reconhecendo a mulher como sujeita de direito, que no artigo 5º concedeu tratamento isonômico ao homem e à mulher, todavia no artigo 226, § 5º determinou que ambos os genitores desempenhassem o poder familiar com relação aos filhos comuns.

Em 1990 com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, a criança passou a ter um maior amparo, posto que o surgimento de princípios como proteção geral, proteção integral, proteção especial, garantia prioritária, prevalência dos direitos dos

menores, indisponibilidade do direito da criança e do adolescente, reintegração e reeducação do menor acarretam em uma maior proteção ao infante no seio da família.

Nessa vertente o artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente antes da vigência do Código Civil de 2002 já estabelecia que o poder fosse exercido em igualdade de condições pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

2.1 TITULARES DO PODER FAMILIAR

No Código Civil de 1916 a titularidade do Pátrio Poder pertencia ao pai, e na ausência dele a mãe passava a ter a titularidade do seu exercício, não obstante, com o advento da Lei n. 4.121/62, acarretou na alteração do artigo 380 do Código Civil de 1916, passando a ter a seguinte redação:

“Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz, para solução da divergência”.

Deste modo, a titularidade do Pátrio Poder foi conferida a ambos os progenitores, em 1988 com a promulgação da Constituição Federal, em seu artigo 226, § 5º, trouxe a disposição de que "os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher", com esta

disposição foi reforçada a ideia de Poder Familiar atribuído ao homem e a mulher simultaneamente.

Em 2002 com o Novo Código Civil a ideia do Pátrio Poder perde espaço para o Poder Familiar, instituto que engloba não os progenitores pai e mãe, bem como aquele que ficar responsável pelo múnus de fato ou de direito, como se da o irmão que é chefe da família ou ao tio em relação aos sobrinhos que com ele vivem.

O Código Civil de 2002 em seu artigo 1.634 determina que compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar. Silvio Rodrigues assevera que:

“O novo Código Civil, atento à igualdade entre os cônjuges, atribui o poder familiar durante o casamento (ou na constância da união estável) a ambos os pais, só assumindo um como exclusividade na falta ou impedimento do outro. E nesse exercício conjunto, divergindo os pais, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo (art. 1.631) (RODRIGUES, 2004, p.357)”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente sofreu alteração no seu artigo 21 com advento da Lei 12.010/2009, antes da Lei, o artigo assegurava o exercício do Pátrio Poder a ambos o pais, no entanto, após a alteração do art. 21 em detrimento da Lei 12.010 de 2009, o artigo passou a dispor que o Poder Familiar será exercido a ambos os pais.

2.2 CARACTERÍSTICAS DO PODER FAMILIAR

As características do poder familiar são inerentes à proteção da relação entre os progenitores e os filhos, deste modo,

são irrenunciáveis, indisponíveis, inalienáveis, imprescritíveis, tendo ainda como característica a proteção e temporariedade.

Com efeito, Maria Helena Diniz traz a seguinte definição e as características do poder familiar:

“O poder familiar constitui um múnus público, isto é, uma espécie de função correspondente a um cargo privado, sendo o poder familiar um direito-função e um poder-dever,... é irrenunciável, pois os pais não podem abrir mão dele; é inalienável ou indisponível, no sentido de que não pode ser transferido pelos pais a outrem, a título gratuito ou oneroso, salvo caso de delegação do poder familiar, desejadas pelos pais ou responsáveis para prevenir a ocorrência de situação irregular do menor,... é imprescritível, já que dele não decaem os genitores pelo simples fato de deixarem de exercê-lo, sendo que somente poderão perdê-lo nos casos previstos em lei; é incompatível com a tutela, não podendo nomear tutor a menor cujo pai ou mãe não foi suspenso ou destituído do poder familiar; conserva, ainda, a natureza de uma relação de autoridade por haver vínculo de subordinação entre pais e filhos, pois os genitores têm poder de mando e a prole o dever de obediência.” (DINIZ, 2008, p. 539).

Todavia, importante destacar que essas características têm como objetivo primordial a proteção do menor e a permanência deste no seio familiar, vez que é dever da família assegurar a criança à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

2.3 DO EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR

O Código Civil de 2002 em seu artigo 1.634 é taxativo ao destacar que cabe a ambos os pais em qualquer que seja a situação conjugal, o pleno exercício do Poder Familiar, deste modo mesmo estando separados os pais, nada afeta ao exercício deste direito, cabendo o pleno gozo aos progenitores.

Importante transcrever o artigo 1.634 do Código Civil, *in verbis*:

“Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I - dirigir-lhes a criação e a educação; II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição”.

Nelson Godoy Bassil Dower (2006, p. 210), assevera que “quem exerce o poder familiar responderá pelos atos do filho menor não emancipado que estiver em seu poder e em sua companhia, pois, como tem obrigação de dirigir a sua educação deverá sobre ele exercer vigilância”.

Contudo, o exercício do poder familiar pode ser destacado como um complexo de atos pelos quais os progenitores determinam conduta e direção dos filhos, bem como a administração dos seus bens, sobretudo devendo zelar pela dignidade e exercício dos direitos fundamentais da criança.

2.4 CONTEÚDO DO PODER FAMILIAR

O conteúdo do Poder Familiar pode ser visto como o complexo de direitos e deveres que incumbem aos progenitores com relação aos filhos. Silvio Rodrigues (2004) entende que é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes.

2.5 DA EXTINÇÃO, SUSPENSÃO E PERDA DO PODER FAMILIAR

O Poder Familiar denota-se de grande relevância e importância para nossa sociedade, posto que, através deste instituto que os genitores exercem o poder além de determinar os direitos e obrigações dos pais em relação aos filhos.

O exercício desse Poder pode sofrer restrições ou sanções, sendo elas: extinção; suspensão e perda/destituição. Conforme expresso no artigo 1635 do CC:

“Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar: I - pela morte dos pais ou do filho; II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo

único; III - pela maioria; IV - pela adoção; V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638”.

Além da extinção do Poder Familiar, tem-se como sanção a Perda ou Destituição prevista no artigo 1638 do CC, ocorrendo quando o Pai ou a Mãe: a) castigar imoderadamente o filho; b) deixar o filho em abandono; c) praticar atos contrários a moral e aos bons costumes.

Para Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2012, p.524) pode ocorrer que em virtude de comportamentos (culposos ou dolosos) graves, o juiz, por decisão fundamentada, no bojo de procedimento em que se garanta o contraditório, determine a destituição do poder familiar.

Segundo Maria Helena Diniz (2010, p.577) a destituição do poder familiar é uma sanção mais grave do que a suspensão, operando-se por sentença judicial, assim de forma taxativa, o Código Civil Brasileiro determina que:

“Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I - castigar imoderadamente o filho; II - deixar o filho em abandono; III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente”.

No entendimento de Carlos Roberto Bittar (2006, p.227) suspensão do Poder Familiar se comporta como a cessação temporária do exercício do poder, por ordem judicial, em processo próprio, e sob causa definida em lei. Segundo Maria Helena Diniz a suspensão do Poder Familiar é:

“sanção que visa a preservar os interesses do filho, privando o genitor, temporariamente, do exercício do poder familiar, por prejudicar um dos filhos ou alguns deles; retorna ao exercício

desse poder, uma vez desaparecida a causa que originou tal suspensão(DINIZ, 2007, p. 533-534)”.
.

Ainda, sob a ótica constitucional, o artigo 277 da carta magna destaca que 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.

Contudo, sendo descumpridas as exigências do artigo 277 da Constituição Federal, o magistrado fica livre de proferir sentença de mérito decretando a destituição do Poder Familiar. Como exemplo da decisão judicial que determina a Perda do Poder Familiar, necessário trazer a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo:

“Apelação – Destituição do poder familiar julgada procedente – Admisibilidade – Provas produzidas nos autos que são contundentes, no sentido de justificar a medida extrema adotada pelo d. Juízo – Criança que se encontra acolhida institucionalmente, há três anos, abandonada em tenra idade na pose de avó materna – Criança achada em casa de terceiros, com sinais de violência, após prisão da avó – Avó que utilizava os filhos para mendicância nas ruas – Ausência de condições emocionais para dispensar ao filho os cuidados inerentes ao poder familiar – Quadros de violência e não cumprimento de regras, por parte da genitora, também abrigada – Residência inapropriada –

Relatos de uso de drogas – Brigas constantes em família – Poder familiar que é, sobretudo, um dever, não somente direito - Destituição admitida - Artigos 2 e 24 do ECA - Privilégio ao melhor interesse do infante – Abrigamento que é medida excepcional, caracterizada pela brevidade - Direito à convivência familiar saudável – Impossibilidade de inserção na família extensa – Recurso ao qual se nega provimento. (SÃO PAULO, Tribunal de Justiça, Ap. 012909-42.2012.8.26.006, Relatora: Des. Claudia Grieco Tabosa Pessoa, 2013)”.

Entretanto, importante destacar que o juiz analisará a situação no particular, e, por conseguinte aplicará a sanção cabível ao caso concreto, sendo a suspensão ou perda.

Por fim, é sabido que a relação familiar é essencial para as crianças, neste caso, destituí-la de seu lar primordial pode acarretar conflitos ou problemas em sua vivência. Todavia, os casos devem ser analisados minuciosamente pelos Magistrados, e, constatada a impossibilidade da permanência da criança no seio familiar, deverá ser decretada a sentença de mérito determinando a Perda do Poder familiar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em vista aos argumentos apresentados, percebe-se que a Família sofreu ao intercorrer dos tempos relevantes mudanças que acarretaram diretamente no instituto do Poder Familiar, isto devido seu caráter inicial, em que se perfazia apenas pelo seu Exercício na figura do genitor Pai com o Pátrio Poder, e, com os avanços e mudanças do ordenamento jurídico este instituto acarretou por englobar novas figuras, como a mãe, ou mesmo dois pais, duas mães.

As principais mudanças ocorreram com o advento da Constituição Federal de 1988, em que imperou a ideia da igualdade entre Homem e Mulher na administração da família, além do Princípio do Convívio Familiar em que a Criança passou a ter um maior respaldo no ordenamento jurídico e no âmbito familiar, passando a ser sujeito de direitos.

A mulher foi equiparada ao homem nos direitos e deveres referentes à família e suas proles, isso devido a todo processo de lutas e movimentos que acarretaram nas mudanças do ordenamento jurídico e na aquisição de direitos.

A Contemporaneidade foi marcada pelos novos Núcleos Familiares, novos Modelos de Família e na composição do Exercício do Poder Familiar, existe uma atenção maior voltada a criança, em que o *Múnus Público* deste instituto pode ser exercido por qualquer indivíduo que possa fornecer a criança uma vida digna e saudável.

Por fim, cumpre destacar que grandes foram os avanços da Família, sobretudo do Poder Familiar, em que ambos os genitores ganham maior respaldo no ordenamento jurídico, inclusive na garantia dos Direitos Fundamentais da criança e na manutenção do convívio familiar, além da igualdade de gênero que imperou com o advento da Constituição Federal de 1988 trazendo inúmeros benefícios à administração da família.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAUMAN, Zygmunt. **Vida Líquida**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007b.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

BRASIL. **Código civil**. 46. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Lei Federal n. 8069, de 13 de julho de 1990**. ECA _ Estatuto da Criança e do Adolescente. BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de Janeiro de 1916.

CASTELLS, M. **Fim de milênio**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006;

CROCE, Delton, ET ali. **Manual de Medicina Legal**. São Paulo: Saraiva, 1995

DIAS , Maria Berenice . **Manual de Direito das Famílias**. 9 ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais , 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. E atualizada de acordo com a Reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2005.

DOWER, Nelson Gody Bassil. **Curso moderno de direito civil: direito de família**. São Paulo: Nelpa, 2006.

DURKHEIM, David Émile. **As regras do método sociológico**. 3. ed.. São Paulo: Martin Claret, 2008.

ENGELS, Friederich. **A Origem da Família, da propriedade privada e do estado**. 17. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. direito de família: as famílias em perspectiva constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HOUAISS, Antônio & Mauro de Salles Villar (2001). **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Direito de Família**. 28ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

WALD, Arnoldo. **O novo direito de família: de acordo com a jurisprudência e com o novo Código Civil**. (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2004.