

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 600

(ano VIII)

(29/04/2016)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2016

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



29/04/2016 William Douglas

» [Resposta a Leitores: Leia para ver se é seu caso também!](#)

ARTIGOS

29/04/2016 Bryan Douglas Souza Santos

» [O embate político-religioso na ADPF 132: quais as consequências de imposições religiosas na democracia?](#)

29/04/2016 Adamir de Amorim Fiel

» [Práticas restritivas do livre mercado e sistema brasileiro de defesa da concorrência: análise jurídica do julgamento do CADE no cartel de pão](#)

29/04/2016 Davi Moreira Soares Sobral

» [Os efeitos práticos da abstrativização das decisões proferidas no julgamento do recurso extraordinário](#)

29/04/2016 Priscila Peixinho Maia

» [Precatórios: uma delimitação conceitual e ontológica](#)

29/04/2016 Fernanda Correia Lima Rodrigues de Medeiros

» [Ativismo judicial: uma análise sob a ótica do princípio da separação dos Poderes](#)

29/04/2016 Alexander Diniz da Mota Silveira

» [O banco dos réus como instituto violador dos princípios processuais constitucionais e da dignidade da pessoa humana](#)

29/04/2016 André Luís dos Santos Mottin

» [O instituto da desconsideração da personalidade jurídica e o Novo Código de Processo Civil](#)

29/04/2016 Vitor Carvalho Curvina Costa de Araujo

» [A arbitragem aplicada do Direito Internacional Privado](#)

29/04/2016 Lorena Carneiro Vaz de Carvalho Albuquerque

» [Procedimento de exoneração, revisão e majoração de alimentos após a aquisição da maioridade dos filhos](#)

29/04/2016 Tauã Lima Verdan Rangel

» [Tessituras à Declaração de Foz do Iguaçu \(2008\): A Construção do Conceito de Spirit Place](#)

29/04/2016 Bruno Medrado dos Santos

» [Tipicidade penal](#)

29/04/2016 Gudson Barbalho do Nascimento Leão

» [Apontamentos sobre dano moral ambiental no ordenamento jurídico brasileiro](#)

29/04/2016 Douglas Pereira da Silva

» [A exclusão de militar em decorrência de condenação penal: uma análise comparativa entre militares estaduais e federais](#)



www.conteudojuridico.com.br

RESPOSTA A LEITORES: LEIA PARA VER SE É SEU CASO TAMBÉM!

WILLIAM DOUGLAS: Juiz Federal, Titular da 4ª Vara Federal de Niterói - Rio de Janeiro; Professor Universitário; Mestre em Direito, pela Universidade Gama Filho - UGF; Pós-graduado em Políticas Públicas e Governo - EPPG/UFRJ; Bacharel em Direito, pela Universidade Federal Fluminense - UFF; Conferencista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ; Professor Honoris Causa da ESA - Escola Superior de Advocacia - OAB/RJ; Professor da Escola de Pós-Graduação em Economia da Fundação Getúlio Vargas - EPGE/FGV; Membro das Bancas Examinadoras de Direito Penal dos V, VI, VII e VIII Concursos Públicos para Delegado de Polícia/RJ, sendo Presidente em algumas delas; Conferencista em simpósios e seminários; Autor de vários livros

Recebi mensagem de uma leitora, Rafaela, recentemente. Respondi a ela e copio para vocês toda a conversa.

Shalom William Douglas!! Tenho a curiosidade de saber como consegue fazer o seu tempo render tanto. Sou candidata à magistratura federal, procuradora municipal, coleciono algumas aprovações em procuradorias, mas tenho sentido dificuldade em dinamizar o tempo. Às vezes é o cansaço mesmo... Ainda tenho que aguardar mais um ano para poder prestar para a magistratura federal... mas tenho sonhado com o cargo desde a faculdade...

Rafaela

Querida Rafaela,

Obrigado pelos elogios, pela pergunta e pela confiança. Parabéns pelos sonhos, esforços, resultados já obtidos e, tenho certeza, pelos resultados que ainda virão.

As aprovações já colhidas confirmam que você está no caminho certo. No geral, descontando um ou outro concurso em que temos todo o direito de ter um resultado desastroso, a verdade é que a média (a curva) de desempenho nos concursos pode nos mostrar se estamos no caminho certo ou não, e o quanto e onde precisamos melhorar. O dia do concurso pode gerar, por mil fatores distintos, um aumento ou decréscimo de 10 a 30% na nota, mas em geral a média delas indica um perfil. Às vezes quem erra é a banca. Eu, no mesmo mês, tirei 68, 67 e 25 em três concursos de mesmo perfil, o que mostra que o “25” era o ponto fora da curva. Imagina se eu só tivesse feito esse de 25, depois de já ter tirado um 42 e um 46,5? Em suma, mesmo quem ainda não passou pode ver como está indo pelos resultados, e no seu caso isso é ainda mais tranquilo. Você está no caminho certo. Se não se desviar dele, chegará ao destino desejado.

Dinamizar o tempo é um desafio constante e ciclópico, enorme, extraordinário. E, igualmente, necessário e indispensável. O tempo é nosso bem mais precioso, mais escasso e menos renovável. Todo dia recebemos mais 24 horas, toda semana mais sete dias, todo ano mais 12 meses... mas o que se passou está irremediavelmente perdido. O que passou pode nos legar apenas lições, lembranças e o trabalho e alegria lá atrás implementados. Eu não tenho mais o tempo que passou, como dizia Renato Russo, mas tenho a colheita de tudo o que semeei lá atrás.

VAMOS FALAR DE MÚSICA

Eu ouviria agora a música “Tempo perdido”, da Legião Urbana, e voltaria para ler o resto deste texto.

Ouviu? Ou está tendo dificuldades ainda em obedecer os conselhos do professor? Espero que ouça, e siga, pois ouvir não basta: é preciso fazer.

Como diz Morpheus, em Matrix, "Cedo ou tarde você vai perceber, como eu, que há uma diferença entre conhecer o caminho e percorrer o caminho". Jesus falou isso em Mateus capítulo 7, versos 24 a 29 (você consegue ler este texto em <<https://www.bibliaonline.com.br/nvi/mt/7>>.)

Ok, você ouviu a música que recomendei... e leu o texto em Mateus cap. 7. Continuemos:

Todos os dias quando acordo

Não tenho mais

O tempo que passou

Mas tenho muito tempo

Temos todo o tempo do mundo.

Você está viva, guria. Tem todo o tempo do mundo! Você pode mudar o rumo agora, ou ir mais fundo no rumo que já escolheu e que sabe que realmente quer. E mesmo quem não sabe se é isso mesmo, quando caminha acaba descobrindo. Faça como o poeta sugere: “Sempre em frente / Não temos tempo a perder”, continue produzindo seu “suor sagrado”, pois ele é a chuva que faz brotar a semente que, na terra, precisa morrer para viver em uma forma mais completa.

Apenas não leve isso como se fosse “sangue amargo”. O mundo é “sério” e “selvagem, selvagem”, mas é o melhor que nós temos.

“A tempestade que chega” é “da cor dos” meus “olhos” porque eu olho diretamente para todas as tempestades que preciso enfrentar para chegar nos portos onde desejo repousar. Não dispense um abraço forte nas pessoas que ama (isso ajuda muito no preparo emocional e outras coisas), e não ache que está muito “distante de tudo”. Tudo o que adicionar de sabedoria e disciplina ao seu dia estará criando seu “próprio tempo” e seu futuro. Você não precisa ter “medo do escuro” porque as luzes estão acesas. A sabedoria é uma luz, é lâmpada para os seus pés. Vamos em frente, guria: enquanto estivermos vivos somos jovens o bastante para empreender a jornada. *Word hard, have fun, no drama, no mimimi, keep cool, keep walking, just do it, be happy, be gentle, make a difference, carpe diem, tempus fugit.*

VAMOS FALAR DA SABEDORIA

Você fala em “cansaço”? Eu digo que ainda bem que está tendo isso, pois concordo com a expressão *No pain, no gain*. A dor precisa existir, apenas o sofrimento é opcional. Se aprendermos a trabalhar com sabedoria, a dor não será além da necessária, nem o cansaço, mas nunca vi nenhuma vitória perene e digna sem alguma dose de cansaço e dor.

A sabedoria da Bíblia, que se aplica a qualquer pessoa independentemente de religião, diz muito sobre isso.

O profeta Isaías diz que “É preciso moer o cereal para fazer pão” (Isaías 28:24-29), e Paulo diz que “Semelhantemente, nenhum atleta é coroado como vencedor, se não competir de acordo com as regras” e que o “lavrador que trabalha arduamente deve ser o primeiro a participar dos frutos da colheita” (2 Timóteo 2:5,6), que ele deve trabalhar “na esperança de participar da colheita” (1 Coríntios 9:10).

O mesmo Paulo ainda fala: “Vocês não sabem que dentre todos os que correm no estádio, apenas um ganha o prêmio? Corram de tal modo que alcancem o prêmio. Todos os que competem nos jogos se submetem a um treinamento rigoroso [...]. Sendo assim, não corro como quem corre sem alvo, e não luto como quem esmurra o ar. Mas esmurro o meu corpo e faço dele meu escravo, para que, [...] eu mesmo não venha a ser reprovado” (1 Coríntios 9:24-27).

O que posso dizer para você é que se aprender a administrar seu tempo vai diminuir um pouco da dor e do cansaço, vai eliminar a dor e o cansaço desnecessários, mas ainda assim vai ter que suar a camisa, sentir alguma dor e algum cansaço. Mas será como o lavrador e o atleta nos jogos, que se esforçam para conquistar o que aspiram. E se movem de esperança, sabendo que irão participar da colheita. Quando colhemos, quando vencemos, somos os primeiros participantes, mas não os únicos: todo mundo em torno é impactado pela nossa vitória.

VAMOS FALAR DE TÉCNICAS

Você diz: “Ainda tenho que aguardar mais um ano para poder prestar para a magistratura federal... mas tenho sonhado com o cargo desde a faculdade...”

Eu diria que você tem um ano a mais para estudar. E que deve continuar sonhando, arando, jogando de acordo com as regras, jogando para ganhar, não dando socos no ar ou perdendo seu alvo. E precisa disciplinar seu corpo e sua mente, reduzindo-os   escravidão para não ser reprovada. Não   problema ser reprovado em um concurso, mas seria muito desagradável ser reprovado no seu projeto. O seu projeto   excelente, e se aprender a agir com excelência vai chegar lá.

Aprenda a ter disciplina. Isso inclui a disciplina de realizar o *shabat* e o WDPTS. O que são o *shabat* e o WDPTS? Você vai precisar buscar estas técnicas nas minhas palestras e livros. Esteja certa de que aprender tais coisas   “afiar o machado”, vai ajudá-la muito. E não esqueça que, como dizia Renato Russo, “disciplina   liberdade”.

Tenho vídeos gratuitos no meu site, muitos deles abordam o tema “administra o do tempo”. Veja-os. Se puder, leia os capítulos sobre esse tema no livro *Como passar em provas e concursos* ou no seu *Resumo*. Se quiser ir mais fundo, leia meu livro em coautoria com Alberto Dell’isola, *Administra o do tempo*. Todos eles estão disponíveis em <<http://www.williamdouglas.com.br>>, no item “Livros”.   um investimento em você, recomendo.

  isto, esta   a resposta curtinha. As respostas m dias você encontrar  nos meus vídeos e livros. As respostas completas, s  encontrar  em si mesma, enquanto estiver trilhando seu caminho, empreendendo sua própria jornada.

Espero que se divirta na estrada. *Shalom!*

Abraços e b n os gur ticas!

William Douglas

O EMBATE POLÍTICO-RELIGIOSO NA ADPF 132: QUAIS AS CONSEQUÊNCIAS DE IMPOSIÇÕES RELIGIOSAS NA DEMOCRACIA?

BRYAN DOUGLAS SOUZA SANTOS: Estagiário em Escritório de Advocacia. Estudante do 7º semestre do curso regular de Direito da Universidade de Brasília - UnB.

Resumo: O embate político-religioso é um debate acerca da linguagem e do entendimento desta nos diversos sistemas sociais que formam a sociedade. Nesse sentido, cabe avaliar nesse trabalho a relação interpretativa dos argumentos religiosos utilizados como norteadores de decisões políticas e jurídicas; e os reflexos que se tem para a democracia, precipuamente em relação àqueles discordantes do ideário religioso utilizado como base e verdade absoluta. Desse modo, apresentar a relação dos sistemas sociais com a modernidade é o ponto de partida para entender a complexidade histórica que desencadeou a situação de desrespeito entre eles e como ocorre a corrupção da linguagem interna de cada um para imposição de entendimentos aos outros. Isto é, como não garantir o casamento homoafetivo, por exemplo, a possibilidade de existência, apesar de garantia constitucional, a garantia do tratamento igual àqueles que desejam obter tal instituto, com base em argumentos religiosos? Foi esse o embate enfrentado na ADPF 132-RJ juntamente à ADI 4.277-DF, julgada pelo STF em 2011, e que será a base para entender esse enfrentamento na democracia brasileira. Por fim, será avaliado como essa corrupção linguística pode ocorrer para fundamentar escárnios, deturpando proteções constitucionais, liberdades e direitos subjetivos. Nesse cerne, buscar-se-á entender como que a moral se torna argumento central

nesse tipo de debate, impondo uma reflexão, no viés de Derrida, de como pode ser arrolado o direito, a política e a religião a fim de gerar respeito e coopera o.

Palavras- Chave: Sistemas Sociais, Luhmann, Casamento Homoafetivo, ADPF 132, Corrup o Sist mica, Garantias Fundamentais.

1. A modernidade e a dissolu o dos sistemas sociais.

O advento da modernidade foi caracterizado pela virada no estilo de vida e na organiza o social das sociedades europeias do século XVII, principalmente após a Revolu o Industrial inglesa.   formada por institui es sociais que nos tempos tradicionais não se encontram registros, por redes de informa es complexas que alteraram o mais ótimo da nossa existência, como afirma Giddens (1990). As sociedades tradicionais mantinham uma amálgama entre os sistemas sociais do direito, da política, da religião e da moral, ou seja, havia certa simplicidade na tomada de decisões ou na imposi o de uma verdade absoluta a ser seguida por todos. Por vezes, o poder e a liderança eram relacionados a poderes místicos, advindo da natureza, dos próprios deuses ou de Deus.

A modernidade inicia um rompimento com essa forma de pensamento. As sociedades modernas diferem das pr -modernas por apresentarem uma racionaliza o e seculariza o dos pensamentos, por ser o momento de surgimento dos estados-na es e da separa o dos sistemas sociais – onde Luhmann inicia a argumenta o de sua teoria sistêmica. Estes vão ser definidos como autopoieticos, autorreferentes, formados a partir de uma diferencia o com o ambiente externo. A ruptura com o pensamento medieval escolástico e a sobrepujan a da autonomia da razão cria uma nova visão de mundo, norteadas também por grandes altera es políticas, econ micas e sociais.

É possível determiná-la como um período de grandes transformações de ocorrências constantes e de alcance global. Habermas, inclusive, é grande crítico de como se dá as relações e interpretações das informações transmitidas em tempo real nesse período (BORRADORI, 2003). Dessas modificações, Luhmann destaca a dissociação dos sistemas sociais e a produção binária e autorreferente de uma linguagem interna pertencente a cada um deles.

Os sistemas sociais ao serem dissociados demonstram a complexidade que engloba o período moderno. Ora, nas sociedades tradicionais todos os argumentos tinham como base a religião ou o místico, eram, portanto, inquestionáveis. As decisões políticas e os julgamentos também eram derivados desse uníssono de uma verdade absoluta e universal, caracterizando uma mescla tão forte que os sistemas sociais eram de difícil distinção, sendo tratados como uma única coisa. A modernidade e a autonomia da razão inicia um questionamento acerca da aceitação de novas verdades, nenhuma delas absoluta, mas passíveis de convivência, e, principalmente, a possibilidade de questionar as imposições quase dogmáticas dessas verdades nas sociedades tradicionais.

Essa multiplicidade de argumentos válidos deriva da linguagem inerente em cada sistema social. Luhmann (1983) busca definir que a produção de linguagem de cada um dos sistemas sociais é autorreferente com mecanismos de acoplamento heterorreferentes, ou seja, a linguagem é contra intuitiva, dispondo de sentido somente dentro das premissas propostas pelo autor e dentro de seu próprio contexto, tendo um sistema de acoplamento para encaixar seus mecanismos e fazer funcionar elementos de sistemas distintos e externos, respeitando seus limites e sem, com isso, confundi-los. Desse modo, a distinção argumentativa também distingue os próprios sistemas sociais, visto que não se dá cabível a utilização da linguagem da religião na política, por

exemplo, sob pena de retorno à fusão anterior. Não cabe mais uma verdade imposta por um dos sistemas, mas sim uma produção interna de cada sistema, que só serve para si, como produção de suas verdades – as quais, não necessariamente, serão verdades quando aplicadas aos outros sistemas sociais.

Desse modo, é perceptível que a produção interna de linguagem traz um debate binário – sagrado vs. profano, poder vs. não poder, justo vs. não justo – fazendo uma ressignificação, principalmente, do que é sagrado e do que pode ser considerado sagrado enquanto reflexos nos demais âmbitos sociais. Dworkin (2003) trata, por exemplo, da sacralidade da vida e da possibilidade da fundamentação para considerar ser direito fundamental ou não o aborto ou a eutanásia. Nesse interregno, o autor vai suscitar que o sagrado na modernidade pode ser definido por três vieses, direcionando o pensamento para a separação dos sistemas sociais, visto o conceito de sagrado não depender exclusivamente da visão religiosa. Assim, vai classificar o sagrado em relação à valorização subjetiva, instrumental ou pelo seu valor intrínseco – conceitos capazes de abranger a sacralidade da vida, por exemplo, de forma a tomar a decisão política mais democrática.

A sustentação do autor vai ao encontro de posições liberais que coadunam nos apontamentos de Luhmann. Quando Dworkin afirma (2003, pp. 139-40) que os debates sobre eutanásia e aborto transcendem às concepções espirituais subjetivas, ele vai tratar indiretamente da corrupção dos signos internos de um sistema social, que independe da matéria tratada. Essa corrupção é afirmada como sendo a utilização de uma linguagem produzida pela religião, por exemplo, dentro da política, sendo usada, inclusive, para a restrição de direitos minoritários. Assim sendo, a separação dos sistemas sociais causada pela modernidade, traz consigo uma alteridade inerente junto a uma abertura de diálogo e de

acoplamentos argumentativos, visando à realização das liberdades subjetivas ao invés de uma imposição de dogmas.

2. Os direitos homoafetivos e as restrições causadas pela corrupção sistêmica

O posicionamento interno de cada sistema social pertence somente àquele sistema. Desse modo, a religião adota os dogmas ensinados por suas escrituras específicas tendo seu significado aceito somente dentro daquele âmbito, produzindo efeitos dentro daquele ambiente. Assim, vale dizer que se cristãos, por exemplo, apresentam dissonâncias em relação ao aborto e ao casamento homoafetivo, essas rejeições não podem ser impostas a toda a sociedade. Sendo assim, o que ocorre, então, quando elas são impostas?

A utilização dos conjuntos linguísticos produzidos por um sistema social distinto daquele que os produziu é o que Luhmann determinou de corrupção da linguagem sistêmica ou, simplesmente, corrupção sistêmica (1983). Esta vai ser o maior distúrbio da dissolução ocorrida com a modernidade. Como aclarado anteriormente, as sociedades tradicionais mantinham uma amálgama entre política, religião e direito não havendo distinção dos argumentos gerados por cada uma dessas partes, não sabendo a limitação de cada uma delas. Isso significa que o ideário da sociedade mantém um costume de aplicação linear, ou seja, uma forma de empregar conteúdos de qualquer sistema social para qualquer situação que se apresente.

A modificação trazida pela secularização, ainda que seja a força motriz do período moderno e das dissoluções dos sistemas sociais, não é capaz de modificar a forma de raciocínio da sociedade, no sentido de não ser capaz de alterar a cadeia lógica de argumentos que uma pessoa usaria em um debate. Isso, por conseguinte, corrobora com a corrupção sistêmica. É nessa

impossibilidade que as pessoas continuam utilizando de livros sagrados para cometer crimes de liberdade e de ódio, oriundos das diversas possibilidades de verdades provenientes da modernidade.

No caso específico dos homoafetivos, se tem que eles, durante séculos, foram tratados – e, infelizmente, continuam sendo em muitos lugares – como uma escória social. São pessoas que possuem uma opção sexual destoante dos padrões estabelecidos, através de posições religiosas, ainda nas sociedades tradicionais. Vale dizer, que com o questionamento dos dogmas religiosos, essas pessoas começaram a exercer suas liberdades individuais, tanto sexual como de pensamento. Esse movimento teve diversas restrições causadas por políticas, leis e decisões judiciais, que os contraria no exercício de seus próprios direitos, fundamentados com argumentos religiosos.

Esses argumentos que não consideram a totalidade da sociedade e são baseados em um sistema social que não produz verdade para essa mesma totalidade, não merecem conhecimento para ser base de nenhuma vinculação fora do âmbito que a produziu. A corrupção sistêmica dos argumentos religiosos para limitar os direitos homoafetivos é uma afronta a algo que a modernidade proporcionou: liberdade de escolher sua própria verdade.

Essa imposição de verdades oriundas de sistemas religiosos é uma imposição de comportamentos e padrões, embasada em um tipo de paradigma social que a aceitava. No entanto, houve uma mudança radical na forma de pensamento, e essa atitude revela um preconceito com o Outro, além de demonstrar um medo de que essas posições distintas passem a figurar cada vez mais na sociedade.

3. O Constitucionalismo como o principal mecanismo de acoplamento

A modernidade trouxe também o constitucionalismo. Um movimento político, jurídico e ideológico que suscitou na concepção das constituições nacionais, limitando os poderes absolutos daqueles governantes ordinários nas sociedades tradicionais, cujo poderio derivava de fontes transcendentais. Como já é perceptível, o constitucionalismo contribuiu para o ambiente de autopoieses dos sistemas sociais como sistemas autônomos e independentes.

As constituições surgidas nesse período também buscam garantir direitos fundamentais a cada um dos indivíduos pertencente àquela nação. Desse modo, boa parte desses documentos não são baseados em verdades absolutas ou qualquer tipo de crença. Diversos comportamentos são admitidos e garantidos por elas, a fim de ser um mecanismo de consolidação de direitos e liberdades. Não cabe a ninguém determinar que relações homoafetivas não possam figurar como direito e liberdade daqueles que optarem por mantê-las.

Nesse sentido, o constitucionalismo se mostra como um fiel mecanismo de acoplamento dos sistemas sociais. A constituição é um produto jurídico que traduz a linguagem política, limitando a intervenção de qualquer outro sistema que imponha qualquer tipo de restrição às escolhas individuais.

4. A ADPF 132 como correção de uma corrupção sistêmica

No constitucionalismo brasileiro existem mecanismos de controle de constitucionalidade que, em tese, podem ser de controle de corrupção sistêmica. Uma das principais ações que buscavam reverter preconceitos ou a utilização da linguagem religiosa pela política, aquém da possibilidade de acoplamento, foi a ADPF 132/RJ julgada juntamente da ADI 4.277/DF, ambas tratantes do reconhecimento da união homoafetiva como instituto jurídico, dando interpretação conforme à Constituição ao art. 1.723 do Código Civil

. Ademais, era um pedido de tratamento igualitário, visto que casais héteros já possuem esse tratamento desde os períodos tradicionais.

Como garantia constitucional mais imponente, o art. 5º da Constituição de 1988 aduz os principais princípios que direcionam o tratamento que o Estado brasileiro deve dar.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; (...)

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; (...)

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; (...)

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei; (...)

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

O rol acima demonstra somente exemplos das garantias que a constituição traz. É importante dizer que do mesmo modo que é garantida a liberdade de crença, é garantida também que qualquer discriminação contra direitos e liberdades fundamentais devem ser punidas.

É uma ação que trata da autonomia individual sendo cerceada por argumentos discriminatórios de origem não no sistema social da política ou do direito. Assim, ela busca simplesmente que o ideário social não imponha uma verdade absoluta para todos, buscando (des)caracterizar o termo “família” para dar abrangência aos casais homoafetivos. A apropriação do termo supracitado é o que gerou os embates políticos-religiosos da ADPF.

De um lado existe a afirmação política de que não há limitação para o termo, podendo ser utilizado por quem queira para constituir união estável e garantir os direitos provenientes de tal título. Do outro, argumentos religiosos, baseados em uma liturgia, que busca restringir o conceito. Essa última é uma produção linguística interna do sistema religioso que estava sendo utilizada erroneamente por muitos que negavam um direito fundamental de uma minoria.

A ADPF se mostrou como um corretor de corrupção sistêmica justamente por retirar essa produção e entendimento religioso que vigorava como base de restrição de direito, é impossível controlar o afeto de uma pessoa, sendo assim, os direitos oriundos dele não devem ser restritos por nenhum tipo de força externa. Cabe acrescentar que a ação também revela uma contraposição de liberdades, onde Dworkin afirmar estar a tensão entre reconhecimento e reivindicação, tendo o respeito às posições como produto.

Derrida associa essa tensão à hospitalidade, cometendo-se à ideia de tolerância. Entretanto, a tolerância depende de um reconhecimento do outro ou do discurso do outro. Assim, a ADPF

serviu para garantir esse reconhecimento, que apesar de prejudicado pela corrupção histórico-sistêmica, garantiu que houvesse a convivência das posições argumentativas distintas.

Conclusões

A ADPF 132 garantiu o reconhecimento da união estável homoafetiva. Foi um mecanismo de grande valia para o movimento de resolução da corrupção sistêmica, em pelo menos um dos quesitos que historicamente teve a imposição de linguagem religiosa enquanto sendo uma decisão política. Luhmann ao definir as relações entre os sistemas sociais reorientou toda a teoria sociológica e possibilitou esses tipos de questionamentos contra impositivos de grande prejudicialidade às liberdades individuais.

A modernidade e a possibilidade de questionamento das verdades absolutas, além das limitações trazidas pelo constitucionalismo, serviram para que a sociedade desenvolvesse uma espécie de diálogo interno em que convivem todos os tipos de ideias. A convivência, entretanto, não disciplina uma obrigatoriedade de aceitação, o que, inclusive, é a motivação de ações como a tratada aqui quando ocorre uma imposição de um dos lados.

A constituição e os mecanismos de controle de constitucionalidade atuam de forma muito positiva no controle de posições fundamentalistas e de corrupção impositiva, cabe, portanto, à sociedade discordante compor essas ações para garantir que não haja mais uma verdade absoluta, mas uma verdade individual que respeita as demais, nos termos de Dworkin.

Bibliografia

BORRADORI, Giovanna; *Filosofia em Tempo de Terror – Diálogos com Habermas e Derrida*; Jorge Zahar Editor; 2004;

Constituição da República Federativa do Brasil; encontrado no sítio
eletrônico: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm;

Decisão da ADPF 132-RJ, julgada pelo STF; encontrada no sítio
eletrônico: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>;

DWORKIN, Ronald; *O Domínio da Vida*; Ed. Martins Fontes, 2003;

DWORKIN, Ronald; *O Império do Direito*; Ed. Martins Fontes, 2007;

GIDDENS, Anthony; *As Consequências da Modernidade*; Ed. UNESP, 1990;

LUHMANN, Niklas; *Sociologia do Direito*; Editora Tempo Brasileiro, 1983;

LUHMANN, Niklas; *La Religión de la Sociedad*; Ed. Trotta, 2007.



www.conteudojuridico.com.br

PRÁTICAS RESTRITIVAS DO LIVRE MERCADO E SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA: ANÁLISE JURÍDICA DO JULGAMENTO DO CADE NO CARTEL DE PÃO

ADAMIR DE AMORIM FIEL: PROCURADOR DO DISTRITO FEDERAL. EX-PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL. EX-PROCURADOR FEDERAL. ESPECIALIZANDO LLM EM DIREITO EMPRESARIAL PELA FGV.

Resumo: a partir de julgamento do CADE a respeito do caso que ficou conhecido como *Cartel de Pão*, o presente trabalho aborda as práticas restritivas do livre mercado, seus critérios básicos de análise, os critérios de classificação do ilícito (regra de *per se* e regra de razão), características, condições que favorecem a formação e a continuidade de tais práticas, com especial destaque para a prática restritiva horizontal de cartel.

Palavras-chaves: Direito Concorrencial. Prática Restritiva do Livre Mercado. Cartel. CADE. *Cartel de Pão*.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. DESENVOLVIMENTO. 2.1. Critérios Básicos de Análise de Práticas Restritivas utilizadas pelas Autoridades Brasileiras de Defesa da Concorrência. 2.2. Práticas que permitem a Formação e a Continuidade do Cartel. 2.3. Características que favoreceram a Formação de Cartel no Mercado de Pão de Sal de 50g na Cidade-Satélite de Sobradinho-DF. 2.4. Regra do Ilícito em que se baseou a Decisão proferida pelo CADE no Cartel de Pão: Regra *per se* ou Regra de Razão? 3. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Em 22 de maio de 2013, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE condenou 18 (dezoito) padarias e 19 (dezenove) pessoas físicas por formação de cartel no mercado de panificação da cidade-satélite de Sobradinho, no Distrito Federal. Também foram enredados neste caso o presidente e o vice-presidente, à época, do Sindicato das Indústrias da Alimentação de Brasília – SIAB, acusados de orquestrar o conluio.

A partir de ofício enviado pela Delegacia de Defesa do Consumidor da Polícia Civil do DF – PCDF, a então Secretaria de Direito Econômico – SDE instaurou o processo administrativo n. 08012.004039/2001-68. O documento informava a prisão em flagrante de proprietários de padarias de cidade-satélite de Sobradinho-DF durante reunião promovida pelo SIAB em um restaurante. A investigação na PCDF, por sua vez, iniciou-se em razão de denúncia de um proprietário de panificadora em Sobradinho-DF que relatou estar sendo ameaçado por outros comerciantes por vender pão de sal a um valor inferior ao de seus concorrentes. A Conselheira-Relatora do CADE no caso, Ana de Oliveira Frazão, aduziu que, embora os participantes afirmassem que a intenção do encontro era somente organizar um debate sobre a melhor forma de cálculo do preço final do produto, ficou comprovada a prática de cartel. O caso ficou conhecido como o *Cartel de Pão*.

O caso lança luzes sobre o tema da livre concorrência. Mas quais são as implicações práticas da interpretação e da aplicação deste princípio constitucional econômico, bem como das regras jurídicas que lhe dão concretude, na vida das pessoas?

A partir deste estudo de caso, que versou sobre realidade bastante presente na vida dos brasileiros (o preço do chamado pãozinho francês), serão abordados (a) critérios básicos de análise

de práticas restritivas utilizados pelas autoridades brasileiras de defesa da concorrência; (b) práticas que permitem a formação e a continuidade do cartel; (c) características que favoreceram a formação de cartel no mercado de pão de sal de 50g (conhecido como pãozinho francês) na cidade-satélite de Sobradinho-DF; (d) a regra do ilícito em que se baseou a decisão proferida pelo CADE no *Cartel de Pão*, regra *per se* ou regra de razão.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. Critérios Básicos de Análise de Práticas Restritivas utilizadas pelas Autoridades Brasileiras de Defesa da Concorrência

Em Economia, vigora o princípio da **escassez**: as necessidades e desejos humanos são infinitos, ao passo que os recursos aptos a satisfazê-los são finitos, limitados. Desse modo, por meio do livre mercado, a Economia deve estar orientada à maximização do bem-estar social mediante a alocação mais eficiente dos recursos disponíveis. Deve-se produzir/consumir mais com o menor custo possível. Nesse contexto, proteger a livre concorrência é fundamental.

A **Lei n. 12.529/2011** estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Sucede uma série de atos normativos brasileiros de Direito da Concorrência: Decreto-Lei n. 869/38 (norma de caráter penal e tipos abertos); Decreto-Lei n. 7.666/45 (norma de natureza administrativa, criou a Comissão Administrativa de Defesa Econômica); Lei n. 4.137/1962 (normas de direito antitruste, criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE); Lei n. 8.158/1991 (modificou inúmeros pontos da legislação antitruste brasileira); Lei n. 8.884/1994 (transformou o CADE em autarquia federal, reordenou as competências administrativas das autoridades de defesa da concorrência, conferiu novo tratamento normativo aos atos de concentração e às condutas

anticompetitivas). Insere-se numa *mediação concretizadora* do princípio livre concorrência, princípio geral da Ordem Econômica Constitucional, consagrado no artigo 170, IV, da Constituição Federal de 1988.

Registre-se, ademais, por oportuno, o disposto no § 4º do artigo 174 da CF/88: *lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.*

Em linhas gerais, as práticas restritivas à livre concorrência estão organizados da seguinte forma: **práticas restritivas horizontais** (que envolvem agentes econômicos localizados na mesma etapa da cadeia produtiva, isto é, os agentes eram concorrentes antes da operação de concentração); **práticas restritivas verticais** (que envolvem agentes econômicos localizados em distintas etapas de uma mesma cadeia produtiva) e **práticas restritivas de conglomerados** (agentes econômicos que atuam em mercados que não se relacionam nem horizontal nem verticalmente).

Mais especificamente, a Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999, do CADE, em seu Anexo II, traz os critérios básicos de análise de práticas restritivas: (1) **caracterização da conduta anticoncorrencial** (aqui, identifica-se a natureza da conduta, define-se seu enquadramento legal e verifica-se a existência de evidências suficientes da conduta nos autos); (2) **análise da posição dominante** (já aqui, delimita-se o mercado relevante, estima-se as participações dos agentes econômicos no conjunto das empresas que constituem esse mesmo mercado relevante e analisa-se as condições concorrenciais, efetivas e potenciais, barreira à entrada de novos concorrentes inclusive, no mercado relevante de referência, incluindo condições institucionais); e (3) **análise da conduta específica** (avalia-se os danos anticoncorrenciais da conduta sobre este ou outros mercados,

examina-se os possíveis ganhos de eficiência econômica e outros benefícios gerados pela conduta e, por fim, avalia-se o custo-benefício entre efeitos anticompetitivos e eficiências econômicas da conduta).

Merecem destaque, porquanto diretamente ligados à problemática aqui tratada, os seguintes temas: delimitação do mercado relevante e critérios para estimativa das participações dos agentes econômicos no conjunto das empresas do mercado relevante.

O **mercado relevante** pode ter duas **dimensões**. Na primeira, **objetiva**, refere-se a um produto ou serviço. Na segunda, **geográfica**, refere-se ao um espaço territorial (local, regional, nacional ou internacional). Sendo assim, mercado relevante pode ser tido como o espaço (em suas dimensões objetiva ou geográfica) no qual é razoável supor a possibilidade de abuso de posição dominante por um ou mais agentes econômicos. Nesse espaço, os agentes econômicos ofertam e procuram produtos e/ou serviços em condições de concorrência suficientemente homogêneas, levando-se em conta preços, preferências dos consumidores e características dos produtos e serviços. Por meio do “teste do monopolista hipotético”, ainda, o mercado relevante pode ser definido como o menor grupo de produtos ou a menor área geográfica na qual um suposto monopolista poderia manter seu preço em nível supracompetitivo por um período significativo de tempo.

No que toca a mensurar a **participação de cada agente econômico no mercado** relevante pode-se usar o faturamento de cada agente econômico no faturamento total do mercado relevante; a quantidade total vendida de cada agente econômico na quantidade total vendida no mercado relevante; e/ou a capacidade produtiva de cada agente econômico em relação à capacidade produtiva total existente no mercado relevante.

A propósito, o cálculo do grau de concentração do mercado relevante pode se aferido tanto pelo teste C4 (coeficiente obtido por meio da soma aritmética das participações de mercado dos quatro agentes econômicos com maior parcela de mercado, de modo que se o resultado for igual ou superior a 75% ou se o agente econômico, em decorrência da operação, experimentar incremento superior a 10% em sua participação, considera-se elevada a concentração do mercado relevante), quanto pelo Índice Herfindahl-Hirschman – HHI (constituído da soma dos quadrados das participações de mercado de todas as firmas que nele atuam, de modo que, se, após o ato de concentração, $HHI < 1000$, o mercado relevante seria pouco concentrado, se HHI entre 1000 e 1800, seriam considerados moderadamente concentrados e se $HHI > 1800$, seriam altamente concentrados. Quanto aos incrementos de participação dos agentes envolvidos, HHI inferior a 50 revela baixa concentração, entre 50 a 100, moderada e superior a 100, elevada).

O **cartel**, portanto, traduz-se em prática restritiva horizontal à livre concorrência. Segundo o CADE, o cartel é caracterizado por *“acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio.”*

A Lei n. 12.529/2011, no artigo 36, § 3º, I, alíneas “a” e “b”, tipifica o cartel como infração à Ordem Econômica, *in verbis*:

Art. 36. Omissis.

[...]

§ 3 As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no

caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;

b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;

2.2. Práticas que permitem a Formação e a Continuidade do Cartel

Quando da formação do cartel, os agentes econômicos que deveriam comportar-se como rivais, ou seja, em efetiva competição, passam a agir de forma cooperativa, combinada, uniforme. Como estabelecem, conjuntamente, elementos-chave para o funcionamento do mercado em que atuam, esses “concorrentes” agem como se fossem um único agente econômico. Daí por que, com bastante propriedade, Stiglitz e Walsh ensinam que concorrentes que tais atuam como se fossem um monopólio, com o objetivo de dividirem entre si os lucros daí decorrentes.

Por um lado, favorecem a formação do cartel, em consonância com o Regulamento nº 20 do CADE, de 09 de junho de 1999: o alto grau de concentração do mercado; as barreiras a? entrada de novos competidores; a homogeneidade de produtos e de custos; as condições estáveis de custo e de demanda. Por outro lado, os seguintes aspectos favorecem manutenção do cartel: pequeno número de agentes econômicos, o que facilita o

monitoramento do *market share*; ausência de flutuações independentes nos preços dos produtos/serviços.

2.3. Características que favoreceram a Formação de Cartel no Mercado de Pão de Sal de 50g na Cidade-Satélite de Sobradinho-DF

Os acusados do caso *Cartel de Pão* defenderam-se das imputações de infração à Ordem argumentando (1) suposta insuficiência de provas que caracterizassem o acordo entre os agentes; (2) inexistência de preços uniformes; (3) ausência de definição de mercado relevante e da existência de concorrência entre padarias e supermercados; (4) ausência de poder de mercado capaz de influenciar o aumento do preço do produto; e (5) ausência de poder de mercado em relação do Sindicato das Indústrias Alimentícias de Brasília – SIAB.

No caso em liça, a atuação pró-ativa do Sindicato das Indústria de Alimentos de Brasília – SIAB favoreceu significativamente a formação do cartel no mercado do pão de sal de 50g na cidade-satélite de Sobradinho-DF. Especialmente no que toca ao alto grau de concentração do mercado relevante, assim como no que pertine à homogeneidade de custos.

As provas trazidas aos autos do processo administrativo n. 08012.004039/2001-68 são substanciais nesse sentido. Juntou-se ao processo convite para reunião, cuja pauta previa preço do pão e pauta da reunião entregue aos participantes, em que efetivamente constava o preço do pão com um dos assuntos. Levou-se aos autos também cartazes que haviam sido fixados em vários estabelecimentos informando o aumento do preço do pão de 50g para R\$ 0,20 (vinte centavos de real). Destaque-se que todos esses cartazes eram iguais, apresentando inclusive o mesmo erro de grafia. Apurou-se em depoimento, ainda, que tais cartazes foram entregues com os convites para a reunião.

Não bastasse, também constou dos autos gravação da reunião entre os representantes legais do sindicato e os panificadores convocados. Apesar da baixa qualidade da gravação, pôde-se constatar o ajuste do preço do pão para R\$ 0,20, bem como menção aos comerciantes não-aderentes ao cartel. Alguns desses dissidentes do ajuste, dentre eles o denunciante, relatam ter sofrido pressão psicológica para que aderisse ao cartel do preço.

Na mesma linha, Conselheira-Relatora aponta:

“Dessa forma, resta bastante clara, do conjunto probatório dos autos, a existência de conluio no mercado de panificadoras em Sobradinho/DF para fixação do preço do pão no patamar de R\$ 0,20. A leitura integrada dos elementos constantes do processo deixa claro que a reunião promovida pelo SIAB em 18/06/2001 não foi um evento esporádico, que teria pego de surpresa os ali presentes por tratar da elevação artificial do preço do pão.

Pelo contrário, é bastante nítido que o encontro organizado pelo SIAB representou apenas mais um evento, de uma cadeia de acontecimentos mais ampla e interconectada, em que se procurou burlar a lei concorrencial por meio de acordo ilícito entre concorrentes.”

De mais a mais, conforme se depreende dos autos, (2) a alegação de ausência de preços uniformes é frágil, pois o auto de prisão em flagrante data de 18/06/2001, enquanto que a grande maioria de notas fiscais trazidas aos autos com preços diferentes do ajustado data de 21/06/2001. Lembrando ainda que preço ligeiramente desuniformes poderiam ser adequadamente combinados com quantidade e/ou qualidade do produto para favorecer a homogeneidade.

Afora isso, (3) não há que se falar em concorrência entre supermercados e padarias. Os objetivos desses empreendimentos não se confundem, os respectivos posicionamentos de mercado diferem bastante. Quando o consumidor se dirige ao supermercado, comprar pão de sal de 50g não é sua intenção primordial. O supermercado também não estrutura sua política de marketing para atrair consumidores para o produto pão de sal de 50g. Indelével, portanto, o mercado relevante das padarias, seja em sua dimensão objetiva (pão de sal de 50g), seja em sua dimensão geográfica (cidade-satélite de Sobradinho-DF). Sem falar no elevado *trade-off* (custo de migração para produto substituto) para a grande maioria dos consumidores que habitualmente compram o pão de sal de 50g em padarias.

Nessa linha, indubitável o (4) poder de mercado das padarias para influenciar o aumento do preço do produto, o que no caso concreto fora (5) potencializado pela atuação coordenada de seu sindicato.

2.4. Regra do Ilícito em que se baseou a Decisão proferida pelo CADE no Cartel de Pão: Regra *per se* ou Regra de Razão?

Duas são as regras para instrução do ilícito: regra *per se* e regra de razão. A doutrina antitruste norte-americana, a partir de precedentes da Suprema Corte, dividiu as condutas anticoncorrenciais entre condutas ilícitas *per se* e condutas ilícitas pelo objeto, condutas que só? serão sancionadas após um estudo com fulcro na regra da razão, somente após uma análise casuística comparativa entre os potenciais efeitos anticompetitivos e eficiências esperadas com a prática em questão.

No **direito norte-americano**, cartéis são considerados ilícitos *per se*. Dessa forma, em havendo prova de sua ocorrência, deverão ser sancionados. A autoridade de defesa da concorrência não precisa comprovar o potencial efeito anticompetitivo da prática,

pressuposto. Há quem defenda a aplica o da regra do ilícito *per se* apenas para os cartéis *hardcore* ou clássicos, nos quais a atua o coordenada entre os agentes econômicos   habitual e institucionalizada, não se devendo aplicá-la aos cartéis difusos, em que a atua o dos agentes   eventual e não institucionalizada.

No julgamento do *Cartel de Pão*, o CADE aplicou a regra *per se*, consoante se depreende dos trechos do voto condutor, adiante transcrito:

A pergunta que se coloca neste feito, portanto,   se a comprova o (i) de que concorrentes tornaram parte em uma reunião em que foi discutido um acordo para majora o de preços e (ii) de que a referida reunião estava concatenada com outros atos voltados   eleva o artificial de preços constitui condi o suficiente para preenchimento dos requisitos legais de configura o da infra o   ordem econômica, com a conseqüente imposi o das penalidades previstas na Lei Antitruste a todos os participantes da reunião.

[...] porque a condena o que ora se propõe não se baseia exclusivamente na participa o dos representados na referida reunião. Tal fato - que já seria, por si só, extremamente significativo -   ora valorado em contexto muito mais amplo de indícios, que apontam para o fato de que não há que se cogitar de surpresa, desaviso, boa-fé ou mesmo indiferença em rela o àqueles que participaram do mencionado encontro.

[...]

A resposta à questão passa pela adequada compreensão das características do cartel como infração cujos efeitos diretos sobre o mercado são de difícil, quando não impossível, aferição. Ao contrário do que ocorre com grande parte das infrações na esfera penal e administrativa, que se caracterizam pelo alcance de resultados considerados antijurídicos pelo ordenamento, a prática de cartel – assim como de outras infrações à ordem econômica – não deixa registros claros de sua ocorrência no campo dos efeitos naturalísticos.

[...]

De forma semelhante, Anderson, Bolema, e Geckil ressaltam a dificuldade de se constatar a ocorrência de um aumento de preços no mercado derivada da fixação conjunta de preços por concorrentes:

‘Mesmo no caso mais simples de fixação de preços, a “cobrança excessiva” não está registrada nas faturas comerciais e nem nas declarações contábeis. Um economista ou outro especialista terá que estimá-la, num mercado com competidores, custos variáveis, informação imperfeita e consumidores cujas rendas, preferências e reações a preços podem ter mudado durante o período em que a fixação de preços ocorreu.

A dificuldade de se aferir com exatidão os efeitos de um conluio de concorrentes sobre o mercado não inviabiliza, porém, a condenação de empresas e pessoas físicas envolvida sem acordos voltados à

majora o artificial dos preços em detrimento do consumidor. Pelo contrário, a Lei Antitruste brasileira   expressa ao prever que a mera potencialidade lesiva   suficiente para a configura o do ilícito concorrencial, não sendo necessária a comprova o de que os efeitos anticompetitivos foram efetivamente alcançados.

Dessa forma, o ilícito de carteliza o revela-se muitas vezes indistinguível de atos rotineiros e ordinários praticados pelos agentes econômicos no curso normal de seus negócios. Tal característica não   uma idiosincrasia da infra o de cartel e pode ser “notada em grande parte dos delitos econômicos e dos chamados crimes de “colarinho branco”. Como bem observou o Ministro Luiz Fux em julgamento recente no STF:

“(...) o delito econômico  , aparentemente, uma opera o financeira ou mercantil, uma prática ou procedimento como outros muitos no complexo mundo dos negócios. A ilicitude não se constata diretamente, sendo necessário, não raras vezes, lançar mão de perícias complexas e interpretar normas de compreensão extremamente difícil. As manobras criminosas são realizadas utilizando complexas estruturas societárias, que tornam muito difícil a individualiza o correta dos diversos autores e partícipes. (...)Essas sutilezas que marcam a identidade dos crimes do “colarinho branco” constituem razões que devem informar a lógica probatória inerente   sua persecu o.(STF, AP

470, Relator: Min. Joaquim Barbosa, DJ 22/04/2013)'

A dificuldade na identificação da prática de cartelização é ainda agravada pelo fato de se tratar de prática de difícil comprovação direta. Uma vez que a consumação do ilícito se dá com a simples comunicação entre concorrentes voltada à realização de acordo restritivo da concorrência, é natural que a produção de prova direta seja de difícil realização, dado o evidente interesse dos participantes do cartel na ocultação dos elementos materiais que atestem a existência do acordo.

3. CONCLUSÃO

É consenso mundial, nas economias de mercado capitalista, perceber a livre concorrência como importante instrumento da maximização do bem-estar social. Mercados livres pressupõem livre concorrência entre agentes econômicos.

Nesse particular, são importantíssimas as referências norte-americana do *Sherman Act*, de 1890 (que combatia acordos destinadas à monopolização e a outras práticas de restrição ao comércio, firmados entre concorrentes de grandes conglomerados empresariais), e a referência europeia do Tratado de Roma, de 1957 (que erigiu a concorrência à condição de pilar da Comunidade Econômica Européia).

Neste trabalho, pôde-se perceber a dificuldade probatória das práticas restritivas da livre concorrência, especificamente da prática do cartel; as dificuldades de se delimitar com precisão o âmbito semântico de conceitos bastante abstratos, tais como, mercado relevante e poder de mercado. Não obstante isso, é incontestável a sofisticação alcançada pelo Sistema Brasileiro de

Defesa da Concorrência, bem como a razoabilidade e coerência jurídico-econômica das decisões proferidas pelo CADE.

A decisão do CADE no caso do *Cartel de Pão*, adotando a regra de ilícito *per se* no combate ao cartel, contribuiu para a consolida o da livre concorrência, princípio de nossa Ordem Econômica Constitucional previsto no artigo 170, IV, CF/88, assim como reforçou a livre concorrência enquanto direito difuso, titularizado pela coletividade, consoante previsto no parágrafo único do artigo 1 da Lei n. 12.529/2011.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo Administrativo no 08012.004039/2001-68*. Representante: Polícia Civil do Distrito Federal Representados: Jaime Divino Alarcão, Wilma Pereira Peixoto e outros. Conselheira-Relatora: Ana Frazão. Brasília, Voto de 22/05/2013. Disponível em: . Acesso em 8 abr. 2016.

BRASIL. *Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994*. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a preven o e a repressão às infra o es contra a ordem econômica e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 13 jun. 1994. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8884.htm>. Acesso em: 8 abr. 2016.

BRASIL. *Lei no 12.529, de 30 de novembro de 2011*. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a preven o e repressão às infra o es contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro

de 1999; e dá outras providências.. Diário Oficial da União, Brasília, 01 nov. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 08 abr. 2016.

BRASIL. *Resolução no 20 do Conselho Administrativo de Defesa Econômica*. Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art. 51 da Lei 8.884/94. Diário Oficial da União, Brasília, 28 jun. 1999. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%2020,%20de%209%20de%20junho%20de%201999.pdf>>. Acesso em: 08 abr. 2016.

FAGUNDES, Jorge. *Fundamentos econômicos das políticas de defesa da concorrência*. São Paulo: Singular, 2003.

FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: RT, 1998.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

POSSAS, Mario. *Ensaio sobre economia e direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2002.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 1998.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Direito da concorrência e obrigação de contratar*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

OS EFEITOS PRÁTICOS DA ABSTRATIVIZAÇÃO DAS DECISÕES PROFERIDAS NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

DAVI MOREIRA SOARES SOBRAL: Analista Judiciário, área judiciária, no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Graduado em Direito pela Faculdade NOVAFAPI. Especialista em Direito Constitucional Aplicado pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus.

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo realizar um estudo acerca da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário destacando, dentre outros aspectos, sua origem, natureza jurídica, características e as mudanças ocasionadas com a sua vigência no ordenamento jurídico. Em seguida foi realizado um estudo analítico realizado com base em valores quantitativos sobre os recursos distribuídos para o Supremo Tribunal Federal, e, após analisar esses dados concretos, verificou-se se os novos mecanismos processuais estão cumprindo os objetivos pelos quais foram implementados. Realizou-se ainda uma análise principiológica, abordando a segurança jurídica e, principalmente, a celeridade processual, assuntos umbilicalmente relacionados ao objeto de estudo. Ao final, foi feita uma análise dos novos paradigmas das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, que possui como função precípua a guarda da Constituição Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Repercussão Geral. Recurso Extraordinário. Julgamento por Amostragem. Razoável duração do processo.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. O RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 2.1. NATUREZA JURÍDICA. 2.2. A REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 2.3 JULGAMENTO POR AMOSTRAGEM DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO: A ABSTRATIVIZAÇÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. 3. A FUNÇÃO DO JULGAMENTO POR AMOSTRAGEM NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. 4. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

A morosidade na prestação jurisdicional é um dos principais fatores que impulsionam a crise institucional pela qual o Poder Judiciário brasileiro vem passando no final das últimas décadas. A morosidade é sem dúvida um dos principais motivos que ocasiona maior insatisfação das pessoas que dependem direta ou indiretamente da prestação jurisdicional.

A atrofia do Poder Judiciário aconteceu em razão de fatores comissivos, a exemplo da facilidade de acesso ao Poder Judiciário, que juntamente com os processos multitudinários, aliado à cultura da judicialização, contribuíram para a “inundação” dos órgãos jurisdicionais de processos, bem como de atos omissivos, como a inércia do Poder Legislativo em modernizar a legislação referente aos procedimentais judiciais e ainda a falta de recursos humanos e de materiais.

Em face desta crise, passou-se a discutir a necessidade de haver uma reforma urgente para que esse mal fosse extirpado, e a sociedade pudesse contar com uma prestação jurisdicional que atenda aos seus anseios.

Em 30 de janeiro de 2004, a Mesa do Congresso Nacional promulgou a Emenda Constitucional nº 45, também denominada de

“Reforma do Judiciário”, que foi o ponto inicial da constante reforma pela qual o judiciário vem passando nos últimos anos.

Dentre tais alterações, pode-se destacar, dentre outros, a adoção da Súmula Vinculante, inserida pelo artigo 103-A da Constituição Federal, e, finalmente, a introdução da Repercussão Geral das questões Constitucionais que fundamentem a interposição de Recurso Extraordinário. Em 2006, o legislador editou a Lei nº 11.418/2006 que acrescentou dispositivos no Código de Processo Civil de 1973 que passaram a regulamentar o § 3º do art. 102 da Constituição Federal, e atendendo o espírito da reforma do Poder Judiciário, essa lei introduziu ainda no CPC de 1973 o julgamento por amostragem do recurso extraordinário.

Todas essas modificações têm por finalidade precípua proporcionar um processo judicial mais célere e mais efetivo, além de aprimorar a prestação jurisdicional. Assim, a Repercussão Geral, aliada ao julgamento por amostragem, são instrumentos de grande valia para as questões pertinentes a consolidar a jurisprudência dos Tribunais Superiores, contribuindo ainda para a diminuição da sobrecarga de trabalho desnecessário, e conseqüentemente para a otimização da prestação jurisdicional prestada.

2. O RECURSO EXTRAORDINÁRIO

2.1. NATUREZA JURÍDICA

O Recurso Extraordinário faz parte do gênero dos recursos ditos extraordinários (*lato sensu*), ou especiais, ou excepcionais, ou limitados. Isto, pois tem uma forma mais rígida, é endereçado diretamente a um tribunal superior e tem pressupostos de admissibilidade específicos.

Diante dessa afirmativa, pode-se concluir que o recurso extraordinário tem natureza de recurso constitucional exclusivo, isto é, o recurso que se destina a rever as lides judiciais nas quais há uma controvérsia envolvendo matéria constitucional e que dela depende para a sua resolução.

É de bom alvitre destacar ainda que a matéria em debate cinge-se exclusivamente a questões de direito, não podendo, em regra, o recurso ter por objeto a revisão de matéria de fato. A previsão constitucional do recurso extraordinário não configura o direito a um “terceiro grau de jurisdição” ou a “uma última instância revisora”, pois o recurso não se presta a reexaminar uma decisão que não tenha relevância jurídica.

E isto é exatamente o que assinalam Arenhart e Marinoni (2006, p. 554), quando tratam do Recurso Extraordinário e do Recurso Especial:

“Esses recursos são chamados de recursos de fundamentação vinculada. É que só permitem a discussão de certas situações, e assim possuem âmbito restrito. O cabimento dessas espécies recursais exige a presença, na decisão recorrida, de alguma controvérsia a respeito da aplicação ou da interpretação de lei federal ou de dispositivo da Constituição Federal. Sem que se tenha presente uma dessas questões, fica o interessado impedido de socorrer-se da via destes recursos”.

Ademais, o Recurso Extraordinário não tem sua existência unicamente para integrar o sistema recursal vigente. Há uma finalidade, um objetivo delimitado para sua abrangência. Assim, é possível delimitar duas finalidades, ou dois objetivos, para o referido recurso: a) garantia de interpretação uniforme da Constituição Federal em todo o território; e b) aplicação efetiva das normas constitucionais em todo o país.

Desta forma, o que fundamenta a existência desse recurso é o interesse do Estado em assegurar a validade, a autoridade e a uniformidade de interpretação da Constituição e das leis federais em todo o território nacional, por meio do controle da aplicação da Constituição Federal ao caso concreto.

2.2. A REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

A Repercussão Geral foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro por meio de um longo processo legislativo que resultou na Emenda Constituição nº 45, que inseriu o § 3º ao art. 102 da Constituição Federal, passando a exigir do recorrente ao interpor o recurso extraordinário a demonstração da existência de repercussão geral da matéria constitucional arguida.

A novidade legislativa impôs ao recorrente o ônus de demonstrar nas razões do Recurso Extraordinário a existência da Repercussão Geral, sob pena do mesmo não ser conhecido pela Corte.

Outro ponto relevante acerca das consequências da Repercussão Geral no ordenamento jurídico é a uniformização da interpretação constitucional sem que seja necessário submeter a julgamento casos idênticos sobre a mesma matéria

Com o novo requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário, o acesso ao Pretório Excelso foi restringido, fazendo com que apenas se conheça de recursos extraordinários que ostentem relevância e, assim, preste tutela jurisdicional em tempo razoável àqueles casos que - por serem relevantes e transcenderem os interesses das partes - realmente mereçam análise e julgamento pela Suprema Corte.

2.3 JULGAMENTO POR AMOSTRAGEM DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO: A ABSTRATIVIZAÇÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

A exigência da demonstração de repercussão geral não foi o único mecanismo que o legislador infraconstitucional buscou para filtrar e diminuir o número de processos no Supremo Tribunal Federal.

A Lei 11.418/06, além de regulamentar a repercussão geral, inseriu o art. 543-B ao Código de Processo Civil (art. 1.036, caput, do Novo Código de Processo Civil), instituindo um incidente de análise de repercussão geral por amostragem. Aqui, foi a mudança

mais efetiva na legislação processual, conforme será demonstrado a seguir.

Havendo recursos com fundamento em idêntica controvérsia, caberá a instância *a quo* selecionar um ou mais recursos representativo da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, ficando os demais sobrestados no tribunal de origem até o pronunciamento do Tribunal Maior. Isto é o que prescreve o art. 543-B, caput, e § 1º, do CPC de 1973 (art. 1.036, caput, e § 1º, do Novo Código de Processo Civil).

O art. 543-B do CPC de 1973 (art. 1.036, caput, do Novo Código de Processo Civil) prevê, assim, um caso de conexão por afinidade entre os recursos extraordinários em causas repetitivas. Sucede que, em vez de a conexão determinar a reunião dos recursos para processamento e julgamento simultâneos, outros são os seus efeitos jurídicos.

Se no julgamento do *leading case* (recurso paradigma) for negada a existência da repercussão geral, esta decisão valerá para todos os recursos sobrestados no Tribunal de origem que possua matéria idêntica, pois eles também não terão repercussão geral, devendo, pois, serem indeferidos “automaticamente”, nos termos do que estabelece o art. 543-B, § 2º do CPC de 1973 (art. 1.039, § Único, do Novo Código de Processo Civil).

Sem dúvida, o julgamento por amostragem da repercussão geral é semelhante ao processo do controle de constitucionalidade em abstrato exercido por meio da Ação Direta de Constitucionalidade, Ação Direta de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a única diferença é que no recurso extraordinário a análise ocorre a partir de um caso concreto, enquanto naquele a discussão ocorre de forma abstrata.

Como a decisão no *leading case* servirá de paradigma aos demais processos semelhantes, ou seja, terá efeito extraprocessual, pode-se afirmar que aquele julgamento é de interesse público, devendo, portanto, ser facultada a manifestação de interessados na construção (influência) da decisão que será

tomada, ou seja, trata-se de uma “espécie” de “*amicus curiae*”, pois aquela decisão afetará outras pessoas estranhas a relação processual em análise. É importante destacar que o Código de Processo Civil (art. 543-A, § 6º - art. 1.035, § 4º, do Novo Código de Processo Civil) prevê expressamente a admissibilidade de terceiros na análise da repercussão geral.

Por esta razão, é possível dizer que a decisão por amostragem possui efeito erga-omnes em relação aos processos semelhantes que foram sobrestados. Trata-se da “objetivação” do controle difuso de constitucionalidade das leis, pois os efeitos daquela decisão que a priori teria efeitos apenas *inter partes* por se tratar de um processo subjetivo, passa a ter efeito erga-omnes, assemelhando-se com os efeitos da decisão proferida no controle de constitucionalidade em abstrato.

Nota-se, que o julgamento por amostragem proporciona a efetivação da segurança jurídica, pois como a alegação do direito violado é analisado em abstrato, a decisão sobre a matéria cuja repercussão geral foi reconhecida estará pacificada, e, portanto, a jurisprudência sobre aquela matéria estará uniformizada, pois a decisão foi proferida pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário.

Assim, é inegável que o objetivo da repercussão geral é consolidar o exame da matéria num único julgamento considerando todas as premissas relacionadas ao tema submetido a análise do Supremo Tribunal Federal e, que haja a objetivação do controle difuso, ou seja, que sejam estendido os efeitos do julgamento do recurso extraordinário para além dos litigantes daquele caso concreto.

3. A FUNÇÃO DO JULGAMENTO POR AMOSTRAGEM NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

A Emenda Constitucional nº 45 além de introduzir a repercussão geral, incluiu o inciso LXXVIII no art. 5º da Constituição

Federal que estabelece: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, consagrando o que foi denominado pela doutrina pátria de princípio da celeridade.

Apesar da denominação utilizada pela doutrina acerca da norma trazida no inciso LXXVIII da Carta Magna não é coerente afirmar que existe um princípio da celeridade, pois não existe um direito a celeridade processual, uma vez que o a norma prescreve é que haja a duração razoável do processo, devendo ser obedecido todas as garantias inerentes ao devido processo legal (contraditório, ampla defesa e a possibilidade de utilização dos recursos cabíveis), ainda que isso implique na dilação do resultado final do processo.

Com a inserção na CF/88 do direito individual à razoável duração do processo impõe que a ordem jurídica infraconstitucional se submeta às adequações necessárias, cabendo ao intérprete promover a máxima efetividade das medidas legislativas que busquem preservá-lo.

A repercussão geral e o julgamento por amostragem do recurso extraordinário é sem dúvida a concretização do que se encontra na expressão “meios que garantam a celeridade de sua tramitação” constante na redação do princípio orientador, pois com a sua vigência houve um fortalecimento do papel institucional do Supremo Tribunal Federal, qual seja, guarnecer a unidade da Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal, através do seu Núcleo de Estatística disponibiliza no seu sitio na Internet dados quantitativos^[1], a partir do qual se verifica que pela análise dos dados referentes ao primeiro semestre de 2008, que o recorrente não se preocupava em demonstrar que a decisão recorrida ultrapassa os interesses subjetivos da causa, pois dos 15.259 (quinze mil, duzentos e cinquenta e nove) recursos

distribuídos, apenas 28,90% (vinte e oito, noventa décimos percentuais) possuíam preliminar de repercussão geral. Dessa forma, esses dados corroboram a nossa afirmação feita outrora, de que o Supremo Tribunal Federal estava funcionando como uma verdadeira instância revisora, deixando de exercer sua função precípua, qual seja, guardião da Constituição Federal.

Ao analisar os dados referentes ao 1º semestre de 2013, percebe-se que houve uma grande redução do número de recursos dirigidos ao Tribunal, apenas 2.899 (dois mil oitocentos e noventa e nove) contra os 15.259 (quinze mil, duzentos e cinquenta e nove) distribuídos no 1º semestre de 2008.

Pela lógica, o número de recursos distribuídos ao Tribunal deveria ter aumentado durante esse período, pois como o número de processos aumenta a cada ano, conseqüentemente o número de recursos também deveria aumentar. Assim, em virtude da redução da distribuição recursal, é notório que a repercussão geral enquanto requisito de admissibilidade do recurso extraordinário está cumprindo a sua função como filtro recursal.

Em relação aos dados do julgamento do recurso extraordinário por amostragem, verifica-se a partir dos dados extraídos do sítio do Supremo Tribunal Federal^[2], que, entre o 2º semestre do ano de 2007 até o final do ano de 2015, a análise da repercussão geral em abstrato através do incidente de julgamento por amostragem evitou que 120.075 (cento e vinte mil e setenta e cinco) processos fossem distribuídos desnecessariamente ao Tribunal Maior, pois a partir da seleção de um processo paradigma em que fora reconhecido a existência da repercussão geral e do julgamento da questão de direito em abstrato, o entendimento firmado naquele processo tem que ser aplicado pelas instâncias ordinárias aos demais recursos cuja matéria de direito é semelhante ao *leading case* julgado em abstrato.

Constata-se que o julgamento por amostragem (art. 543-B do CPC – art. 1.036, caput, do Novo Código de Processo Civil) proporcionou uma redução significativa na distribuição de processos no período de 2007 a 2015, evitando que o Tribunal fosse instado a se manifestar em processos cujo entendimento já se encontra pacificado.

Ressalta-se que o julgamento por amostragem na qual a repercussão geral é analisada em abstrato, diferentemente da repercussão geral enquanto requisito de admissibilidade, possui maior efetividade, pois impede que milhares de processos semelhantes sejam analisados pelo Tribunal.

4. CONCLUSÃO

A repercussão geral aliada ao julgamento por amostragem, vêm cumprindo os objetivos idealizados pela Reforma do Judiciário, pois de acordo com os dados analisados acima se percebe que houve uma considerável redução do número de recursos dirigidos à Suprema Corte, permitindo que ela cumpra adequadamente a sua função precípua, a guarda da Constituição Federal. É válido ressaltar que com estas medidas há a concretização do princípio orientador da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal).

Outra consequência positiva da abstrativização das decisões proferidas no julgamento do Recurso Extraordinário é a valorização dos precedentes firmados pela Suprema Corte, consubstanciando outro importante direito consolidado no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, a segurança jurídica.

Em que pese a parte dispositiva do acórdão atinja apenas as partes que participaram da lide, uma vez que se trata de um processo subjetivo, após o reconhecimento da repercussão geral sobre a matéria de direito que originou a interposição do recurso, o entendimento firmado pela Corte no julgamento da questão jurídica

posta em discussão impedirá a rediscussão da matéria em recursos futuros, ressalvada a hipótese da revisão do entendimento firmado, razão pela qual se afirma que o entendimento firmado em um processo *inter partes* se projeta para além desse processo, pois aquele entendimento deverá ser observado pelas instâncias ordinárias e pelos demais órgãos do próprio Supremo Tribunal Federal.

Conclui-se, portanto, que a sistemática da coletivização das demandas, cuja orientação repercutirá tanto no plano individual, resolvendo a controvérsia inter partes, quanto na esfera coletiva, norteando o julgamento dos múltiplos recursos que discutam idêntica questão de direito, abstrativização das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, valoriza os precedentes (*stare decisis*) oriundos dela, o que reafirma o seu papel de Suprema Corte, sem olvidar que a atividade jurisdicional prestada por esta corte está mais célere, com mais qualidade, e acaba refletindo nas decisões proferidas pelos demais órgãos do Poder Judiciário, na medida em que proporciona uma maior segurança jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**, in: Vade Mecum. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do Texto: Antônio Luiz de Toledo Pinto; Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt; Livia Céspedes. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 09-102.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil Vol. I**. 20^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CUNHA JR., Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. revista, ampl. e atual. Salvador: JusPODVIM, 2011.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual Civil**. 13. ed.: rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPODVIM, 2011. v.1.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual Civil**. 6. ed. rev., ampç. e atual. Salvador: JusPODVIM, 2011. v.2.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODVIM, 2011. v.3.

DIDIER JR., Fredie. **Ações Constitucionais**. 4. ed. rev., ampl; e atual. Salvador: JusPODVIM, 2009.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 15. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEDINA, Jose Miguel Garcia. **Prequestionamento e repercussão Geral**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. E atual. - São Paulo: Saraiva, 2013.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2011.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 252.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v.1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O novo artigo 543-C do Código de Processo Civil** (Lei 11.672, de 08.05.2008, in Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil, vol. 53, 2008).

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NOTAS:

[1] Os dados citados foram extraídos site do Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=numeroRepercussao>> Acesso em 10 de março de 2016.

[2] Os dados citados foram extraídos do site do Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=numeroRepercussao>> Acesso em 10 de março de 2016.



www.conteudojuridico.com.br

PRECATÓRIOS: UMA DELIMITAÇÃO CONCEITUAL E ONTOLÓGICA

PRISCILA PEIXINHO MAIA: consultoria jurídica ao escritório RDTM advocacia e consultoria Jurídica, ao escritório Campos e Campos Advogados associados. Estuda direito público e direito previdenciário em pós graduação. Além disso, desenvolve pesquisa em Controle de Constitucionalidade na Universidade Federal da Bahia.

Resumo: O enfrentamento da Execução contra Fazenda Pública sempre foi tema tormentoso para credores e juristas, de modo geral. A queixa recorrente dos credores está na demora da quitação do débito público fixado por sentença judicial transitada em julgado. Os juristas, por outro lado, volta e meia se perdem na complexidade do regime de pagamento via precatórios. O presente artigo, longe de tentar solucionar tais percalços, pretende esclarece os contornos jurídicos e fundamentação do instituto que os provoca, qual seja: o precatório. Neste sentido, traça-se nos dois tópicos de desenvolvimento o que, cientificamente, entende-se por precatório e quais seus fundamentos normativos.

Palavras-Chave: Precatórios, Execução, Fazenda Pública, Constitucional.

Abstract: Facing Execution against the Treasury has always been stormy theme for creditors and lawyers in general. The applicant complains of the creditors is the delay of the public debt discharge set by court final judgment. The lawyers, on the other hand, now and then get lost in the complexity of the payment scheme via amounts. This article, far from trying to solve these difficulties, intends to clarify the legal contours and grounds of the institute that causes them,

namely, the court order. In this sense, it draws us two development topics which, scientifically, it is understood by court order and what their normative foundations.

Key Words: Constitutional, Execution, Public Finance, Precatories.

Sumário. Introdução. 2. O que é precatório. 3. Por que inventaram o precatório. Considerações finais.

INTRODUÇÃO

A expedição de precatório é o último degrau no percurso enfrentado pelo particular para ter adimplido seu crédito fixado em sentença judicial transitada em julgado contra a Fazenda Pública. Contudo, apesar de tão fundamental, justamente ser o resultado do processo de execução fazendária, o conceito e fundamentos jurídicos para instituição do precatório são de certo modo obscuros até mesmo para os estudiosos do direito.

O fomento do estudo do tema se sobrepõe a partir da decisão de mérito do Supremo Tribunal Federal nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4357 e 4425. Tais decisões declararam a inconstitucionalidade da Emenda nº 62 de 2009, responsável

por promover significativas modificações ao regime. Entende-se, contudo, que a compreensão dos efeitos da supracitada decisão e seu impacto nos pagamentos efetuados pela Fazenda Pública pressupõem a nitidez da resposta aos seguintes pontos: o que é e por que existem os precatórios. Tais pontos, por esta importância, são os principais objetos do estudo ora desenvolvido.

Com vistas a alcançar estes objetivos, dividiu-se o artigo em dois tópicos de desenvolvimento, ambos com o enfoque científico do tema. No primeiro, denominado “O que é precatório?” pretendeu-se esclarecer o conceito do instituto, através da colisão de diversos

posicionamentos encontrados na doutrina. Paralelamente, optou-se pelo conceito mais adequado através da comparação do que as normas jurídico- constitucionais e infraconstitucionais dizem ser precatório.

No segundo tópico, procurou-se responder o porquê da invenção dos precatórios, através da premissa segundo a qual o Estado democrático é “produtor” e “objeto” de direito. Diante disto, verificou-se: a) Que o Estado, quando deve, também se submete a uma execução; b) Que esta Execução, por justamente se voltar contra o Estado-devedor, precisa ser diferenciada. Viu-se que a fundamentação para a existência dos precatórios se encontra nos motivos pelos quais a ordem jurídica determina esta diferenciação.

Utilizou-se, para realização do estudo, de uma análise macro e sistemática do sistema jurídico constitucional e infraconstitucional relacionado ao instituto do precatório, além da consulta de livros e artigos da doutrina nacional, centrados, principalmente, nas áreas do Direito Constitucional, Direito Processual Civil e Direito Administrativo.

1. O QUE É PRECATÓRIO?

Em pleno século XXI é plausível conjecturar a possibilidade do Estado vir ser obrigado, no bojo de um processo judicial, a recompor materialmente o prejuízo causado a um particular por ações ou omissões cuja atribuição lhe são inerentes de acordo com a determinação prévia e abstrata da ordem jurídica.

A simplicidade desta conjecturação *ou factibilidade* é fruto de um processo histórico que atinge o cidadão comum inconscientemente. O jurista, por outro lado, também é resultado da mesma evolução, contudo, deve ter a consciência de que esta “simplicidade” é consequência de uma mudança relaciona à feição estatal, hoje democratizada.

Esta consciência própria e simples do cidadão comum deve ser qualificada para o jurista, pois, de acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, trata-se de uma noção “curial no Direito Público”, afinal, “todos os povos, todas as legislações, doutrina e jurisprudência universais reconhecem, em consenso pacífico, o dever estatal de ressarcir as vítimas de seus comportamentos danosos” (MELLO, 2012, P. 1009).

Contudo, não é curial sequer ao jurista a noção de que o Estado após ser judicialmente responsabilizado a recompor o patrimônio do particular de fato o fará, ou o fará com eficiência. Este verdadeiro distúrbio do Estado democrático de direito brasileiro está intrinsecamente relacionado ao regime de precatórios, responsável por estabelecer o pagamento das condenações por quantia certa impostas à Fazenda Pública.

Entende-se que para “sanar” (ou tentar fazê-lo) tal distúrbio é necessário, primeiro, evidenciá-lo. Para isto, deve-se explicá-lo cientificamente (KELSEN, 2000, P. 79). Logo, indaga-se: afinal, o que são, de fato, os questionados precatórios e por que surgiram?

O entendimento do precatório depende de conhecimentos prévios de várias áreas, a exemplo do Direito Constitucional, Processual Civil, Administrativo e Orçamentário. Nesse sentido, os cientistas jurídicos, na análise do tema, muitas vezes vacilam já na premissa básica: a conceitual. Existe, deste modo, evidente dissenso doutrinário na investigação inicial do instituto. Oliveira, por exemplo, entende por precatório a “(...) *comunicação emitida pelo chefe do Poder Judiciário ao titular da administração da entidade pública sucumbente em ação de conhecimento e que foi conduzida até as últimas consequências.*” (OLIVEIRA, 2005, P. 46)

A mesma perspectiva, ou seja, com vistas a situar o nascimento do precatório à atividade do Presidente do Tribunal cujo

juiz da execução formulada contra a Fazenda Pública está vinculado, é adotada por Fernão Borba Franco, segundo o qual:

Importa, na verdade, saber que o precatório, no sentido que se vulgarizou, é uma ordem dirigida ao membro do Poder Executivo responsável pelo pagamento, determinando que seja a verba nele discriminada incluída no orçamento do exercício seguinte, para depósito até o final desse exercício, de modo a satisfazer o crédito do exequente.(FRANCO, 2002, p. 129-130)

Esta visão, contudo, está contraposta à estrutura conceitual elaborada por outros autores, segundo os quais o nascimento do precatório antecede à atividade do Presidente do Tribunal. Em artigo vanguardista sobre o estudo do tema, Vlamir Souza de Carvalho já citava o alerta de Pontes de Miranda para a necessidade de se enxergar que “Só o Presidente que proferiu a decisão exequenda é constitucionalmente autorizado a expedir ordens de pagamento” (CARVALHO, 1982, p. 12).

A logicidade do alerta parte de um destrinchamento da sistemática que envolve a formação dos precatórios, qual seja: emitir ordens de pagamento se distingue – e isto precisa ser evidenciado – de emitir precatórios, pois esta atividade apenas está constitucionalmente autorizada ao juiz que proferiu a sentença no processo de execução. Neste sentido, Vlamir Souza de Carvalho afirma categoricamente no mesmo artigo: “*A ordem de pagamento e a requisição não se confundem, embora a primeira ocorra em decorrência da segunda*” (CARVALHO, 1982, P. 15).

A referida inconfundibilidade é verificada destrinchando-se as fases antecedentes e posteriores à formação do precatório. Francisco Wildo Lacerda Dantas (DANTAS, 1998, P. 16), em valiosa

ajuda, lembra que após a prolação da sentença, no processo de execução, deve a Fazenda ser citada (em obediência à regra do art. 652 do CPC) para opor embargos (com processamento descrito pelo artigo 740 do CPC).

Após o oferecimento, os embargos podem ter o mérito apreciado ou não. Caso a análise merital seja desfavorável à Fazenda Pública, aplicar-se-á a regra posta no art. 475 do CPC, cujo imperativo submete a sentença ao duplo grau de jurisdição. Contudo, caso os embargos sejam rejeitados liminarmente (nos moldes do art. 739 do CPC) ou reafirmada a improcedência da sentença pelo órgão *Ad quem*, será – e este marco é o referencial – requisitado o pagamento de precatório pelo Juiz da Execução ao Tribunal cuja norma lhe vincula.

Parecem mais adequadas à realidade imputada pelo direito positivo as conceituações que se originam desta linha de raciocínio. Neste sentido estão vários autores, a exemplo de Celso Antônio Bandeira de Melo, na seara administrativa:

O mecanismo procedimental de pagamento das dívidas de uma pessoa de direito público, que hajam reconhecidos em juízo, tem início com as determinações, chamadas ‘precatórios’, que os magistrados expedem ordenando ao devedor que inclua na previsão orçamentária do próximo exercício verba necessária para satisfazer os precatórios que hajam sido apresentados até 1º de julho, cujos valores deverão ser corrigidos monetariamente na data do pagamento. (MELLO, 2012, p. 1062.)

Bruno Espiñeira Lemos, em trabalho específico sobre o tema (LEMOS, 2004, P. 41):

O termo precatório deriva do latim *precatorius*. É especialmente empregado para indicar a requisição, ou propriamente a carta expedida **pelos juízes da execução de sentenças**, em que a Fazenda Pública foi condenada a certo pagamento, ao Presidente do Tribunal, a fim de que, por seu intermédio, se autorizem e se expeçam as necessárias ordens de pagamento às respectivas repartições pagadoras. (Grifo nosso)

Além de, no âmbito do Direito Processual Civil, Didier, Carneiro da Cunha, Braga e Oliveira (BRAGA, 2013, P. 725):

Não apresentados os embargos ou vindo a ser rejeitados, **o juiz determina a expedição de precatório ao Presidente do respectivo tribunal** para que reste consignado à sua ordem o valor do crédito, com requisição às autoridades administrativas para que façam incluir no orçamento geral, a fim de proceder ao pagamento no exercício financeiro subsequente. (Grifo nosso.)

Para os limites propostos por este estudo e de acordo com as conceituações acima expostas, entende-se mais coerente definir precatório como: requisição (*precatório “adjetivo”, no sentido de “pedido”*) emitida pelo juiz prolator da sentença desfavorável à Fazenda Pública no processo de execução (*marco temporal*), enviada ao Presidente do Tribunal ao qual está vinculado para que este, por sua vez, sob pena de responsabilidade funcional, ordene à entidade devedora a inclusão do valor fixado em sentença na previsão orçamentária para posterior pagamento até o final do exercício financeiro seguinte à apresentação do precatório

(precatório “substantivo”, no sentido de ato administrativo cujo mérito traz o quantum devido pela Fazenda)[1].

Precatório, nestes termos, é fruto do esvaziamento do processo executivo na esfera judicial. Implica, assim, na utilização de formas indiretas de execução (*possibilidade de sequestro apenas casos remotos, intervenção federal, responsabilização de servidores*), pois – como se fundamentará adiante - não é possível expropriar os bens das entidades de direito público para satisfazer o credor particular.

Tal cenário, inclusive, é evidenciado por Francisco Wildo Lacerda Dantas, em outro trabalho sobre o tema, com a consideração de que a “(...) *única espécie de execução cabível contra a Fazenda Pública é a execução indireta.*”, pois esta não prescinde de colaboração do devedor (DANTAS, 2001, p. 4). Vlamir de Souza Carvalho, no mesmo sentido, e com clarividência para os fundamentos – adiante analisados – da opção legislativa ao uso deste tipo de técnica pontua:

O precatório só existe e só é importante porque a administração pública, em geral, só paga seus débitos judiciais por força do precatório, em virtude do controle administrativo que deve recair sobre as importâncias entradas e saídas, e como forma de moralizar o serviço público. (CARVALHO, 1982, p. 19.)

O conceito deste estudo parece mais adequado, pois se equilibra a imputação pelo direito positivo quanto ao que *deve ser* precatório. A disciplina do instituto – também aprofundada adiante – encontra-se, em síntese, no artigo 100 da Constituição Federal cujo *caput* tem texto com a seguinte norma:

Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital

e Municipais, em virtude de sentença judiciária, **far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios** e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. (Grifo nosso)

Também é esse o sentido do art. 910 do Novo Código de Processo Civil:

Art. 910. Na execução fundada em título extrajudicial, a Fazenda Pública será citada para opor embargos em 30 (trinta) dias.

§ 1º Não opostos embargos ou transitada em julgado a decisão que os rejeitar, **expedir-se-á precatório ou requisição de pequeno valor em favor do exequente**, observando-se o disposto no art. 100 da Constituição Federal.

§ 2º Nos embargos, a Fazenda Pública poderá alegar qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento. (Grifo Nosso)

Coerente com a premissa segundo a qual cabe à ciência do direito formular proposições jurídicas, sendo distintas das normas, pois estruturam proposições hipotéticas sobre estas (KELSEN, 2000, p. 80-81), não resta dúvida, pela análise do direito positivo, de que o juiz a apresentar o precatório é o responsável pela prolação da sentença. O magistrado “requisitador” é o da execução, além do mais, a atividade do requisitado, ou Juiz presidente do Tribunal, apenas se inicia com a “apresentação dos precatórios. Por fim, é a data de apresentação dos precatórios (ou data da requisição) o ponto de referência para organização da ordem de pagamento.

Logo, precatório assume a natureza jurídica de ato administrativo simples, marco inicial para processo administrativo a transcorrer no Tribunal até o adimplemento do débito. Ato administrativo, pois o juiz da execução, quando requisita ao Presidente do Tribunal a emissão de ordem para pagamento de precatório o faz despojado de seu manto jurisdicional. Além disso, há, com o ato, inauguração de processo (conjunto de vários outros atos) não jurisdicional no órgão *ad quem* objetivando formalizar e controlar o pagamento do débito público.

Por fim, os pontos trazidos acima estão em perfeita simetria com as normas da Resolução nº 115 do Conselho Nacional de Justiça, responsável por dispor – em uma tentativa de uniformização nos Tribunais do país – a gestão de precatórios no âmbito do Poder Judiciário.

A Resolução, lastreada na competência do CNJ para exercer “(...) o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, bem como zelar pela observância do art. 37 da Carta Constitucional (CF, Art. 103-B, § 4º, caput e inciso II)”, determina, no artigo o artigo 4º:

Art. 4º Para efeito do disposto no ‘caput’ do art. 100 da Constituição Federal, considera-se **como momento de apresentação do precatório o do recebimento do ofício perante o Tribunal ao qual se vincula o juízo da execução.**

§ 1º No caso de devolução do ofício ao juízo da execução, por fornecimento incompleto de dados ou documentos, a data de apresentação será aquela do protocolo do ofício com as informações e documentação completas. (...). (Grifo nosso)

Fixado o conceito mais adequado de precatório, segue-se à análise dos motivos e fundamentos de sua utilização.

2. POR QUE INVENTARAM O PRECATÓRIO?

É importante agora, em um aspecto mais generalista, entender o pressuposto básico para a existência dos precatórios, qual seja: a compreensão do Estado como “produtor” e “objeto” do Direito.

Após conjecturá-lo como comunidade social, e, por consequência, comunidade social normativamente definida, Kelsen definiu o Estado “como uma ordem jurídica relativamente centralizada, limitada no seu domínio espacial e temporal de vigência, soberana ou imediata relativamente ao Direito Internacional e que é, globalmente ou de um modo geral, eficaz” (KELSEN, 2000, p. 321). Também afirmou ser o Estado uma Corporação (KELSEN, 2000, p. 140-141), “(...) isto é, uma comunidade constituída por uma ordem normativa que institui órgãos funcionando segundo princípio da divisão do trabalho, órgãos esses que são providos na sua função mediata ou imediatamente.” (KELSEN, 2000, p. 321).

Entender o Estado tanto como “ordem jurídica” quanto como “cooperação” inerente a uma comunidade regulada é lhe dar a possibilidade de ser sujeito de direitos com obrigações limitadas – ainda que de maneira exorbitantes em alguns casos (a exemplo da “Supremacia do interesse público sobre o privado”) – pela ordem jurídica cuja representação, a depender da abordagem conceitual ou prática, pode se lhe incumbir.

Este passo teórico, portanto, é imprescindível para a noção hoje totalmente assimilável (ou “curial” conforme o início do capítulo) de Estado “responsável”. Se o Estado, por exemplo, assume as dívidas contraídas, subtende-se que deve pagá-las, logo, tem um

dever jurídico correlato, por consequência, a uma responsabilidade. Categóricas, nesta linha, são as palavras de Kelsen: “Dizer que uma pessoa é juridicamente responsável por certa conduta ou que ela arca com a responsabilidade por essa conduta significa que ela está sujeita a sanção em caso de conduta contrária.” (KELSEN, 2000, p. 93).

O ponto chave, nesta construção é o seguinte: o dever jurídico eventualmente imputado ao Estado, e a responsabilidade correlata, são determinados pelo ordenamento jurídico, este – fechando a fórmula que se pretende evidenciar – é emoldurado (formulado produzido) também pelo Estado (através do processo legislativo). Logo, a “fórmula” do Estado de direito é o ponto chave para compreensão da possibilidade de se executar a Fazenda pública (análise generalista) através do procedimento estabelecido por precatórios (análise específica).

Este aspecto do Estado de Direito é verificado nas seguintes palavras de Canotilho (CANOTILHO, 2003, p. 243):

O princípio do estado de direito é, fundamentalmente, um princípio constitutivo, de natureza material, procedimental e formal (a doutrina alemã refere-se a material *verfahrenmassiges Formprinzip*), **que visa dar resposta ao problema do conteúdo, extensão e modo de proceder da actividade do Estado** Ao decidir-se por um estado de direito a constituição visa conformar as estruturas do poder político e a organização da sociedade segundo a medida do direito. Mas o que significa direito neste contexto? (...) O direito compreende-se como meio de ordenação racional e vinculativa de uma comunidade organizada e, para cumprir esta função

ordenadora, o direito estabelece regras e medidas, prescreve formas e procedimentos e cria instituições. Articulando medidas e regras materiais com formas e procedimentos, o direito é, simultaneamente, medida material e forma de vida colectiva (K. Hesse). (Grifo nosso)

Celso Antônio Bandeira de Mello (MELLO, 2014, p. 1015), na mesma linha, lembra que “(...) um dos pilares do moderno Direito Constitucional é, exatamente, a sujeição de todas as pessoas, públicas ou privadas, aos quadros da ordem jurídica (...)”. No Brasil esta “fórmula” pode ser lida no artigo 1º da Constituição Federal de 1988:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em **Estado Democrático de Direito** e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político. (Grifo nosso)

Verifica-se, pelo exposto, a possibilidade de se imputar dever, responsabilizar e executar o Estado (“Fazenda Pública”). Indaga-se neste momento, sobre os motivos desta execução ser tão diferenciada da imposta ao particular. Neste sentido Kelsen, mais uma vez, esclarece que “A diferença deve ser encontrada na ordem normativa que constitui a corporação do Estado” (KELSEN, 2005, P. 261-262).

A ordem normativa brasileira, por sua vez, assenta-se nos seguintes fundamentos jurídicos para a execução diferenciada da Fazenda Pública: a) *Respeito à regra da impenhorabilidade e inalienabilidade dos bens públicos* (Cf. Arts. 20, 26 e 225 § 1º, 231 § 4º da Constituição Federal de 1988, Arts. 100, 101 e 1.420 do Código Civil de 2002, Art. 649, I do Código de Processo Civil, Art. 17 da Lei 8.666 de 1993); b) *Respeito ao princípio da continuidade dos serviços públicos* (Art. 6º da Lei 8.987 de 1995); c) *Respeito ao princípio da Separação dos poderes* (Arts. 2º, 60 § 4º, III CF); por fim, c) *Respeito ao princípio da moralidade administrativa* (Art. 37, *caput* CF).

A referência Constitucional aos bens públicos (tópico “a”) está presente nos artigos 20 (pertencentes à União), 26 (pertencentes aos Estados), artigo 225, segundo o qual “todos tem direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo (...)” e artigo 231, que se refere às terras indígenas. O Código Civil de 2002, por sua vez, conceitua bens públicos, no artigo 98 como “(...) os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.”

Neste passo, importante a lembrança de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem “A noção de bem público, tal qual qualquer outra noção em Direito, só interessa se for correlata a um dado regime jurídico” (MELLO, 2014, p. 932). Logo, os bens públicos, no ordenamento jurídico brasileiro, são; (a) *inalienáveis*; pois assim determina o artigo 100 do Código Civil de 2002; (b) *impenhoráveis*; de acordo com a disciplina do artigo 100 da Constituição Federal (adiante esmiuçada), ademais, pelo pressuposto, estabelecido pelo artigo 649, I do Código de Processo civil, pelo qual não se pode penhorar bens inalienáveis; e, também, (c) *Imprescritíveis*; diante da vigência do artigo 102 do Código Civil

e art. 200 do Decreto-Lei 9.760, de 5.9.1946 que regula o domínio público federal.

A ordem jurídica normativa brasileira, portanto, delimitou um regime jurídico específico para o tratamento certos bens submetidos ao domínio público que, segundo Hely Lopes Meirelles (MEIRELLES, 2014, P. 596), é expressão designativa ora do “(...) poder que o Estado exerce sobre os bens próprios e alheios, ora designa a condição desses bens.” A exteriorização deste domínio, frise-se, demonstra-se em poderes de Soberania Interna e direitos de propriedade. No que tange ao patrimônio estatal, o domínio público se evidencia por um direito de propriedade que, segundo o alerta de Meirelles, “(...) é de propriedade pública, sujeito a um regime administrativo especial.” (MEIRELLES, 2014, P. 596).

O princípio da continuidade dos serviços públicos (tópico “b”) “promove um estado ideal de coisas” (ÁVILA, 2003, p. 70) ao alicerçar, de modo diretamente assimilável, as regras descritivas do regime dos contratos administrativos e exercício da função pública. Isto, pois fundamenta, em relação aos contratos, o reconhecimento de privilégios para a Administração, e, quanto ao exercício de função pública a utilização de normas que exigem a permanência do servidor na atividade.

Entendendo como dever imediato do princípio da continuidade dos serviços públicos a promoção de “estado ideal de coisas”, qual seja, a não paralisação dos serviços juridicamente (isto é, delimitados pela Constituição Federal) considerados públicos, infere-se que um dos deveres mediatos do mesmo, ou seja, conduta necessária ao alcance deste “estado ideal de coisas” é a preservação proteção aos bens públicos. Daí a relação do princípio à execução diferenciada contra a Fazenda Pública e pressuposto/fundamento também, para inalienabilidade, impenhorabilidade e imprescritibilidade positivamente estabelecidas aos bens do Estado.

Através de uma análise histórica da execução contra a Fazenda Pública, pode-se afirmar que até 1934, com a constitucionalização do sistema de pagamento por precatórios, predominava no cenário brasileiro a ordem cronológica estabelecida e impulsionada por uma melhor “advocacia administrativa” (LEMOS, 2004, p. 49). A aparente “subordinação” do Poder Judiciário – que definia o “*quantum*” devido pela Fazenda Pública – ao Poder Legislativo – responsável pela votação das verbas destinadas ao pagamento – parecia indicar uma desequilibrada predominância dos interesses do Poder Executivo, ou, em termos processuais; Fazenda Pública ré provadamente devedora.

A mudança na forma de pagamento, percebida ao longo do amadurecimento do instituto, fundamentou-se, também, na necessidade de se coroar o Princípio da Separação dos Poderes (tópico “c”), disposto no Art. 2º da CFRB de 1988. Este princípio, cujo aspecto engloba a separação como divisão, controle e limitação do poder, além de constitucionalização, ordenação e organização do poder do Estado tendente a decisões funcionalmente eficazes e materialmente justas, assegura, nas palavras de Canotilho “(...) uma medida jurídica ao poder do Estado e, conseqüentemente, serve para garantir e proteger a esfera jurídico-subjetiva dos indivíduos e evitar a concentração de poder.” (CANOTILHO, 2003, p. 250)

O mesmo cenário é fonte da afirmação segundo a qual o pagamento através de precatórios representa conduta necessária para o estado ideal de moralidade preconizado como princípio da Administração Pública no artigo 37 da Constituição Federal de 1988. Tal princípio, de acordo com Leonardo José Carneiro da Cunha, “(...) relaciona-se, como se percebe, com a confiança legítima que se deve ter em frente aos atos públicos” (CUNHA, 2010, p. 359). Confiança esta ligada à boa-fé do credor em ter seus

débitos adimplidos de acordo com um devido processo legal, teoricamente ínsito ao sistema de precatórios.

As normas acima explicitadas, que fundamentam a necessidade de se diferenciar a execução contra a Fazenda Pública, derivam da mesma fonte que atribui certo patrimônio ao Estado. Frisa-se que a execução estatal diferenciada afeta, como relembra Kelsen, este mesmo patrimônio, pois: “(...) o Estado responde com o seu patrimônio pelo ilícito que um indivíduo cometeu pelo não-cumprimento do dever que, na sua qualidade de órgão do Estado, deveria ter cumprido” (KELSEN, 2000, p. 341)

Percebe-se, portanto, que esta responsabilização patrimonial está equalizada juridicamente com os fundamentos/ prerrogativas concedidas ao Estado (Sujeito de direito) pela mesma ordem “atributiva” (Estado produtor de Direito) que o cria e adjetiva.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Extrai-se, do presente artigo, as seguintes proposições normativas:

1. Não é curial sequer ao jurista a noção de que o Estado após ser judicialmente responsabilizado a recompor o patrimônio do particular de fato o fará, ou o fará com eficiência. Este verdadeiro distúrbio do Estado democrático de direito brasileiro está intrinsecamente relacionado ao regime de precatórios, responsável por estabelecer o pagamento das condenações por quantia certa impostas à Fazenda Pública.

2. Há um evidente dissenso doutrinário na investigação inicial do instituto. Autores como Oliveira e Fernão Borba Franco adotam perspectiva que situa o nascimento do precatório à atividade do Presidente do Tribunal cujo juiz da execução formulada contra a Fazenda Pública está vinculado.

3. Contudo, outros autores, a exemplo de Vlamir de Souza Carvalho, Celso Antônio Bandeira de Melo, Bruno Espiñeira Lemos, Didier, Carneiro da Cunha, Braga, Oliveira, Além de Pontes de entendem que o nascimento do precatório antecede à atividade do Presidente do Tribunal. Para estes doutrinadores, o precatório é expedido pelo juiz da execução responsável por prolatar sentença desfavorável à Fazenda Pública.

4. Através de uma colisão dos conceitos doutrinariamente expostos, fixou o estudo desenvolvido no presente artigo que precatório é: requisição (*precatório “adjetivo”, no sentido de “pedido”*) emitida pelo juiz prolator da sentença desfavorável à Fazenda Pública no processo de execução (*marco temporal*), enviada ao Presidente do Tribunal ao qual está vinculado para que este, por sua vez, sob pena de responsabilidade funcional, ordene à entidade devedora a inclusão do valor fixado em sentença na previsão orçamentária para posterior pagamento até o final do exercício financeiro seguinte à apresentação do precatório (*precatório “substantivo”, no sentido de ato administrativo cujo mérito traz o quantum devido pela Fazenda*).

5. O conceito proposto pelo estudo parece mais adequado, pois se equilibra a imputação pelo direito positivo quanto ao que *deve ser* precatório, através da análise do caput do artigo 100 da Constituição, Artigo 910 do Novo Código de Processo Civil em vigor e artigo 4º da Resolução nº 115 do Conselho Nacional de Justiça.

6. Os entendimentos de Hans Kelsen segundo o qual o Estado é uma “ordem jurídica” e “corporação” foram utilizado como pressuposto para compreensão dos fundamentos jurídicos para existência dos precatórios. Isto, pois, entender o Estado de acordo com estas duas vertentes é lhe dar a possibilidade de ser sujeito de direitos com obrigações limitadas pela ordem jurídica cuja

representação, a depender da abordagem conceitual ou prática, pode se lhe incumbir.

7. Neste sentido, o dever jurídico eventualmente imputado ao Estado, e a responsabilidade correlata, são determinados pelo ordenamento jurídico, este – fechando a fórmula que se pretende evidenciar – é emoldurado (formulado produzido) também pelo Estado (através do processo legislativo).

8. A ordem normativa brasileira, por sua vez, assenta-se nos seguintes fundamentos jurídicos para a execução diferenciada da Fazenda Pública: a) *Respeito à regra da impenhorabilidade e inalienabilidade dos bens públicos*; b) *Respeito ao princípio da continuidade dos serviços públicos*; c) *Respeito ao princípio da Separação dos poderes*; por fim, c) *Respeito ao princípio da moralidade administrativa*.

9. Viu-se que as normas acima explicitadas derivam da mesma fonte que atribui certo patrimônio ao Estado. Portanto, a responsabilização patrimonial do Estado está equalizada juridicamente com os fundamentos/ prerrogativas concedidas ao mesmo pela ordem “atributiva” que o cria e adjetiva.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Humberto Gomes de. ***Delenda Precatoria: (abaixo os precatórios!)***. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, v.2, n. 18, p. 71-73, jun. 2000. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/8583/Delenda_Precat%C3%B3ria_Abaixo.pdf?sequence=5. Acesso em: 10 de julho de 2014.

BRAGA, Paula Sarno; et al. **Curso de Direito Processual Civil**. Execução. 4ª ed. Salvador: JusPodvm, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Lisboa: Almedina, 2003, p. 250.

CARVALHO, Vlamir Souza de. **Iniciação ao Estudo do Precatório**. Separata da Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, ano 19, n 76, out-dez 1982, p. 10.

CARVALHO, José dos Santos Filho. **Manual de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 1.131 e 1.132.

CARVALHO, Juan Pablo Couto. **Estudo da execução contra a Fazenda Pública e o erro material como causa de revisão dos precatórios judiciais**. Revista Direito e liberdade – ESMARN – Mossoró. V. 2, n. 1, p. 259 – 286. Jan/Jun 2006. Disponível em: <<http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/viewFile/252/288>> Acesso em: 15 de julho de 2014, p. 266.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 8ª Ed. São Paulo, 2010.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Execução Contra a Fazenda Pública. Regime de Precatórios**. 2º Ed. São Paulo: Método, 2010.

_____, Francisco Wildo Lacerda. **O sistema de Precatórios e a Efetividade do Processo**. Associação dos Juízes Federais do Brasil. Ano 20. N. 66. Disponível em: <<<http://www.trf5.gov.br/documento/?arquivo=Francisco+Wildo+-+O+sistema+dos+precat%F3rios+e+a+efetividade+do+processo.p+df&tipo=p03>>> Acesso em 17.08.2013

DELGADO, José Augusto. **Precatório judicial e evolução histórica. Advocacia administrativa na execução contra a fazenda pública. Impenhorabilidade dos bens públicos**.

Continuidade do serviço público. In: SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da (Coord.). **Execução contra a Fazenda Pública.** Brasília, Centro de Estudos Judiciários, CEJ, 2003, p. 121-140. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/16940/Precat%C3%B3rio_Judicial_Evolu%C3%A7%C3%A3o.pdf?sequence=1. Acesso em: 6 de junho de 2014, p. 3.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese.** Trad. Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2010.

FERRAZ, Tércio Sampaio Júnior. **Introdução ao Estudo do Direito.** Técnica, Decisão, Dominação. 6º Ed, São Paulo, Atlas: 2011.

FRANCO, Fernão Borba. **Execução em face da Fazenda Pública.** São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado.** 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 261-262.

_____, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LE MOS, Bruno Espiñeira. **Precatório: Trajetória e Desvirtuamento de um Instituto. Necessidade de Novos Paradigmas.** 1. ed., Porto Alegre: Sabris, 2004.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 19º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 40ª ed. São Paulo; Malheiros, 2014, p. 596.

OLIVEIRA, Antônio Flávio. **Precatórios: aspectos administrativos, constitucionais, financeiros e processuais.** Belo Horizonte: Fórum, 2005.

OLIVEIRA, Luciano. **Não me fale do Código de Hamurabi! A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito. Disponível em:**

<<[Acesso em agosto de 2013.](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CCkQFjAA&url=http%3A%2F%2Fxa.yimg.com%2Fkq%2Fgroups%2F22789978%2F152848320%2Fname%2FOLIVEIRA_Luciano_-Nao_fale_do_codigo_de_Hamurabi.pdf&ei=PDh5UvvHLqHviQKN7oDQDg&usg=AFQjCNFN3fT6GuNtuUEZqTAV3jKV_xHPHQ>></p></div><div data-bbox=)

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Metodologia da Pesquisa nos Cursos de Direito: Uma leitura Crítica.** Disponível em <<[SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de Direito Processual Civil. Execução e Processo Cautelar.** 14^o Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 277.](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CCkQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.conpedi.org.br%2Fmanaus%2Farquivos%2Fanais%2FXIVCongresso%2F129.pdf&ei=4Dd5UubUFelJiQKEhoBI&usg=AFQjCNEVKjBI0LZcYdZztb0TPFp4pvmYLQ>> Acesso em agosto de 2013.</p></div><div data-bbox=)

THEODORO, Humberto Júnior. **Curso de Direito Processual Civil. Volume II. Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência.** 44^o Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 376.

_____, Humberto Júnior. **A execução contra a fazenda pública e os crônicos problemas do precatório.** Precatórios:

problemas e soluções, sob a coordenação de Orlando Vaz. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p 51.

VAZ, José Otávio de Viana. **Liquidação do precatório: Pagamento, compensação e poder liberatório**. In: Precatórios: problema e soluções. Belo Horizonte: Del Rey e Centro jurídico brasileiro, 2005.

VAZ, Orlando. **Precatórios: problema e soluções**. Belo Horizonte: Del Rey e Centro jurídico brasileiro, 2005.

NOTAS:

[1] Esclarece-se que a subdivisão do conceito de precatório em sentido “adjetivo” e “substantivo” inspira-se nas considerações de Vlamir de Souza Carvalho, em estudo inicial sobre o tema. Em interessante análise, o autor divide precatório sob o aspecto gramatical e processual. Na aferição gramatical entende que pode o precatório assumir a função de adjetivo, indicando algo que se pede, ou de substantivo, quando empregado para indicar a requisição ou a carta expedida pelos juízes de execução ao presidente do tribunal. Cf. CARVALHO, Vlamir Souza de. **Iniciação ao Estudo do Precatório**. separata da Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, ano 19, n 76, out-dez 1982, p. 10.



www.conteudojuridico.com.br

ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

FERNANDA CORREIA LIMA RODRIGUES DE MEDEIROS:
Advogada, formada em Direito, no ano 2013.2, pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN). Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Anhanguera Uniderp- Pólo Natal, RN. Exerci de 2014 a 2016 a função de conciliadora perante a Justiça Federal do Rio Grande do Norte.

RESUMO: O presente artigo trata do tema ativismo judicial no Brasil, mais precisamente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, demonstrando que esse ativismo judicial se faz presente, atualmente, em razão da evolução do constitucionalismo ao longo da história, dos novos ideais trazidos pela Constituição de 1988, em razão do sistema constitucional adotado, além da função de guardião da Constituição, assegurada constitucionalmente ao Poder Judiciário, o que culmina em uma expansão do mesmo e, conseqüente, manifestação quando provocado. O referido tema é questão de amplo debate, vez que há um questionamento acerca da legitimidade do Poder Judiciário ao proferir decisões em casos que, em tese, caberiam a outros Poderes. Diante disso, este artigo, por meio de pesquisas bibliográficas, descritivas e investigativas, objetiva verificar o que levou o Supremo Tribunal Federal (STF) a adotar essa postura ativista, bem como verificar o alcance do princípio da separação dos poderes, observando se o Judiciário viola o referido princípio ao praticar o ativismo. Como resultados, tem-se que a prática do ativismo judicial pelo STF é legítima, desde que dentro das funções asseguradas constitucionalmente, e, portanto não viola o princípio da separação dos poderes se for aplicada de forma não arbitrária.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Princípio da Separa o dos Poderes. Supremo Tribunal Federal. Legitimidade.

JUDICIAL ACTIVISM: AN ANALYSIS UNDER THE PERSPECTIVE OF THE SEPARATION OF POWERS PRINCIPLE.

ABSTRACT: The present study deals with activism judicial in Brazil, in particular of the Supreme Court (STF), demonstrating that judicial activism is present currently, and about the reason in the evolution of constitutionalism throughout history, new ideas brought by the Constitution 1988, because of the constitutional system adopted, besides the function of guardian of the Constitution, the constitutionally guaranteed power Judiciary, which culminates in an expansion of the same and the consequent manifestation when provoked. The above mentioned subject is a matter of extensive debate, and about the legitimacy of the judiciary to render decisions on cases which, in theory, would fit the other Powers. Therefore, this article, through bibliographic research, descriptive and investigative aims to verify which led the Supreme Court (STF) to adopt this activist approach and to verify the scope of the separation of powers principle, noting that the judiciary violates that principle to practice activism. About the result, it has been the practice of judicial activism by the Supreme Court is legitimate, since the Constitution, and therefore does not violate the separation of powers principle if applied arbitrarily.

Keywords: Activism Judicial. Separation of Powers Principle. Supreme Court. Legitimacy.

1. INTRODU O

Questão de grande relevância atualmente no âmbito do Judiciário brasileiro   o fen meno denominado ativismo judicial, que indica uma postura ativa, principalmente, do Supremo Tribunal

Federal (STF), ao procurar dar efetividade aos preceitos constitucionais assegurados em nossa Carta Magna aos cidadãos, quando estes provocam o Judiciário.

Ocorre que há uma grande discussão, inclusive dentro da área jurídica, se essa função ativista exercida pelo Judiciário é legítima e se não estaria adentrando nas funções asseguradas aos demais Poderes.

Diante disso, o presente trabalho visa investigar o que é o ativismo judicial e os fundamentos dessa atuação mais ampla do Judiciário- destacando o Supremo Tribunal Federal- à luz do princípio da separação dos poderes.

Visando esclarecer a problemática do tema, que gira em torno da legitimidade e violação ao princípio da separação dos poderes diante do fenômeno do ativismo judicial praticado pelo STF, o primeiro ponto a ser abordado no presente trabalho passa a ser a evolução histórica a fim de compreender qual a função exercida pelo Poder Judiciário em nosso país. E, é por meio dessa análise histórica que se percebe a evolução de um Estado Liberal, em que predominava o Poder Legislativo e a mera aplicabilidade da literalidade da lei a um Estado Democrático de Direito onde prevalece a Constituição, a qual passa a ser impregnada de normas cogente e princípios, tendo como um dos fundamentos principais assegurar direitos e garantias fundamentais. A partir disso, verifica-se uma expansão da jurisdição constitucional, o que colabora com a ascensão do Poder Judiciário

Posteriormente, antes de entrar exatamente no tema abordado, é necessário fazer uma distinção entre judicialização e ativismo judicial, pois um decorre do outro, entretanto são fenômenos distintos. Após ser feito esse esclarecimento, há uma exposição da origem do ativismo judicial, passando à sua conceituação e chegando, finalmente, ao ativismo judicial no Brasil,

sendo mencionados alguns casos jurisprudenciais de decisões ativistas praticadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Depois, chega-se ao ponto problemático do presente artigo, em que há uma análise histórica do princípio da separação dos poderes. Por fim, é demonstrado que, por seu um tema polêmico e atual, está impregnado de críticas, alguns defensores e outros opositores, assim, são expostos as opiniões de alguns doutrinadores.

Portanto, se fez necessária a abordagem de todos esses pontos, para que haja uma investigação sobre o atual panorama vivenciado pelo Judiciário brasileiro, levando à reflexão acerca da necessidade de haver uma reforma entre os Poderes, ou se há violação ao princípio de separação, bem como se essa atuação traz benefícios ou prejuízos aos cidadãos.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

2.1. Neoconstitucionalismo

O movimento constitucionalista se desenvolveu ao longo da história, passando, ao decorrer do século XX, pelo Constitucionalismo Liberal, Constitucionalismo Social, culminando com o Constitucionalismo Neoliberal/Contemporâneo, chamado, também, por alguns doutrinadores, de neoconstitucionalismo.

A transformação ocorrida no Direito Constitucional, em razão da influência do movimento constitucionalista, tem início no constitucionalismo antigo, na Antiguidade Clássica, quando o Estado era regido por costumes, onde não existiam constituições escritas. Até meados da Idade Média predominava o regime absolutista, por meio do qual os governantes não tinham limitações, mas a partir desse período o constitucionalismo ressurgiu como

movimento de conquista das liberdades individuais, impondo limites à atuação soberana.

No final do Século XVIII começaram a surgir as primeiras constituições escritas, principalmente com influência do constitucionalismo americano e francês, que inseriram as ideias de supremacia da constituição, garantia jurisdicional e separação dos poderes.

Com o final da Segunda Guerra Mundial, período em que o neoconstitucionalismo ganha força, a Europa passou por uma redemocratização, reconstitucionalização, visto que anteriormente vigorava na Europa um modelo identificado como Estado Liberal, que pregava por defesa das liberdades individuais e diante disso, como forma de limitar essa liberdade, ao invés do comando da pessoa, o monarca, como era no período absolutista, a lei busca limitá-la, sendo, portanto, um Estado de Direito, onde o Estado era regulado e controlado pela lei.

Todavia, com as mudanças ocorridas na Europa, no período pós-guerra, o Estado Liberal não conseguiu vencer as devastadoras crises e os problemas sociais surgidos com esse período, além disso, o fato dos valores éticos e morais começarem a retornar ao direito diante de um novo posicionamento popular vinculado à questão social advém, com isso, o Estado Social, intervencionista, que visa garantir os direitos individuais e coletivos, intervindo normativamente e operacionalmente para tutelar essas garantias. Dessa forma, surge um novo modelo de organização política, qual seja o Estado Democrático de Direito, que conjuga o Estado de Direito- respeito à lei- com o Estado Democrático- soberania, justiça social, dignidade da pessoa humana-, o que leva a uma ampliação da visão de mundo, bem como do constitucionalismo.

Destarte, o neoconstitucionalismo acabou por legitimar o aparecimento da Constituição moderna, entendida por uma

ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político. Assim, com a influência dos ideais trazidos pelo período pós Segunda Guerra Mundial, a Constituição passa a ser o centro do ordenamento jurídico, contendo um conjunto de direitos fundamentais, com normas impregnadas de valor axiológico e, desfrutando, a partir de então, da supremacia formal e material, a ser protegida pelo Poder Judiciário.

Noutro pórtico, o pós-positivismo é tido como o marco filosófico do neoconstitucionalismo. Nas palavras de Luís Roberto Barroso (2009, p.351), o pós-positivismo pode ser assim conceituado:

O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética.

Então, com o final da Segunda Guerra Mundial, a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos, baseados apenas no direito posto, não era mais adequado com a realidade social. Por esta razão, as ideias do jusnaturalismo e do positivismo não mais se adaptavam, surgindo o pós-positivismo, que promove a reaproximação entre o direito e a moral; a centralidade dos direitos fundamentais e a normatividade dos princípios.

Portanto, conforme entende Barroso (2009, p. 340), o pós-positivismo supera o legalismo, através da reintrodução dos ideais de justiça e legitimidade, ocorrendo o reconhecimento de valores, os quais passam a integrar o ordenamento jurídico, condicionando a atividade do intérprete. Assim, com a reintrodução desses ideais há uma reaproximação do direito com a ética e a moral.

Tais valores são materializados por meio dos princípios, os quais, de agora em diante, estão presente nas Constituições, seja de maneira explícita ou implícita, tais quais os princípios da dignidade da pessoa humana, da separação dos poderes, da liberdade, da igualdade, dentre outros. Esses princípios visam condensar os valores da sociedade, dar unidade ao sistema e funcionar como orientação ao intérprete. Com isso, os princípios deixam de ser fonte supletiva e passam a ter força normativa, tão quanto as regras, com caráter vinculativo e obrigatório, ou seja, passam a ser aplicados no caso concreto. Dessa forma, as normas constitucionais se apresentam como gênero, contendo duas espécies: regras e princípios, cada qual com funções e eficácias diferentes.

Deste modo, o neoconstitucionalismo reverte a antiga aplicação do Direito Constitucional, vez que rompe com o modelo tradicional Europeu em que a Constituição era um documento político, cujas normas não eram dotadas de aplicabilidade direta, dependendo da atuação dos legisladores, pois ao Judiciário não cabia qualquer papel na realização do conteúdo da Constituição, vigorando, a partir de então, a supremacia da Constituição, a qual é reconhecido como força normativa, com normas impugnadas de valor axiológico, de imperatividade e de aplicabilidade direta e imediata, as quais devem ser cumpridas sob pena de cumprimento forçado, cabendo a proteção da Constituição ao Judiciário. (BARROSO, 2007, p.5)

Assim sendo, como decorrência natural da supremacia da Constituição, se desenvolveu um novo método de interpretação constitucional, onde os modelos tradicionais de interpretação-gramatical, histórico, teleológico- e resolução de conflitos entre normas- caráter hierárquico, cronológico, especialidade- não são derogados, mas são complementados, visando garantir a concretização dos direitos e garantias fundamentais, com a interpretação por meio de uma interpretação principiológica ou valorativa, como a interpretação conforme a Constituição, princípios da razoabilidade, da efetividade, ponderação, etc.. Portanto, o juiz que antes era restrito a norma, verifica que, com a nova interpretação constitucional, a solução de uma controvérsia jurídica nem sempre está no texto normativo, assim pode fazer uso de ponderações entre os princípios (em caso de analisar quais dos princípios devem ser aplicados ao caso concreto), investigar o sentido e alcance da norma e utilizar da teoria da argumentação para solucionar o caso da melhor forma possível, formando-se juízos de valor e não de fato, como anteriormente.

Ressalte-se que um dos traços mais marcantes do neoconstitucionalismo é a ascensão do Poder Judiciário, vez que por meio das Constituições normativas, do reconhecimento da normatividade dos princípios e do controle de constitucionalidade há uma necessidade de novas posturas interpretativas à luz do papel assumido pela Constituição (centralidade e força normativa), para a concretização dos preceitos nela contidos, contribuindo com o fortalecimento do Judiciário.

Logo, percebe-se que os ideais do neoconstitucionalismo e o período histórico em que se desenvolveu geraram uma força normativa da Constituição; força normativa dos princípios; força do Poder Judiciário, este se deu a partir da expansão da jurisdição constitucional por todo o ordenamento jurídico, da nova interpretação constitucional e do controle de constitucionalidade, o

que, nas palavras de Barroso (2007, p. 11-12) “desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização”.

2.2. Pós Constituição de 1988

O processo de desenvolvimento por qual passou o Direito Constitucional, na Europa no período pós Segunda Guerra Mundial, influenciou e se desenvolveu no Brasil com a Constituição de 1988, por ocasião da discussão, elaboração e promulgação da nossa atual Carta Magna, o que favoreceu a redemocratização e a reconstitucionalização do nosso país.

A promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF) gerou a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário (período militar) para um regime democrático, organizado sob um Estado Democrático de Direito.

Nessa perspectiva, Gilmar Mendes (2009, p. 203) diz que:

A Constituição de 1988, em razão mesmo do seu processo de elaboração, é a mais democrática das nossas cartas políticas, seja em razão do ambiente em que ela foi gerada- *participação* era, então, a palavra de ordem- seja, em função da experiência negativamente acumulada nos momentos constitucionais precedentes, quando, via de regra, nossas constituições foram simplesmente outorgadas ou resultaram de textos originariamente redigidos por *grupos de notáveis*- com ou sem mandado político-, para só depois serem levados a debate nas assembleias constituintes.

No Brasil, até 1988 a lei preponderava sobre a Constituição e esta não tinha como objetivo principal consagrar os direitos que ali dispunha, visto que esses direitos para se efetivarem dependiam da atuação dos governantes. Ademais, os poderes não eram tão independentes e o Poder Judiciário não desempenhava um papel político importante.

Todavia, a Assembleia Constituinte de 1987/1988, influenciada pelos ideais do neoconstitucionalismo, promulgou uma Constituição contendo uma imensa quantidade de obrigações para o Estado, passíveis de serem exigidas pela população em geral.

Como forma de compreender alguns preceitos trazidos por nossa Constituição, vê-se o seu preâmbulo (BRASIL, 1988):

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Diante disso, verifica-se que, influenciado pelas teorias pós-positivistas, o Brasil passa a enfatizar na Constituição o exercício dos direitos fundamentais e sociais, assim como o caráter normativo dos princípios, além da supremacia da Constituição a ser assegurada pelo controle de constitucionalidade.

Ingo Sarlet (2004, p. 73), no que se refere aos direitos fundamentais afirma,

Traçando-se um paralelo entre a Constituição de 1988 e o direito constitucional positivo anterior, constata-se, já numa primeira leitura, a existência de algumas inovações de significativa importância na seara dos direitos fundamentais. De certo modo, é possível afirmar-se que, pela primeira vez, na história do constitucionalismo pátrio, a matéria foi tratada com a merecida relevância.

O art. 5º, §1º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988) prevê que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, excluindo, em princípio, o cunho programático desses preceitos. Ademais, os direitos fundamentais são incluídos no rol das cláusulas pétreas do art. 60, §4º, da CF (BRASIL, 1988), o que impede a supressão ou modificação dos direitos fundamentais pela ação do poder Constituinte derivado.

Além de a Carta Magna tratar dos direitos fundamentais, regula uma diversidade de outros assuntos que poderiam ser tratados por normas infraconstitucionais, o que a caracteriza como uma Constituição analítica, o que, segundo Ingo Sarlet (2004, p. 75) “o procedimento analítico do Constituinte revela certa desconfiança em relação ao legislador infraconstitucional”, isto é, essa característica subtrai um vasto número de questões do alcance do legislador.

Nas palavras de José Afonso da Silva (2005, p. 89) a Constituição de 88 compreende nove títulos que cuidam:

(1) dos princípios fundamentais; (2) dos direitos e garantias fundamentais, segundo uma perspectiva moderna e abrangente dos direitos individuais e coletivos, direitos sociais dos trabalhadores, da nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos; (3) da organização do estado; (4) da organização dos poderes; (5) da defesa do Estado e das instituições democráticas; (6) da tributação e do orçamento; (7) da ordem econômica e financeira; (8) da ordem social; (9) das disposições gerais.

Desse modo, a Constituição de 1988 traz positivados em seu texto a forma e o sistema de governo, a organização e estrutura do Estado, suas instituições, a organização dos poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), a estruturação de vários setores essenciais a justiça, e diversos outros temas importantes na formação de um Estado Democrático de Direito.

Outrossim, a nossa Carta, influenciada pelos ideais do neoconstitucionalismo, passa a ter força normativa, sendo o centro do ordenamento jurídico. Dessa forma, todo o ordenamento jurídico deve se basear no que preceitua a Constituição, visando realizar e respeitar os valores nela consagrados. Por esse motivo, segundo Barroso (2009, p. 341) “a Constituição passa a ser, assim, não apenas um sistema em si- com sua ordem, unidade e harmonia- mas também um de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito”.

Nesse sentido, Konrad Hesse (1991, p. 15) afirma que

A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas, também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência,

particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social [...].

E diz, ainda, que “a Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia”. (HESSE, 1991, p. 16).

Como forma de efetivar as normas contidas na Constituição Federal de 1988, e diante da redemocratização e reconstitucionalização há o desenvolvimento de uma dogmática de interpretação constitucional, com novos métodos hermenêuticos e princípios específicos de interpretação. Como também a irradiação de seus princípios e valores por todo ordenamento é garantido pelo controle de constitucionalidade. Na verdade, desde a Constituição de 1891 o controle de constitucionalidade é previsto nas Constituições brasileiras, todavia com a Constituição de 88 há o aprimoramento desse controle e a inserção de novos remédios constitucionais, como forma de garantir a efetividade dos direitos fundamentais.

Nas palavras de Uadi (2010, p. 181) “o controle de constitucionalidade é o instrumento de garantia da supremacia das constituições. Serve para verificar se os atos executivos, legislativos e jurisdicionais são compatíveis com a carta magna”.

No que se refere ao controle de constitucionalidade a Constituição de 1988 inovou, trazendo uma previsão de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, arguição de descumprimento de preceito fundamental, bem como a ação declaratória de constitucionalidade (TAVARES, 2010, p. 300).

Nossa Constituição adotou, ainda, um vasto elenco de legitimados para a propositura da ação direta de

inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade, como se vê no rol trazido no art. 103, da CF/88. Adotou, ainda, o mandado de injunção e outros remédios constitucionais, visando garantir a efetividade dos direitos fundamentais.

Pela nova hermenêutica constitucional, no Brasil, abre-se, também, espaço para utilizar princípios através da ponderação dos valores, utilizar a teoria da argumentação jurídica, diante dos casos em que não haja regras que solucionem o conflito.

Em razão disso, corrobora as palavras de Barroso (2009, p. 352) quando diz que:

O discurso acerca dos princípios, da supremacia dos direitos fundamentais e do reencontro com a Ética- ao qual, no Brasil, se deve agregar o da transformação social e o da emancipação- deve ter repercussão sobre o ofício dos juízes, advogados e promotores, sobre a atuação do Poder Público em geral e sobre a vida das pessoas. Trata-se de transpor a fronteira da reflexão filosófica, ingressar na dogmática jurídica e na prática jurisprudencial e, indo mais além, produzir efeitos positivos sobre a realidade.

Corroborando tem-se o art. 5º, XXXV, da CF/88 (BRASIL,1988) o qual preceitua que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Diante disso, a Constituição de 88 reforça o papel do Judiciário como garantidor dos valores previstos na Constituição, expandindo a atuação judicial.

Outras inovações, posteriores a promulgação da Constituição de 1988, também, acentuaram o papel político do Judiciário, como

a Emenda Constitucional 45/64, a qual dentre outros trouxe a Súmula Vinculante, que nas palavras de Gilmar Mendes (2009, p. 211) “veio a se converter no emblema mais vistoso da chamada *legislação judicial*, uma normatividade que, mesmo congênita à atividade de *dizer o direito*, deve sujeitar-se a alguma forma de controle *externo* [...]”.

Segundo Manoel Gonçalves (2009, p. 134),

essa Constituição trouxe ainda algumas consequências que só foram sentidas com o tempo, dentre elas a concentração do poder em mãos do Presidente da República; a proliferação dos partidos; a politização do judiciário; a centralização na federação; a proliferação dos municípios. [...]

A politização do judiciário foi um efeito inesperado que deriva da valorização da atividade jurisdicional que resulta da constituição vigente. A valorização apresenta três dimensões mais evidentes: ampliação do controle judicial sobre a administração pública, alargamento do controle de constitucionalidade e, o seu papel normativo a nível constitucional e infraconstitucional.

Assim, diante dessas inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988 no Brasil passa a ocorrer a constitucionalização do direito e a judicialização das relações social.

A constitucionalização gera a integração do ordenamento jurídico com a Constituição, na medida em que na Constituição existem normas e princípios que regulam os demais institutos do ordenamento jurídico, assim como o ordenamento jurídico deve respeitar a Constituição.

Outrossim, no que se refere a judicialização, é mister esclarecer que a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, trouxe novos direitos e novas ações constitucionais, acarretando um aumento na demanda por justiça na sociedade brasileira, em virtude da conscientização das pessoas em relação aos próprios direitos.

Ressalte-se que, o art. 102, da CF/88 (BRASIL, 1988) dispõe que “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”, tal sistemática de jurisdição constitucional favoreceu o poder de provocar o Supremo Tribunal Federal (STF). Assim, essa mudança de paradigma, se reflete na jurisprudência do STF, vez que ele tem se defrontado com novos temas impregnados de conteúdo moral, como as discussões sobre a possibilidade de aborto de feto anencéfalo; possibilidade de reconhecimento de união entre pessoas homoafetivas; a validade de pesquisa em células-tronco embrionárias; a possibilidade de greve pelos servidores públicos; progressão de regime no caso de crime hediondo; reforma previdenciária, dentre outras, o que torna o STF a adotar decisões que refletem sobre a atuação dos demais poderes.

Para Luís Roberto Barroso (2009, p.2) judicialização significa que “algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais”.

3. ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO

Dentre os ideais do neoconstitucionalismo, presente na Constituição Federal de 88, consoante demonstrado acima, destaca-se a supremacia da Constituição e expansão do Poder Judiciário, o qual é responsável por concretizar a nossa Carta Magna, cabendo em especial ao Supremo Tribunal Federal.

Diante desse contexto e da importância alcançada pelo Poder Judiciário (inafastabilidade da tutela jurisdicional), bem como da existência de normas que asseguram direitos fundamentais de diversas dimensões aos cidadãos, passou a ser frequente que questões polêmicas e relevantes para a sociedade sejam decididas por juízes e cortes constitucionais, tal provocação do Judiciário mediante a propositura de demandas visando a efetividade dos direitos previstos, caracterizando a judicialização.

Paralelo à judicialização há o ativismo judicial, que Barroso em seu artigo “Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática”, bem define como:

uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

A idéia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios

menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

3.1. Ativismo Judicial

Apesar da pouca diferenciação entre judicialização e ativismo judicial, este decorre daquele, todavia o presente artigo visa se deter ao ativismo judicial, apresentando inicialmente as noções básicas, com o estudo dos aspectos históricos relativos à postura do judiciário, mais precisamente do STF, partindo, por conseguinte, para a análise do princípio da separação dos poderes. Em seguida, demonstra a existência de críticas relativas a esse ativismo e apresenta alguns casos analisados pelo Supremo Tribunal Federal.

A respeito do termo ativismo judicial, Luís Roberto Barroso em seu artigo “Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo”, traz uma brilhante explicação acerca da origem dessa expressão, senão vejamos:

Ativismo Judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzidas por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais. Todas essas transformações foram efetivadas sem qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial. A partir daí, por força de uma intensa reação conservadora, a expressão

ativismo judicial assumiu, nos Estados Unidos, uma conotação negativa, depreciativa, equiparada ao exercício impróprio do poder judicial. Todavia, depurada dessa crítica ideológica- até porque pode ser progressista ou conservadora- a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios.

Apesar de ser difícil precisar o surgimento sabe-se que os Estados Unidos exerceram grande influência sobre a origem do ativismo judicial, principalmente diante do caso conhecido *Marbury vs. Madison*, momento em que foi reconhecido uma postura ativa dos juízes da Suprema Corte americana ao exercer a legitimidade conferida mediante o controle de constitucionalidade de atos normativos advindos de outros órgãos políticos (PAULA, p. 282). Outros casos de ativismo praticado pela Suprema Corte são citados no artigo de Arcênio Brauner (p. 617-618) quando diz que:

a partir da década de 50, a Suprema Corte produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusado em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito a privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973).

Ademais, em 1947 o jornalista Arthur Schlesinger Jr., em um artigo publicado na Revista Fortune, utilizou pela primeira vez o termo ativismo judicial ao comentar sobre as linhas de atuação da Suprema Corte, entendendo que esta possuía juízes em linha ativistas e outros que seguiam uma postura de autocontenção.

Noutro pórtico, um estudo realizado pelo professor Cristopher Wolfe (PAULA, p. 282) relata que inicialmente nos Estados Unidos era realizada uma leitura fiel do texto constitucional, no entanto, ao longo dos períodos foi havendo uma modificação na interpretação e revisão judicial que culminou com o desenvolvimento mais ativista de interpretação constitucional e revisão judicial.

Nesse sentido, pode-se dizer que no Brasil não foi diferente, pois conforme exposto nos capítulos introdutórios deste artigo, até 1988 a lei valia muito mais do que a Constituição e o Poder Judiciário não gozava de tanta importância, foi com a promulgação da Carta Magna de 1988 que a Constituição, influenciada pelo neoconstitucionalismo, passou a conter um generoso rol de direitos fundamentais e a ser centralizada, o que reforçou o papel do Poder Judiciário para que este mediante remédios constitucionais, controle de constitucionalidade, novas técnicas de interpretação, princípios, entre outros, desse aplicabilidade aos dispositivos constantes na Constituição de 88. Dessa forma, assim como nos Estados Unidos, no Brasil houve um avanço ativista, no sentido de que o Judiciário deixa de simplesmente reproduzir a lei, passando a exercer um papel mais ativista nas interpretações e aplicações do direito posto, quando provocado.

Destarte, o ativismo judicial se faz presente no Brasil, principalmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal e, pode-se dizer que além das influências decorrentes de mudanças no texto constitucional, do processo de redemocratização, da passagem para um Estado Democrático de Direito, atualmente nosso país vive sob a égide de uma crise de representação parlamentar, aumento

na demanda e ampliação do direito mediante uma Constituição altamente compromissória.

Além disso, outro fator importante no exercício do ativismo judicial em nosso país foi a mudança dos intérpretes constitucionais, como, por exemplo, a mudança na composição dos Ministros no STF. Moreira Alves foi ministro da Suprema Corte por quase 20 anos, durante o período em que proferiu decisões entendia que o STF não devia interferir nas razões políticas das instituições de representação popular, entendia que as interpretações deveriam ser estritas e moderadas e, no que tange a época da promulgação da Constituição de 88 este ficou temeroso com relação a ampliação do rol de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, preocupando-se com o fato de que a ampliação do acesso à jurisdição geraria um acúmulo de processos (CAMPOS, p. 568- 569).

Ocorre que, com a entrada do Ministro Gilmar Mendes, em 2002, houve uma expansão no campo de atuação do Supremo, pois o referido Ministro é favorável a uma atuação mais expansiva, favorável ao maior acesso as ações de competência originária do STF, o que demonstra um papel ativista, “pois, a estratégia de ampliar a legitimação para promover litígios de interesse público ajuda a assegurar que a corte permanecerá como importante local de deliberação de muitas questões importantes de política social” (CAMPOS, p. 570).

Apesar de amplamente utilizado e de se afirmar a ocorrência do ativismo judicial atualmente em nosso país, o seu conceito não é tarefa pacífica entre os estudiosos do direito. Todavia, diante das leituras realizadas, em suma, pode-se ter como ideia de ativismo judicial o exercício expansivo pelo Poder Judiciário impondo obrigações em caso de retratação do Poder Legislativo; interpretando a Constituição de maneira expansiva ou restritiva;

declarando a inconstitucionalidade de atos; estabelecendo eficácia e aplicabilidade aos direitos e normas presentes em nossa Carta.

O Poder Judiciário é um poder autônomo, independente e imparcial, ao qual incumbe consolidar os princípios supremos e direitos fundamentais indispensáveis às relações jurídicas, cabendo a este Poder solucionar conflitos, administrar a justiça, mediante aplicação das leis.

O Supremo Tribunal Federal é um órgão do Poder Judiciário e é tido como o guardião da Constituição – conforme expressamente menciona o art. 102 da CF-, cabendo-lhe fiscalizar a constitucionalidade das leis e dos atos normativos; emitir a última palavra nas questões submetidas ao seu veredicto; primar pela regularidade do Estado Democrático de Direito, garantindo a separação dos Poderes; defender a supremacia das liberdades públicas, dos direitos fundamentais, em face dos Poderes do Estado (UADI, 2010, p. 1276).

Sendo assim, nos últimos anos o STF vem desempenhando um papel ativo na sociedade brasileira, proferindo decisões sociais e políticas, que repercutem na vida dos brasileiros, o que caracteriza o ativismo judicial. Ressalte-se que tal pronunciamento ativista ocorre mediante provocação pelos legitimados, o que cabe ao STF apreciar as questões, pois o art. 5º, XXXV, da CF/88 dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Deste modo, diante da constitucionalização, do controle de legitimidade e das funções constitucionalmente asseguradas, dentre elas a guarda da Constituição, o acesso ao Supremo é amplo e, portanto diversas questões de alta relevância foram discutidas ou estão em vias de discussão, tais quais: pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3510/DF); interrupção da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54/DF); restrição ao uso de algemas (HC

91952/SP e Súmula Vinculante n.º 11); demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3388/RR); vedação ao nepotismo (ADC 12/DF e Súmula n.º 13); fidelidade partidária (ADI 3999); verticalização (ADI 3685/DF); greve no serviço público (MI 670, 708 e 712); reconhecimento união estável entre pessoas do mesmo sexo (ADI 4277 e ADPF 132); realização de audiência públicas para debater a questão do fornecimento de medicamentos e tratamentos fora das listas do SUS (Sistema Único de Saúde).

Barroso (2009, p. 4) aduz que “em todas as decisões referidas acima, o Supremo Tribunal Federal foi provocado a se manifestar e o fez nos limites dos pedidos formulados. O Tribunal não tinha alternativa de conhecer ou não das ações, de se pronunciar ou não sobre o mérito, uma vez preenchidos os requisitos”.

Portanto, percebe-se que o papel desempenhado pela Corte é nada mais do que o desempenho do seu papel constitucional, da jurisdição constitucional, que ante a omissão do Poder Legislativo em atender as proposições elencadas na Constituição e, diante do fato de o Judiciário, em especial o STF, não poder se omitir à questões levadas a seu crivo, acaba por estabelecer determinada interpretação conforme a Constituição, ou até mesmo, “legislar” a fim de dar efetividade as normas sem regulamentação, mas que a sociedade anseia.

Essa assertiva é visualizada no voto proferido pelo Ministro Celso de Mello (ADPF 45 MC/DF), ao se pronunciar acerca da legitimidade da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, *in verbis*:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS

VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado" (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Diante dessa atribuição ao Poder Judiciário em impor condutas ao Poder Público; em editar Súmulas Vinculantes quando deviam existir leis, como por exemplo no caso do Nepotismo; em aplicar a Constituição em casos não previstos em seu texto, como foi o caso da fidelidade partidária, criando uma nova hipótese de

perda de mandato, entre outras, leva a reflexão sobre a legitimidade dessas decisões e seus limites e possibilidade ante o princípio da separação dos poderes.

3.2. Ativismo Judicial e o Princípio da Separação dos Poderes.

Inicialmente, vale ressaltar que as primeiras ideias acerca de separação dos poderes foram tratadas por Aristóteles, em sua obra “Política”, que vislumbrava a necessidade de fragmentar as funções administrativas da pólis, principalmente a separação entre administração do governo e solução de litígios da comunidade (GONÇALVES, 2011, p. 216). Posteriormente, nos tempos modernos, mais precisamente na Inglaterra, Locke formulou uma teoria de separação dos poderes na qual o Poder Legislativo deveria formular as leis, o Poder Executivo deveria fazer cumprir as leis e o Federativo responsável por promover a paz ou a guerra, assim percebe-se que inexistia o Judiciário.

Montesquieu, inspirado na obra de Locke, vislumbrou a necessidade da separação de poderes, pois entendia que quem era investido no poder, sem limitações, tendia a dele abusar, assim sustentava que só haveria limitação de um poder se houvesse um outro capaz de limitá-lo (NOVELINO, 2009, p. 342). Dessa forma, em sua obra “Do Espírito das Leis”, vendo a necessidade de haver ligação entre as funções estatais para manter autonomia e independência, deu origem à famosa teoria dos freios e contrapesos (“check and balances”), onde cada um dos poderes (executivo, legislativo e judiciário), incluindo a partir de então o Judiciário, passaram a ter funções típicas e atípicas, em que cada poder iria cumprir a sua função essencial e fiscalizar a função do outro, impedindo abusos, a fim de evitar a concentração do exercício do poder.

André Ramos Tavares (2010, p. 1183) relata que Montesquieu considerava quanto à função judicial que “os juízes de uma nação não são mais do que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor”. Ademais, acrescenta que o princípio da separação dos poderes serve para garantir o primado da lei, diante do Estado de Direito de legalidade, da época do iluminismo.

Todavia, apesar de nessa época do constitucionalismo clássico o Poder Legislativo ter uma posição de destaque, com o passar dos anos, o pós-guerra, o surgimento do Estado Democrático de Direito e, mais precisamente em nosso país, da constituição cidadã de 1988, esse quadro vem se revertendo cada vez mais. Portanto, conforme cita Uadi (2010, p. 1041), a organização dos Poderes na Constituição de 1988 nem sempre segue à risca a tipologia clássica de Aristóteles, Locke e Montesquieu. Acrescenta ainda:

a doutrina clássica de separação de Poderes, que distingue a *legislação*, a *administração* e a *jurisdição*, atribuídas a órgãos distintos e independentes entre si, e que impregnou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (art. 16) e a nossa Carta de 1988 (art. 2º), deve ser vista, no Brasil, na ótica da relatividade.

Assim, o delicado equacionamento de forças entre Poderes, no Brasil, não poderá seguir, à risca a proposta de autores clássicos, notadamente Montesquieu.

Já passou a hora de reavaliar o critério tradicional que propõe separar, *in extremis*, as atividades legislativa, executiva e jurisdicional.

Hoje em dia, cada uma dessas funções não é, em absoluto, estanque uma da outra.

É nesse contexto que deve levar em consideração se o princípio da separação dos poderes, conforme proposto inicialmente por Montesquieu, está sendo lesionado pelo STF ao praticar o ativismo judicial, ou seja, ao concretizar valores e fins constitucionais, por meio da aplicação direta da Constituição em situações não contempladas expressamente em seu texto e independente de manifestação do legislador ordinário; ao declarar a inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de violação à Constituição e ao impor condutas ou abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria pública (BARROSO, 2009, p. 5).

A nossa Carta Magna prevê, expressamente, o princípio da separação dos poderes em seu art. 2º (BRASIL,1988): “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, protegendo-o, inclusive, como cláusula pétrea (art. 60, §4º, CF). Esses poderes independentes e harmônicos entre si são bem esclarecido por José Afonso da Silva (2005, p. 110) como:

A independência dos poderes significa: (a) que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos não dependem da confiança nem da vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhe sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; (c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais [...]

A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.

Esse mesmo autor (2005, p. 108-109) esclarece ainda:

A função legislativa consiste na edição de regras gerais, abstratas, impessoais e inovadoras da ordem jurídica, denominadas *leis*. *A função executiva* resolve os problemas concretos e individualizados, de acordo com as leis; não se limita à simples *execução das leis*, como às vezes se diz; comporta prerrogativas, e nela entram todos os atos e fatos jurídicos que não tenham caráter geral e impessoal; por isso, é cabível dizer que a função executiva se distingue em *função de governo*, com atribuições políticas, co-legislativas e de decisão, e *função administrativa*, com suas três missões básicas: *intervenção, fomento e serviço público*. *A função jurisdicional* tem por objeto aplicar o direito aos casos concretos a fim de dirimir conflitos de interesse.

Hoje, o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em *colaboração de poderes*, que é característica do parlamentarismo, em que o governo depende da confiança do Parlamento (Câmara dos Deputados), enquanto, no presidencialismo, desenvolveram-se as técnicas da *independência orgânica e harmonia dos poderes*.

Deve-se lembrar que com a Constituição de 88 faz renascer a democracia no Brasil, através de um Estado Democrático de Direito, trazendo como primordial o princípio da dignidade da pessoa humana, além de vir impregnada de direitos fundamentais e sociais a serem garantidos. É diante do Estado Democrático de Direito que há uma necessidade da releitura do princípio da separação dos poderes, pois enquanto no Estado Liberal, época em que surgiu a teoria de separação dos poderes, havia um formalismo na concretização dos direitos para que a liberdade dos cidadãos fosse assegurada por meio da limitação do poder, no atual Estado Democrático há um substancialismo na concretização e garantia dos direitos fundamentais. Assim, contextos distintos necessitam de soluções distintas.

O princípio da separação dos poderes ainda tem sua importância no Estado Democrático de Direito, todavia a lei e a posição de supremacia do Poder Legislativo, característicos do Estado Liberal, passam a ser substituídos pela supremacia da Constituição, e por meio dela todos os poderes, inclusive o Judiciário, extraem da Carta Cidadã a mesma importância em seu

exercício, visando cada um dos Poderes, em suas funções, dar realização aos preceitos nela contidos.

Nesse ínterim, bem se adequam as palavras de José Afonso da Silva (2005, p. 101, senão vejamos:

Cumpre, em primeiro lugar, não confundir *distinção de funções do poder* com *divisão* ou *separação de poderes*, embora entre ambas haja uma conexão necessária. A distinção de funções constitui especialização de tarefas governamentais à vista de sua natureza, sem considerar os órgãos que as exercem; quer dizer que existe sempre distinção de funções, quer haja órgãos especializados para cumprir cada uma delas, quer estejam concentradas num órgão apenas. A *divisão de poderes* consiste em confiar cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional) a órgãos diferentes, que tomam os nomes das respectivas funções, menos o Judiciário (órgão ou poder Legislativo, órgão ou poder Executivo e órgão ou poder Judiciário). Se as funções forem exercidas por um órgão apenas, tem-se *concentração de poderes*.

Portanto, na atualidade, o Poder, em sentido político, é uno, distribuindo-se nos órgãos e competências para desempenharem determinadas funções, servindo cada um a um mesmo governo.

Em relação ao Poder Judiciário, mais precisamente o Supremo Tribunal Federal, com a supremacia da Constituição, este passa a ser, não o único, mas o principal garantidor das promessas constitucionais, assumindo o papel de guardião da Constituição (art.

102, CF). Devido a esse papel, passa a ter uma conduta mais ativa e interventiva em nome da manutenção do Estado Democrático, e isto é o que leva a discussão acerca da falta de legitimidade e invasão de competência no âmbito dos outros poderes.

Contudo, ao tratar da legitimidade ou não do Judiciário e se há intervenção nas esferas do Legislativo e Executivo, deve-se, primeiramente, aduzir que no Estado Democrático de Direito não há órgão mais ou menos legítimo para o exercício de sua função, pois todos são devidamente consagrados como funções indispensáveis à manutenção desse *status* de Estado, que pressupõe, necessariamente, a existência da democracia e a concretização de direitos fundamentais, que deverão ser o norte para o exercício e respeito na divisão de poderes.

O Judiciário vem ganhando papel relevante na sociedade atual, pois nos Estados Democráticos do pós-guerra, as complexas relações sociais, o conhecimento por parte dos cidadãos dos direitos constitucionalmente positivados, e, perante a falta de recursos materiais e muitas vezes de vontade política à sua concretização, passa a desembocar no Poder Judiciário, o requerimento para assegurar a garantia desses direitos.

Tais fatos levam à necessidade de uma releitura da teoria da separação dos poderes, corroborando, mencionam-se as palavras de Bonavides (2004, p. 364):

Ontem, a separação de Poderes se movia no campo da organização e distribuição de competências, enquanto seu fim era precisamente o de limitar o poder do Estado; hoje, ela se move no âmbito dos direitos fundamentais e os abalos ao princípio partem de obstáculos levantados à concretização desses direitos, mas também da controvérsia de

legitimidade acerca de quem dirime em derradeira instância as eventuais colisões de princípios da Constituição. (...) Na equação dos poderes que se repartem como órgãos da soberania do Estado nas condições impostas pelas variações conceituais derivadas da nova teoria axiológica dos direitos fundamentais, resta apontar esse fenômeno de transferência e transformação política: a tendência do Poder Judiciário para subir de autoridade e prestígio, enquanto o Poder Legislativo se apresenta em declínio de força e competência.

Quando se fala em releitura da teoria de separação de poderes, nos dias atuais, deve-se associar a ideia de uma cooperação entre os poderes, em que um complementa a função do outro. Deste modo, o Judiciário, mais precisamente o STF, atua em nome da supremacia da Constituição, visando garantir os direitos ali previstos, portanto em havendo atuação legislativa e executiva não será necessária a intervenção judicial.

Obviamente que tal atuação deve ocorrer com o intuito de que os direitos assegurados constitucionalmente não fiquem sem regulação, deixando os cidadãos à margem da vontade política, pois se for provocado não cabe ao STF permanecer inerte, em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF).

Por restar devidamente demonstrado que o Judiciário, quando acionado, age estritamente na sua função de guardião da Constituição, pois a este órgão cabe concretizar os direitos assegurados constitucionalmente, não há, portanto, que falar em legitimidade ou não, mas em limitação no exercício da jurisdição constitucional. Assim, o papel ativista do Supremo Tribunal Federal

é uma consequência natural da democratização do direito e da tentativa da máxima concretização dos direitos fundamentais.

Ressalte-se que a tarefa de concretizar os direitos constitucionais não cabe exclusivamente ao Poder Judiciário, até porque haveria concentração de poder, mas ele é o órgão ao qual o cidadão pode buscar a tutela de seus direitos, a realização das promessas constitucionais negligenciadas pelo Executivo, a discussão de questões controversas que aguardam pelo processo legislativo, o que gera a tendência de atuar como legislador positivo sem, no entanto, ferir a democracia, visto que atua dentro da função que lhe é assegurada quando provocado.

Destarte, reafirma-se a necessidade de cooperação entre poderes, lembrando o citado acima, por José Afonso da Silva, quanto à harmonia dos poderes previsto em nossa Constituição “nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados”.

No mesmo sentido, cita-se a ideia de Capeletti (1993, p. 55):

mostra-se interessante ressaltar que a própria França, onde nasceu e se exaltou a ideia de *séparation*, como também outros países continentais (que por muito tempo compartilharam dessa ideia), estão se movimentando nesta direção, partindo do sistema de rígida separação para o sistema de controles recíprocos. Sistema, este último, no qual o *‘crescimento’ do poder judiciário é*

obviamente o ingrediente necessário do equilíbrio dos poderes.

Por fim, transcreve-se alguns trechos do voto do Ministro Celso de Mello, quando da posse do Ministro Gilmar Mendes, que corroboram que o exposto acima:

Já o disse, certa vez, Senhor Presidente, que o Supremo Tribunal Federal – que é o guardião da Constituição, por expressa delegação do poder constituinte – não pode renunciar ao exercício desse encargo, pois, se esta Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profundamente comprometidas.

Nenhum dos Poderes da República, Senhor Presidente, pode submeter a Constituição a seus próprios desígnios ou a manipulações hermenêuticas ou, ainda, a avaliações discricionárias fundadas em razões de conveniência política ou de pragmatismo institucional, eis que a relação de qualquer dos Três Poderes com a Constituição há de ser, necessariamente, uma relação de respeito incondicional, sob pena de juízes, legisladores e administradores converterem o alto significado do Estado Democrático de Direito em uma palavra vã e em um sonho frustrado pela prática autoritária do poder.

[...]

Isso significa reconhecer que a prática da jurisdição, quando provocada por aqueles atingidos pelo arbítrio, pela violência e pelo abuso, não pode ser considerada – ao contrário do que muitos erroneamente supõem e afirmam – um gesto de indevida interferência desta Suprema Corte na esfera orgânica dos demais Poderes da República.

Nem se censure eventual ativismo judicial exercido por esta Suprema Corte, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos.

[...]

Como sabemos, o sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação de poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República (ou daqueles que os integram) sobre os demais órgãos e agentes da soberania nacional.

O que se mostra importante reconhecer e reafirmar, Senhor Presidente, é que nenhum

Poder da República tem legitimidade para desrespeitar a Constituição ou para ferir direitos públicos e privados de seus cidadãos.

Isso significa, na fórmula política do regime democrático, que nenhum dos Poderes da República está acima da Constituição e das leis. Nenhum órgão do Estado – situe-se ele no Poder Judiciário, no Poder Executivo ou no Poder Legislativo – é imune ao império das leis e à força hierárquico normativa da Constituição.

Constitui função do Poder Judiciário preservar e fazer respeitar os valores consagrados em nosso sistema jurídico, especialmente aqueles proclamados em nossa Constituição, em ordem a viabilizar os direitos reconhecidos aos cidadãos, tais como o direito de exigir que o Estado seja dirigido por administradores íntegros, por legisladores probos e por juízes incorruptíveis, pois o direito ao governo honesto traduz uma prerrogativa insuprimível da cidadania.

4. PRINCIPAIS CRÍTICAS AO ATIVISMO JUDICIAL

Diante de todo o exposto no presente artigo, pode-se afirmar que o ativismo judicial consiste em uma participação mais ampla do Poder Judiciário na concretização dos preceitos constitucionais. Então, a partir da evolução ao constitucionalismo contemporâneo, com a ascensão do Judiciário, trazido pelo Estado Democrático de Direito, o Judiciário vem assumindo um papel de protagonismo na sociedade brasileira.

O Poder Judiciário deixou de ser um mero aplicador da lei e passou a desenvolver técnicas a fim de preencher as omissões

legislativas, interpretar constituição para dar aplicabilidade aos seus dispositivos, a declarar inconstitucionalidade e, até mesmo, a determinar a realização de políticas públicas. Essa atuação se caracteriza na medida em que, principalmente, o Supremo Tribunal Federal passa a decidir questões relevantes que não possuem legislação, por exemplo, quando a Constituição determina que tivesse e, portanto, a população necessita de um esclarecimento sobre determinado assunto, motivo pelo qual provoca o Judiciário e este se manifesta a respeito, atuando nos limites estabelecidos por suas funções e observando os princípios assegurados constitucionalmente.

Ocorre que essa expansão do Poder Judiciário e sua consequente atitude ativista gera algumas críticas entre os estudiosos do direito.

Primeiramente, cumpre salientar que não há apenas críticas negativas, vez que alguns vêem o ativismo judicial realizado pelo STF como um aspecto positivo já que atende a demandas da sociedade que estão escassas de regulamentação pelo poder legislativo. Pode-se dizer que tal postura é garantida pelo próprio regime constitucional adotado pelo nosso país, pois o conteúdo extenso e analítico permitem que os mais variados temas sejam levados a apreciação pelo judiciário e sejam atendidos, visto que este Poder não pode se omitir perante as questões levadas a seu apreço.

Em se tratando dos pontos negativos, Barroso (2009, p.8-12) retrata a existência de alguns deles, qual sejam o risco para a legitimidade democrática, na politização indevida da Justiça e nos limites da capacidade institucional do Judiciário.

A legitimidade democrática é questionada mediante uma crítica político-ideológica, vez que alegam faltar aos julgadores o

quesito da eleição. No entanto, contrapondo esta ideia Luiz Flávio Gomes (1993, p. 28) alega que:

a Constituição concebeu duas formas de legitimação democrática, sendo uma representativa (referente ao sufrágio pelo qual os candidatos devem passar para representarem o povo) e outra legal (referente aos requisitos impostos pela CF para a investidura no cargo de juiz). Dentre os Poderes do Estado, foi ao Judiciário, encabeçado pelo Supremo Tribunal Federal, que o constituinte originário confiou a guarda da Constituição.

Quanto ao risco de politização da justiça, Barroso expõe que:

a constituição faz a interface entre o universo político e o jurídico em um esforço para submeter o poder às categorias que mobilizam o direito, como a justiça, a segurança e o bem estar social. Sua interpretação, portanto, sempre terá uma dimensão política, ainda que balizada pelas possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento vigente.

No que tange a capacidade institucional, os três poderes tem o dever de interpretar a Constituição e atuar com base nela, no entanto, em caso de divergência a palavra final cabe ao Judiciário. É nesse sentido que é feita a crítica, pois deve-se ter cautela para que o Judiciário não se torne uma instância hegemônica, o que pode gerar, segundo Barroso, efeitos sistêmicos imprevisíveis “o juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça, sem condições, muitas vezes, de avaliar o impacto de suas decisões sobre um segmento econômico o sobre a prestação de um serviço público”.

Em um outro artigo, Barroso (2013, p. 237) ainda menciona a possibilidade de gerar uma

elitização do debate e a exclusão dos que não dominam a linguagem nem têm acesso aos *locus* de discussão jurídica. Institutos como audiências públicas, *amicus curiae* e direito de propositura de ações diretas por entidades da sociedade civil atenuam mas não eliminam esse problema.

Para Carlos Eduardo Dieder Reverbel (2010, p.73) “o ativismo judicial centra-se nesse ponto. O juiz transpassa o campo do direito e ingressa na seara política. Assim “resolve” problemas políticos por critérios jurídicos. Isto se dá, dentre outras, pelo desprestígio da lei, ineficiência da política...”

Ainda sobre os supostos efeitos negativos, Juliano Ralo Monteiro (2010, p. 170), enumera algumas questões causadas pela postura ativista do Judiciário:

a) O enfraquecimento dos poderes constituídos; b) ocorre falta de participação política e inversão democrática, uma vez que o povo não elegeu os magistrados que estão a decidir questões de tal importância; c) existe alienação popular; d) cria-se o “clientelismo”, uma vez que ainda poucos têm acesso ao Judiciário; e) oportuniza a ausência de critérios objetivos, uma vez que tudo pode ser feito desde que norteado pelos ideais de Justiça; e) há exposição demasiada do Poder Judiciário; f) existe a possibilidade de acomodação dos outros Poderes, entre outros.

Acontece que, esse mesmo autor, reconhece que deve haver um equilíbrio, não sendo viável a existência de um ativismo cético, em que tudo é permitido em função da Justiça.

Assim, é necessário que exista uma harmonia entre os Poderes, principalmente, quando da atuação do Judiciário ao interpretar a Constituição, ao suprimir omissões legislativas, pautado nas necessidades da sociedade e, principalmente, nos princípios constitucionais. Além do que, devem os demais Poderes cumprir as suas funções a fim de que não se submetam ao que vier a ser determinado pelo Poder Judiciário, visto que a este cabe a guarda da Constituição.

5. CONCLUSÃO

O presente artigo enfatizou a necessidade de discutir sobre a atual realidade do Poder Judiciário brasileiro, qual seja o ativismo judicial, desenvolvendo ao longo do texto os pontos propostos inicialmente.

Para compreender o ativismo judicial e como este se faz presente, atualmente, em nosso país, foi necessário um estudo sobre a evolução histórica do constitucionalismo a fim de verificar que, diante das influências históricas, a nossa Constituição Federal (CF) passa a ser o centro do ordenamento jurídico, impregnados de normas que asseguram direitos aos cidadãos, os quais necessitam ser concretizados, passando, portanto, a Constituição, a gozar de supremacia e força normativa, e a ser protegida, pelo Poder Judiciário.

Com isso, percebe-se que houve uma mudança quanto à interpretação das leis, passando a não mais se apegar a literalidade da lei; deslocamento do Poder Legislativo para o Judiciário; garantias de direitos a serem aplicados de modo eficaz aos cidadãos; ampliação de legitimados a ter acesso ao Judiciário; ao

Supremo Tribunal Federal (STF) foi assegurado a função de guardião da Constituição (art. 102, CF/88); além de princípios constitucionais a servir de apoio nas interpretações, dentre os quais destaca-se o da inafastabilidade da jurisdição. Dessa forma, tudo isso corroborou com a expansão do Judiciário, e conseqüente, ativismo judicial do Supremo diante das causas de grande relevância político e social que são levadas ao seu crivo para pronunciar uma decisão, não pode este órgão se manter omissivo, devendo exercer a função de se manifestar visando assegurar os direitos constitucionais previstos e dentro dos limites impostos constitucionalmente.

Diante dessas mudanças e do fortalecimento do judiciário, é questionada a atuação deste à luz da divisão dos poderes. No entanto, percebeu-se que diante de mudanças históricas, como mudanças na sociedade, o princípio da separação dos poderes, atualmente, não possui a mesma aplicação da proposta inicialmente por Montesquieu, pois em nosso país prevalece a divisão de funções, as quais não são absolutas, podendo haver uma interferência entre os Poderes visando buscar equilíbrio necessário a garantir os direitos constitucionais.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal ao agir, diante de provocação pelos legitimados, quando algum preceito constitucional encontra-se passivo de legislação e/ou políticas públicas, quando a sociedade clama por uma solução em determinado assunto, não encontra-se violando o princípio da separação dos poderes, tendo em vista que o Judiciário está agindo dentro de suas funções, ou até mesmo agindo em busca de um equilíbrio necessário à garantir os direitos.

Portanto, não restam dúvidas de que o princípio da separação dos poderes necessita de uma releitura, pois não mais se refere a distinção absoluta entre os Poderes, contribuindo com a ideia de que o ativismo judicial praticado pelo STF não viola o referido

princípio, todavia, deve haver a observância de limites, pautado em uma atuação de acordo com as funções autorizadas pela Constituição Federal, para que haja uma atitude legítima.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo. *In*: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. 2ª Tiragem. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma de Estado (RERE)**, Salvador, n. 9, março/abril/maio 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 03 de outubro de 2013.

BARROSO, Luís Roberto. RETROSPECTIVA 2008-JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA. **Revista Eletrônica de Direito e de Estado (REDE)**, Salvador, n. 18, abril/maio/junho 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 03 de outubro de 2013.

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

BRAUNER, Arcênio. O ativismo judicial e sua relevância na tutela da vida. *In*: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel

Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. 2ª Tiragem. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BONAVIDES, Paulo. ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 4ª Edição. Brasília: OAB Editora, 2002.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Moreira Alves v. Gilmar Mendes: A evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. *In*: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. 2ª Tiragem. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo**. 2ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. **A questão do controle externo do poder judiciário: natureza e limites da independência judicial no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009 e 2013.

MONTEIRO, Juliano Ralo. Ativismo Judicial: um caminho para concretização de direitos fundamentais. *In*: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (coord.). **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3ª Edição. São Paulo: Editora Método, 2009.

PAULA, Daniel Giotti de. Ainda existe separação de poderes? A invasão da Política pelo Direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. *In*: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. 2ª Tiragem. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo Judicial e Estado de Direito. *In*: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (coord.). **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 4ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo**. 25ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo34>

5.htm#ADPF-Políticas Públicas-Intervenção Judicial-"Reserva do Possível"(Transcrições)> Acesso em: 22 de outubro de 2013.

Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalPossePresidencial/anexo/Plaqueta_de_Posse_do_Min._Gilm_ar_Mendes_na_Presidencia.pdf> Acesso em: 01 de novembro de 2013.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.



www.conteudojuridico.com.br

O BANCO DOS RÉUS COMO INSTITUTO VIOLADOR DOS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

ALEXANDER DINIZ DA MOTA SILVEIRA: Advogado. Graduado em Direito na Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Pós-graduado na Fundação Escola Superior do Ministério Público (FESMIP/PB) em Direito Penal e Processual Penal.

RESUMO: O presente artigo reпреende a existência do banco dos réus perante o conselho de sentença, no julgamento da segunda fase do Tribunal do Júri, por violar diversos princípios constitucionais, como o devido processo legal e a presunção de inocência, já que, dentre outros malefícios, prejudica o réu desde o início do julgamento, influenciando inequivocamente o leigo corpo de jurados.

Palavras-chave: Tribunal do Júri. Banco dos réus. Presunção de inocência.

1. Introdução

A visão que se tem, majoritariamente, da disposição de lugares de uma sala do Tribunal do Júri é a do juiz presidente, acompanhado a sua direita pelo membro do Ministério Público e a sua esquerda pelo escrivão do processo, a dos sete assentos pertencentes ao grupo do júri leigo, e, bem mais distante, encontra-se o réu em local isolado do recinto, se comparado aos outros.

Trata-se de assento que sequer é próximo à sua própria defesa (o advogado ou defensor); restando ao centro das atenções daquele Tribunal apenas a companhia de agentes policiais. Esse ponto do ambiente de julgamento é o prejudicial instituto do “banco dos réus”.

Como se percebe pela mera descrição, esse instituto é assaz degradante para a imagem do acusado, que é exposto a uma plateia muitas vezes famélica por condenação[1]. Isso acaba por violar inúmeros direitos fundamentais e princípios previstos na Magna Carta.

2. O simbolismo do banco de réus e a violação à Constituição Federal de 1988

Primeiramente, é possível apontar a indubitável influência da posição isolada do indivíduo, desacompanhado inclusive de seu patrono, aos olhos do jurado leigo. Ora, se ele será julgado por indivíduos que não possuem conhecimento da técnica jurídica, resta evidente a influência psicológica que esse simbolismo, representado pela sua posição topográfica juntamente com o próprio termo “banco dos réus”, pode causar sobre o júri popular, ensejando uma consideração prévia de culpabilidade. Viola-se, assim, o princípio da presunção da inocência (ou da não-culpabilidade, muito embora não seja a expressão mais adequada), previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal.

Sobre esse princípio, aliás, convém declinar as palavras da balizada doutrina de Luiz Flávio Gomes e Valério de Oliveira Mazzuoli[2] – transcrita, inclusive, na decisão do RE 634.224/DF, de Relatoria do Ministro Celso de Mello, o que já se torna indicativo de posicionamento da Corte Suprema:

O correto é mesmo falar em princípio da presunção de inocência (tal como descrito na

Convenção Americana), não em princípio da não-culpabilidade (esta última locução tem origem no fascismo italiano, que não se conformava com a idéia de que o acusado fosse, em princípio, inocente).

Trata-se de princípio consagrado não só no art. 8º, 2, da Convenção Americana senão também (em parte) no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, segundo o qual toda pessoa se presume inocente até que tenha sido declarada culpada por sentença transitada em julgado. Tem previsão normativa desde 1789, posto que já constava da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Do princípio da presunção de inocência ('todo acusado é presumido inocente até que se comprove sua culpabilidade') emanam duas regras: (a) regra de tratamento e (b) regra probatória.

'Regra de tratamento': o acusado não pode ser tratado como condenado antes do trânsito em julgado final da sentença condenatória (CF, art. 5º, LVII).

O acusado, por força da regra que estamos estudando, tem o direito de receber a devida 'consideração' bem como o direito de ser tratado como não participante do fato imputado. Como 'regra de tratamento', a presunção de inocência impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de reconhecimento da culpabilidade do imputado, seja por situações, práticas, palavras, gestos

etc., podendo-se exemplificar: **a impropriedade de se manter o acusado em exposição humilhante no banco dos réus**, o uso de algemas quando desnecessário, a divulgação abusiva de fatos e nomes de pessoas pelos meios de comunicação, a decretação ou manutenção de prisão cautelar desnecessária, a exigência de se recolher à prisão para apelar em razão da existência de condenação em primeira instância etc. É contrária à presunção de inocência a exibição de uma pessoa aos meios de comunicação vestida com traje infamante (Corte Interamericana, Caso Cantoral Benavides, Sentença de 18.08.2000, parágrafo 119).” – *grifos acrescentados*.

Ademais, não há que se falar em respeito à plenitude da defesa, inerente aos processos do Júri e garantida também pelo art. 5º, em seu inciso XXXVIII, “a”, da CF, se o acusado se mantém em assento distante de seu próprio defensor. Há injustificada incomunicabilidade, cerceando-se o direito de defesa do réu, pois esta só será exercida em sua plenitude a partir do reconhecimento do direito fundamental do acusado permanecer na companhia e ao lado de seu advogado ou defensor durante todos os atos judiciais, sem exceção, seja nos julgamentos do Júri, seja nas audiências do juízo singular.

Nesse sentido, deve-se atentar que a relação entre advogado e réu é de simbiose, chegando a se tornarem uma só pessoa no momento da defesa, de forma que o primeiro apresenta a “defesa técnica” e o segundo a “autodefesa”. Além disso, não pairam dúvidas de que o defensor poderia ser informado pelo acusado de eventuais e relevantes detalhes sobre o fato, durante julgamento. Portanto, “somente assim fica assegurado ao acusado, DE FATO,

a ampla defesa (que é a soma da ‘autodefesa’, ou razões e conhecimento dos fatos pelo próprio acusado, com a ‘defesa técnica’ levada a efeito pelo advogado)”[3].

Logo, vetar esse direito significa coibir o próprio papel do defensor. Além disso, infringe não apenas as diretrizes constitucionais retrocitadas, como também o princípio constitucional matriz do processo, qual seja, o devido processo legal.

Desta feita, fica demonstrado que a Defesa já ingressa no Júri em inequívoca desvantagem, quando, na verdade, deveria surgir “com placar favorável”, em razão da presunção de inocência e do ônus da acusação em provar a autoria do delito pelo acusado[4].

Assim, não há sequer mecanismo processual que legitime ou compense essa disparidade de armas na avaliação final – pois, se já prejudica o réu desde o início, trata-se de um ato em benefício da acusação –, uma vez que a decisão do mérito é restrita aos jurados, sem fundamentação técnica. Ou seja, no julgamento do tribunal do júri não há que se discutir o “contexto de justificação”, por se tratar de uma deliberação moderadamente livre aos jurados leigos – ressalte-se que havendo decisão manifestamente contrária à prova dos autos, seria possível a interposição de apelação visando novo julgamento, conforme art. 593, III, “d”, e §3º, do CPP. Da mesma forma, não seria possível, nem legítimo, investigar o “contexto de descoberta” que resultou na decisão do conselho de sentença, já que não se pode adentrar no foro íntimo de cada jurado, bem como é assegurado o sigilo do voto, conforme art. 5º, XXXVIII, “b”, da CF/88 e art. 487, CPP, para manter a integridade física e psicológica do votante. De qualquer forma, a investigação desse último contexto não tem relevância para legitimar a deliberação do conselho, pois não pode ser contestada. No entanto, a influência gerada pelo banco dos réus na formação desse contexto de descoberta é que deve ser evitada.

O contexto de descoberta diz respeito à atividade consistente em descobrir como foi gerado ou desenvolvido um conhecimento científico, uma teoria, o que seria tarefa para o sociólogo ou historiador da ciência. Há quem entenda também versar sobre a investigação da construção de um entendimento sobre determinado ponto, a partir do foro íntimo de um indivíduo, e dos elementos que fazem parte do seu desenvolvimento pessoal. Trata-se de concepção abordada por Manuel Atienza, e que se contrapõe ao contexto de justificação, pelo qual se intenta justificar uma teoria confrontando fatos e argumentos que a validam. Nas palavras do filósofo:

Assim, uma coisa é o procedimento mediante o qual se estabelece uma determinada premissa ou conclusão, e outra coisa é o procedimento que consiste em justificar essa premissa ou conclusão. Se consideramos o argumento que conclui afirmando ser “necessário alimentar à força os detentos do GRAPO”^[5], a distinção pode ser traçada entre as causas psicológicas, o contexto social, as circunstâncias ideológicas etc. que levaram um determinado juiz a emitir essa resolução, e as razões dadas pelo orador em questão para mostrar que sua decisão é correta ou aceitável (que está justificada). **Dizer que o juiz tomou essa decisão devido às suas fortes crenças religiosas significa enunciar uma *razão explicativa*; dizer que a decisão do juiz se baseou numa determinada interpretação do artigo 15 da Constituição significa enunciar uma *razão justificadora*. De modo geral os órgãos jurisdicionais ou administrativos não**

precisam explicar as suas decisões; o que devem fazer é justificá-las. [6] (grifos nossos)

Logo, infere-se que todos os aspectos humanísticos que resultam na impressão decisiva do corpo de jurados, ante os argumentos das partes no processo do Tribunal do Júri, são as suas razões explicativas, baseadas nas suas crenças religiosas, na sua cultura, seus estudos e experiências profissionais e do cotidiano, entre outros elementos de sua evolução pessoal. Essas razões do contexto de descoberta não interessarão para a legitimação do ato judicial. A validade do provimento final não está nos motivos dados para entender o porquê de uma ação, mas sim nas razões justificadoras para determinar se ela está de acordo com os fundamentos constitucionais e legais de um Estado [7].

Além de todos os fundamentos expostos, não se pode olvidar, ainda, que sequer existe ou existiu qualquer norma legal que imponha a existência desse banco dos réus, o que indica que se trata tão somente de um ato costumeiro em detrimento de preceitos fundamentais.

3. Conclusão

Destarte, não havendo ao menos parâmetro legal, não existem motivos para se manter esse instituto, já que não exerce qualquer outro papel relevante durante a sessão de julgamento. Pelo contrário, apenas fere as garantias individuais do cidadão, fato com o qual a Justiça não pode compactuar.

Finalmente, “não sabemos quem inventou o banco dos réus. Mas já estamos sabendo quem o está abolindo! Os sensatos, os constitucionalistas, os dotados de uma ética humanitária etc” [8]. Espera-se, destarte, que o instituto seja suprimido de vez em todo o território nacional, assim como já fizeram alguns estados a exemplo do Paraná, São Paulo, Rio Grande do Sul e Santa

Catarina^[9], para que sejam preservados os direitos do acusado, bem como seja honrada a Lei Maior.

REFERÊNCIAS

ASSAD, Elias Mattar. **Banco dos réus no Tribunal do Júri é degradante e discriminatório**. Revista Consultor Jurídico. 2009. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2009-jan-06/banco_reus_tribunal_juri_discriminatorio. Acesso em: 03 de fev. 2016.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2006. p. 20.

GOMES, Luiz Flávio. **Libelo contra o “banco dos réus”**. Disponível em: <http://asdep.com.br/artigos-detalle/libelo-contra-o-banco-dos-r%C3%A9us->. Acesso em: 03 fev. 2016.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de San José da Costa Rica**. Coleção “Ciências Criminais”. vol. 4. São Paulo: RT, 2008. p. 91.

MASCARENHAS, Elizabeth Pereira. Quem inventou o banco dos réus? *In*: FARHAT, Michele Heusi. **A extinção do banco dos réus no Tribunal do Júri**. Universidade Tuiuti do Paraná. Curitiba, 2007. p. 26. Disponível em: <http://tcconline.utp.br/wp-content/uploads//2013/07/A-EXTINCAO-DO-BANCO-DOS-REUS-NO-TRIBUNAL-DO-JURI.pdf>. Acesso em: 03 fev. 2016.

NOTAS:

[1] ASSAD, Elias Mattar. **Banco dos réus no Tribunal do Júri é degradante e discriminatório**. Revista Consultor Jurídico. 2009. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2009-jan-06/banco_reus_tribunal_juri_discriminatorio.

06/banco_reus_tribunal_juri_discriminatorio. Acesso em: 03 de fev. 2016.

[2] GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de San José da Costa Rica**. Coleção “Ciências Criminais”. vol. 4. São Paulo: RT, 2008. p. 91.

[3] MASCARENHAS, Elizabeth Pereira. Quem inventou o banco dos réus?. *In*: FARHAT, Michele Heusi. **A extinção do banco dos réus no Tribunal do Júri**. Universidade Tuiuti do Paraná. Curitiba, 2007. p. 26. Disponível em: <http://tconline.utp.br/wp-content/uploads//2013/07/A-EXTINCAO-DO-BANCO-DOS-REUS-NO-TRIBUNAL-DO-JURI.pdf>. Acesso em: 03 de fev. 2016.

[4] GOMES, Luiz Flávio. **Libelo contra o “banco dos réus”**. Disponível em: <http://asdep.com.br/artigos-detalle/libelo-contra-o-banco-dos-r%C3%A9us->. Acesso em: 03 fev. 2016.

[5] Cuida-se de caso verídico na Espanha, onde no final de 1989, vários presos dos Grupos Anfascistas Primero de Octubre declararam-se em greve alimentar na tentativa de obterem melhorias em suas condições carcerárias.

[6] ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2006. p. 20.

[7] Idem. *Ibidem*. p. 43. Nota 2.

[8] GOMES, Luiz Flávio. **Libelo contra o “banco dos réus”**. Disponível em: <http://asdep.com.br/artigos-detalle/libelo-contra-o-banco-dos-r%C3%A9us->. Acesso em: 03 fev. 2016.

[9] ASSAD, Elias Mattar. **Banco dos réus no Tribunal do Júri é degradante e discriminatório**. Revista Consultor Jurídico. 2009. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2009-jan-06/banco_reus_tribunal_juri_discriminatorio. Acesso em: 03 de fev. 2016.

O INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

ANDRÉ LUÍS DOS SANTOS MOTTIN: Advogado da União. Graduado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Especialista em Direito Público e em Direito Processual Civil.

RESUMO: O presente estudo analisa a desconsideração da personalidade jurídica, instituto que permite o afastamento temporário da autonomia patrimonial da pessoa jurídica. Além do exame dos seus referenciais históricos, sua positivação no direito brasileiro e seu significado atual, serão abordadas as teorias menor e maior da desconsideração, que se reportam à exigência de menos ou mais requisitos para a autorização da medida, dependendo da relação jurídica base, à luz da legislação aplicável. Também merece destaque a disciplina processual do instituto prevista no Novo Código de Processo Civil, que estabelece um inédito incidente de desconsideração da personalidade jurídica, com inúmeras regras que trazem segurança jurídica e promovem o devido processo legal na seara da desconsideração.

Palavras-chave: Desconsideração da personalidade jurídica. Teoria maior da desconsideração. Teoria menor da desconsideração. Novo Código de Processo Civil.

ABSTRACT: This study examines the doctrine of disregard of legal entity, an institute that allows the temporary removal of patrimonial autonomy of the corporation. In addition to the examination of its historical references, its legal provision and its current meaning, will

be analyzed the less theory and the larger theory of disregard, which relate to the demand for less or more requirements for the authorization, depending on the legal relationship base, according to legislation. Also highlighted a procedural discipline of the institute established by the New Civil Procedure Code, which prescribe an unprecedented incident of disregard of legal entity, with numerous rules bring legal certainty and promote the due process of law.

Keywords: Disregard of legal entity. Larger theory of disregard. Less theory of disregard. New Civil Procedure Code.

INTRODU O

A par da importância da consolida o da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, avultam-se na contemporaneidade casos de abuso dessa personalidade jurídica, com a sua utiliza o indevida, em detrimento da fun o social que lhe   atribuída. Nesse contexto, o instituto da desconsidera o da personalidade jurídica revela-se, cada vez mais, um relevante instrumento de salvaguarda de direitos, em consonância com os novos paradigmas civilistas da solidariedade, eticidade e operabilidade, bem assim com os princípios gerais da boa-fé objetiva e da fun o social, aplicáveis no âmbito da pessoa jurídica.

O presente estudo busca lançar luz sobre esse importante instituto jurídico, analisando seus contornos gerais, seus requisitos legais, bem como a forma de sua implementa o sob o aspecto prático processual. Este último escopo tem especial razão, considerando o advento do Novo Código de Processo Civil (Lei n  13.105/15), cuja entrada em vigor está prevista para março de 2016, estabelecendo inédita disciplina processual ao instituto da desconsidera o da personalidade jurídica.

A atualidade e relevância do tema tornam imperativa sua adequada análise, sob o aspecto doutrinário, legislativo e jurisprudencial, porém, sem pretensão de definitividade e exaustão, prestigiando-se um exame propositivo que venha a instigar o aprofundamento do estudo das questões em tela. Perquirindo-se, ao fim, se a nova disciplina normativo-processual realmente possui condições de contribuir para a evolução do instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

1. DOS BREVES APONTAMENTOS GERAIS SOBRE O INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

O instituto da desconsideração da personalidade jurídica tem sua primeira referência histórica no caso *Bank of United States vs. Deveaux*, no ano de 1809, nos Estados Unidos, quando a Suprema Corte Americana desconsiderou a personalidade jurídica de uma sociedade para decidir acerca da competência federal para julgamento, sob o argumento de que a demanda não versava sobre a sociedade em si, mas sobre os sócios contendores.

Já o principal antecedente histórico do instituto refere-se ao caso *Salomon vs. Salomon* julgado no Reino Unido, pela *House of Lords*, no ano de 1897. Nesta demanda, tratou-se da conduta do Sr. Aron Salomon, que constituiu uma companhia reservando a si ações preferenciais, de forma que, na liquidação da pessoa jurídica, obteve preferência sobre o patrimônio, frustrando o pagamento de dívidas contraídas pela empresa em face de terceiros^[1]. Nesse contexto de fraude em detrimento de terceiros, o juiz monocrático introduziu a semente da teoria da desconsideração, a fim de admitir que o patrimônio pessoal do Sr. Salomon servisse para a satisfação das dívidas contraídas pela pessoa jurídica. Em que pese a decisão do juízo singular tenha sido posteriormente reformada em segunda instância, a fundamentação de origem influenciou o desenvolvimento da doutrina.

Na década de 1950, a doutrina do “disregard doctrine” ganhou força por meio dos trabalhos do jurista alemão Rolf Serick, professor da Faculdade de Direito de Heidelberg. Os estudos também prosseguiram na Itália, especialmente por Piero Verrucoli.

No Brasil, a teoria começou a ser difundida por Rubens Requião, em trabalho publicado pela Revista dos Tribunais em 1969^[2].

Na seara legislativa, a teoria foi incorporada no Brasil apenas em 1990, com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90, artigo 28), cuja aplicação permanecia restrita, porém, às relações consumeristas disciplinadas pelo referido diploma. Um regramento geral acerca do tema somente veio a lume com o Código Civil de 2002 (Lei 10.406/02, artigo 50).

A desconsideração da personalidade jurídica tem como finalidade, em síntese, permitir que o patrimônio pessoal dos sócios ou administradores responda pelas dívidas contraídas pela pessoa jurídica. Trata-se do afastamento temporário e episódico, por força de decisão judicial, do escudo protetivo da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, declarando-se a ineficácia da personalidade jurídica para determinados efeitos, com o atingimento do patrimônio pessoal dos sócios ou administradores da pessoa jurídica para satisfação das dívidas contraídas por esta.

A constituição da pessoa jurídica, por meio da inscrição de seu ato constitutivo no respectivo registro (artigo 45 do Código Civil), institui entidade autônoma em relação aos seus fundadores, com direitos, obrigações e patrimônio próprios, inconfundíveis com os dos sócios ou administradores. Vigem, pois, o princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, segundo o qual os integrantes da pessoa jurídica não respondem, em regra, pelas obrigações desta,

porque são sujeitos de direito distintos, autônomos, inconfundíveis[3].

Nada obstante, diante de situações excepcionais, autoriza o ordenamento a aplicação de regramento excepcional. Assim é que, diante de requisitos específicos, que serão oportunamente explicitados, autoriza-se o levantamento do véu protetivo da autonomia da personalidade jurídica, a fim de que, para a satisfação das dívidas contraídas pela empresa, possa ser alcançado o patrimônio pessoal dos sócios ou administradores.

De se notar que desconsideração não significa a liquidação, dissolução, invalidação ou desconstituição da pessoa jurídica. É dizer, ela apenas suspende transitoriamente os efeitos da personalidade jurídica[4].

Além de o instituto revelar importante instrumento de salvaguarda aos direitos dos credores, a desconsideração da personalidade jurídica também pode ser compreendida como proteção da própria pessoa jurídica em face da sua indevida condução pelos seus sócios e administradores[5], à luz dos princípios da boa-fé objetiva e da função social, aplicáveis na esfera empresarial.

2. DOS REQUISITOS PARA A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Como medida excepcional a ser utilizada apenas em situações de particulares, a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica pressupõe o preenchimento de requisitos específicos, previstos em lei, em atenção ao princípio da legalidade, observando-se, ainda, o devido processo legal. E, dependendo das relações jurídicas objeto de análise, será necessária a observância de mais ou menos requisitos, conforme prevejam as normas pertinentes.

Há casos em que a legisla o exige menos requisitos para a autoriza o da medida – em verdade, um único requisito –, adotando-se uma teoria simplificada e menos elaborada, a qual se convencionou denominar “teoria menor da desconsidera o da personalidade jurídica”. Ao passo que, nas hipóteses de maiores exigências, em teoriza o mais aprofundada e consistente, fala-se em aplica o da “teoria maior da desconsidera o da personalidade jurídica”.

Fábio Ulhoa Coelho, a quem se atribui a originalidade das nomenclaturas dessas duas teorias, passou recentemente a propugnar o abandono da classifica o, sob o fundamento de que não deve haver distin o em rela o aos seus pressupostos^[6]. Contudo, entende-se conveniente a manuten o da categoriza o das teorias, em prol da didática, e considerando a evidente diferencia o no tratamento da matéria, inclusive no que se refere aos seus requisitos, nas searas legislativa, doutrinária e jurisprudencial. De qualquer forma, ressalva-se que as classifica es técnico-jurídicas não devem subsistir de per si, em contrariedade   realidade do Direito e dos fatos, devendo ser utilizadas apenas enquanto úteis como critério de ensino, de análise e de aplica o, o que se entende presente no caso.

2.1. DA TEORIA MENOR DA DESCONSIDERA O

A fim de que seja autorizada a desconsidera o da personalidade jurídica   luz da “teoria menor da desconsidera o”, exige-se, essencialmente, o preenchimento de um único requisito, qual seja, a insuficiência patrimonial da pessoa jurídica para adimplemento da d vida.

Evidentemente, o inadimplemento da obriga o   imprescindível para a autoriza o de qualquer desconsidera o, já que, se a própria pessoa jurídica efetua o pagamento, não há substrato algum para desconsiderar sua personalidade.

Além do inadimplemento da obrigação, também deve estar demonstrada a impossibilidade desse adimplemento, em razão da insuficiência patrimonial da pessoa jurídica. E isso porque, se a pessoa jurídica possui condições de, por outras vias, realizar o pagamento, possuindo patrimônio para tanto, deverá ser prestigiada a constrição e expropriação do patrimônio societário para, somente após seu esgotamento, apurar-se o patrimônio pessoal dos agentes[7]. Trata-se aqui do que a doutrina e a jurisprudência costumam intitular situação de “insolvência” da pessoa jurídica, em que pese isso não signifique exigência de formalização de sua liquidação ou falência.

Portanto, em síntese, para a desconsideração da personalidade jurídica na “teoria menor”, basta que a pessoa jurídica não possua disponível patrimônio suficiente para a satisfação da dívida.

A aplicação dessa teoria é restrita aos específicos casos previstos em lei, os quais dizem respeito, essencialmente, no ordenamento brasileiro, a três espécies de relações jurídicas, a saber, a relação consumerista, a relação trabalhista, e aquela decorrente da reparação de danos ao meio ambiente.

Com efeito, em matéria de Direito do Consumidor, a teoria é positivada no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), no § 5º do seu artigo 28, dispositivo que estende a regra prevista no *caput* para admitir a desconsideração nas relações de consumidor sempre que a personalidade configurar óbice ao adimplemento das obrigações. *In verbis*: “Artigo 28 (...), § 5º. Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores” [8].

Em sentido análogo, em matéria de reparação aos danos ao meio ambiente, a Lei nº 9.605/98 assim dispõe em seu artigo 4º, *in*

verbis: “Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados   qualidade do meio ambiente”[\[9\]](#).

Por seu turno, no tocante às relações trabalhistas, inexist  dispositivo específico na Consolidação das Leis Trabalhistas a positivar a teoria menor da desconsideração. A despeito disso, a teoria vem sendo admitida pela doutrina e jurisprudência por força da analogia com o artigo 28,   5 , do Código de Defesa do Consumidor. Além de a analogia ser permitida pelos artigos 8  e 769 da Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT, defende-se a existência de similaridade das razões de fato, já que, a exemplo das relações de consumo, há desigualdade material nas relações trabalhistas e necessidade de proteção especial   parte hipossuficiente.[\[10\]](#).

Não pode ser desconsiderada, porém, a crítica realizada por parte da doutrina   banalização da desconsideração da personalidade jurídica nos casos abordados acima. Fabio Ulhoa Coelho, por exemplo, entende que a desconsideração sempre deve estar sujeita, além do inadimplemento e da insolvência,   verificação de abuso ou mau uso da personalidade jurídica, como pressuposto inerente ao instituto[\[11\]](#).

Com devido respeito ao doutrinador,   inegável que a legislação e a jurisprudência tratam de forma excepcional a desconsideração em relação a algumas matérias, em razão de suas peculiaridades, autorizando em alguns casos a medida sem a necessidade de comprovação de fraude ou abuso. Portanto, não há como negar a existência de uma teoria menor da desconsideração, referendada pela lei e pelos Tribunais.

Diante disso, reafirma-se a existência da teoria menor da desconsideração, advertindo-se, porém, que sua incidência resta limitada aos específicos casos previstos em lei. Além disso,

propugna-se cautela na aplicação do instituto, *in concreto*, com utilização de critérios de razoabilidade e proporcionalidade, a fim de não desvirtuar por completo a categoria da pessoa jurídica e sua autonomia patrimonial, inclusive em prejuízo daqueles a quem se buscava proteger[12].

2.2. DA TEORIA MAIOR DA DESCONSIDERAÇÃO

A par do exposto no tópico precedente, o regime geral da desconsideração da personalidade jurídica orienta-se pela “teoria maior da desconsideração”, sendo seu regramento geral estabelecido pelo artigo 50 do Código Civil, que assim dispõe:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Consoante evidencia a redação do preceito, ao lado da insuficiência do patrimônio societário para a satisfação da dívida, acrescenta-se um particular requisito para a desconsideração, qual seja, o abuso da personalidade jurídica, configurado a partir de duas hipóteses descritas na lei, o desvio de finalidade e a confusão patrimonial.

Em uma abordagem inicial, “desvio de finalidade” pode ser identificado com a situação em que os sócios conferem à sociedade uma destinação diversa daquela prevista em seu ato constitutivo (como a mudança substancial do objeto), ou a utilizam para um fim ilícito (para a prática de lavagem de dinheiro, por exemplo). Já a

“confusão patrimonial” corresponderia à situação em que não há nítida separação entre o patrimônio titularizado pela pessoa jurídica e a esfera patrimonial dos sócios.

A maioria da doutrina interpreta restritivamente esses dois parâmetros de abuso da personalidade jurídica. Nesse sentido, aliás, o Enunciado 146 da III Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários, do Conselho da Justiça Federal, 2012^[13]. Nada obstante, com a devida vênia, não se pode perder de vista que o denominado “abuso da personalidade jurídica” é conceito de natureza multifacetada, cuja compreensão deve ocorrer a partir da interpretação sistemática da legislação, em atenção à teleologia do instituto jurídico em tela. Ademais, os conceitos de desvio de finalidade e de confusão patrimonial também possuem conteúdo aberto, de natureza deontológica, cuja extensão deve ser determinada pelo intérprete a partir do exame do ordenamento jurídico como um todo.

Assim, o abuso da personalidade jurídica não se restringe a categorias estanques, sob pena de compreensão insuficiente do instituto e esvaziamento substancial de sua aplicação. Razão pela qual também devem ser incluídas na caracterização do abuso outras condutas dos sócios ou administradores que impliquem fraude, simulação, excesso de poder, infração da lei, ou violação do contrato social ou dos estatutos.

Nesse particular, cumpre observar que o ente societário deve cumprir uma função social, consoante reconhecido de forma tranquila pela doutrina. Conforme lição de Eduardo Tomasevicius Filho: “*A função social da empresa constitui o poder-dever de o empresário e os administradores da empresa harmonizarem as atividades da empresa, segundo o interesse da sociedade, mediante a obediência de determinados deveres, positivos e negativos*”^[14].

Portanto, a prática de atos simulados, fraudulentos, com excesso de poder, ou que impliquem infração da lei, do contrato social ou dos estatutos, em detrimento de direitos de terceiros, configura malferimento da função social da empresa e, como corolário, desvio de sua finalidade social, compreendida esta em uma acepção funcionalista, atenta aos fins sociais a que se destina a entidade empresarial. Nesse sentido, o “desvio de finalidade” referido no artigo 50 do Código Civil não se restringe à mudança do objeto social da sociedade, perpassando, também, pelo desvio da função social da empresa.

A corroborar o exposto, verifica-se que o Código Civil apresenta inúmeros dispositivos que reconhecem a responsabilidade pessoal e direta dos sócios por atos ilícitos cometidos na gestão empresarial (artigos 990, 1.009, 1.016, 1.017 e 1.091, todos do Código Civil)[15]. Consoante entende a doutrina, essa responsabilidade não se confunde com a desconsideração da personalidade jurídica[16]. Contudo, de qualquer forma, o certo é que nessas hipóteses a imputação também recai sobre o patrimônio pessoal dos sócios, evidenciando o espírito da legislação voltado à superação da autonomia da pessoa jurídica diante do cometimento de ilícitos.

No sentido ora propugnado, é a posição de Suzy Elizabeth Cavalcante Koury, que visualiza a aptidão do instituto da desconsideração para corrigir simulações e fraudes, “*como também para solucionar todos os outros casos em que o respeito à forma societária levaria a soluções contrárias à sua função e aos princípios consagrados pelo ordenamento jurídico*”[17].

Também compartilha dessa compreensão Fabio Ulhoa Coelho:

Em qualquer hipótese, mesmo naquelas não abrangidas pelos dispositivos das leis que se

reportam ao tema (Código Civil, Lei do Meio Ambiente, Lei Antitruste ou Código de Defesa do Consumidor), está o juiz autorizado a ignorar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica sempre que ela for fraudulentamente manipulada para frustrar interesse legítimo do credor.

Nesses termos, conclui-se que o artigo 50 do Código Civil, ao se referir a “abuso da personalidade jurídica”, caracterizado pelo “desvio de finalidade” ou pela “confusão patrimonial”, deve ser interpretado de forma contextualizada e integrativa, a fim de compreender atos dos sócios e administradores praticados com fraude, simulação, excesso de poder, infração da lei, violação do contrato social ou dos estatutos.

Ademais, impõe-se que a análise acerca da existência do abuso da personalidade seja objetiva, não dependendo da demonstração da intencionalidade dos agentes em fraudar a lei ou cometer ato ilícito. Nesse sentido, é a linha objetivista defendida por Fábio Comparato^[18], mais consentânea com a realidade da nossa economia e dos nossos Tribunais, a qual restou encampada pelo artigo 50 do Código Civil^[19].

3. ASPECTOS PROCESSUAIS DA DESCONSIDERAÇÃO – NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Dentre as inúmeras inovações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, com previsão de entrada em vigor em 16 março de 2016, está o inédito tratamento legal do procedimento aplicável ao instituto da desconsideração da personalidade jurídica. O diploma merece aplauso pela sua originalidade e, apesar de não ter sido exaustivo no tratamento da matéria, veio a garantir regras objetivas e segurança jurídica no que concerne ao aspecto processual da desconsideração.

O Código criou um incidente processual de desconsideração da personalidade jurídica, incluindo um capítulo autônomo correspondente no Código, integrado ao Título referente à Intervenção de Terceiros (Capítulo IV, Título III, Livro III, da Parte Geral do Código). Posicionamento topográfico este justificado, porquanto caracteriza nítida espécie de intervenção de terceiros, por provocar o ingresso de um terceiro em juízo[20]. O incidente é disciplinado entre os artigos 133 e 137 do Código.

Consoante regras extraídas dos dispositivos, referido incidente pode ser instaurado em qualquer fase do processo, no processo de conhecimento, no cumprimento de sentença ou na execução fundada em título executivo extrajudicial (artigo 135). Poderá ser ajuizado mesmo em sede recursal, hipótese em que será competente para o processamento e a decisão o Relator do recurso (artigo 932, inciso VI). Ademais, não há prazo previsto para o uso do incidente, o que conduz à conclusão de que inexistente preclusão temporal em relação ao instituto, podendo ser levado a efeito em qualquer momento do processo.

O incidente deve ser instaurado por iniciativa da parte ou do Ministério Público, este apenas quando lhe couber intervir no processo (artigo 133). Atendeu-se aqui ao princípio dispositivo, não permitindo ao Juízo a sua determinação de ofício. O requerimento deve ser autuado em apartado, com anotação no processo principal (art. 134, § 1º), gerando a suspensão deste (artigo 134, § 3º).

Evidentemente, o requerimento inicial do incidente deve ser recebido pelo Juízo, mediante despacho inicial, após verificação prefacial dos pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, bem assim o atendimento dos requisitos materiais mínimos da desconsideração da personalidade jurídica. Acaso não sejam observados esses pressupostos essenciais, o Juízo deverá indeferir a petição (artigo 330), ou, em sendo possível, determinar a emenda da petição (artigo 321).

Nos termos do artigo 135, “*instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias*”. Assim, foi prevista expressamente a necessidade de citação do interessado, restando elogiosamente superado o entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca da suficiência de mera intimação do sócio para manifestação[21].

Cumprido esclarecer que a utilização da partícula “ou” para indicar a citação do sócio ou da pessoa jurídica decorre da previsão inédita do Novo Código acerca da admissibilidade da desconsideração “inversa” da personalidade jurídica[22]. Este instituto, diferentemente da desconsideração ordinária, possui incidência na hipótese de ocultação dos bens particulares do sócio junto ao patrimônio da pessoa jurídica[23]. O escopo da desconsideração inversa, portanto, é imputar a responsabilidade patrimonial à pessoa jurídica por dívidas pessoais do sócio.

Assim, de um lado, em caso de desconsideração ordinária, considerando que o incidente é instaurado em face do sócio, a fim de imputar-lhe obrigação da pessoa jurídica objeto do processo principal, é o sócio quem deve ser citado para compor o procedimento, em atenção ao devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal). De outro lado, em caso de desconsideração inversa, visando-se à responsabilização da pessoa jurídica pelas dívidas do sócio, é a pessoa jurídica que deve ser citada, a fim de compor a lide e proteger seu patrimônio.

A propósito, é respeitável a doutrina que propugna a citação de ambos para compor o incidente, sócio e pessoa jurídica, em razão da existência de interesse múltiplo, para defesa do patrimônio de cada qual, bem assim para a demonstração da regularidade da atuação empresarial. Em prol da garantia de um contraditório efetivo, concorda-se com tal entendimento, com a ressalva de que

a pessoa que já compuser a lide principal não precisará ser citada, mas apenas intimada para se manifestar nos autos do incidente[24].

Portanto, deverão participar do incidente tanto o sócio quanto a pessoa jurídica, de forma a bem promover o contraditório e a ampla defesa. A implementação efetiva do devido processo legal, aliás, em seu duplo viés, formal e substancial, revela-se uma das mais importantes conquistas do regramento em tela, em cumprimento às normas fundamentais que norteiam o Direito Processual Civil no Brasil.

Cumprir observar, porém, que a garantia do devido processo legal não impede que seja buscada a efetividade da tutela jurisdicional por meio da concessão de tutelas provisórias. Assim, poderá ser requerida a antecipação dos efeitos da desconsideração final, uma vez preenchidos os requisitos legais da tutela de urgência, aplicando-se toda a disciplina correspondente[25]. Nesse tom, não há óbice, inclusive, a que seja concedida medida liminar, *inaudita altera pars*, ou após justificção prévia, nos termos do artigo 300, § 2º, do Novo Código Processual Civil.

A garantia do devido processo legal também se revela especialmente prestigiada pelo novo diploma em relação à instrução probatória, porquanto o processamento do incidente oportuniza a ambas as partes um ambiente profícuo para a produção de provas acerca dos requisitos da desconsideração. A partir do novo Código, o sócio e a pessoa jurídica citados devem se manifestar expressamente acerca das provas a serem produzidas (artigo 135). De consignar que mesmo a parte requerente do incidente poderá requerer provas, em atenção ao princípio da igualdade (artigo 139, inciso I), e desde que a petição inicial seja instruída com elementos mínimos acerca do preenchimento dos requisitos para a desconsideração. Nesse sentido, a título ilustrativo, diante de elementos indiciários de abuso de personalidade – tal como a dissolução irregular da pessoa

jurídica[26] - seria possível ao requerente instaurar o incidente e postular a produção de provas complementares.

Após a devida instrução probatória, caberá ao Juiz decidir o pedido por meio de decisão interlocutória, impugnável por meio de recurso de agravo de instrumento (artigo 1.015, IV). Acaso seja decisão de Relator, a hipótese será de agravo interno (artigo 135, parágrafo único). E, na hipótese de decisão do incidente em sentença, o recurso cabível será o de apelação (artigo 1.009)[27].

Forçoso referir, ainda, que o Novo Código de Processo Civil admite a formulação de pedido de desconconsideração fora do âmbito do incidente processual ora em estudo. Trata-se da hipótese de o requerimento de desconconsideração integrar a própria petição inicial da ação principal (artigo 134, § 2º), o que torna dispensável a instauração de incidente em apartado. Neste caso, a apresentação de defesa e a instrução processual, relativamente ao pedido de desconconsideração, dar-se-ão conjuntamente com a ação principal, considerando a cumulação de pretensões. A medida é louvável, atendendo o princípio da eficiência insculpido como norma fundamental no artigo 8º do novo diploma, como representativo de uma versão contemporânea do princípio da economia processual[28].

Advirta-se, por fim, que o Novo Código de Processo Civil nada prevê acerca dos requisitos materiais para a desconconsideração da personalidade jurídica, limitando-se à disciplina dos aspectos processuais do instituto. O que é correto, evidentemente, considerando a natureza processual do diploma. Nesse tom, é expresso o § 1º do artigo 133 do diploma: “*O pedido de desconconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei*”. Assim sendo, deverão as partes reportarem-se à legislação material para verificação do atendimento aos requisitos legais para a medida, observando-se o regramento

geral previsto no Código Civil e os microssistemas legislativos aplicáveis ao tema.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto da desconsideração da personalidade jurídica é fruto de construção histórica, encontrando-se no atual momento definitivamente consagrado no ordenamento jurídico brasileiro, como relevante instrumento de proteção aos interesses legítimos de credores, dando ensejo à suspensão episódica dos efeitos da personalidade jurídica diante do seu abuso.

Subsistem, no Brasil, diferentes tratamentos legislativos, doutrinários e jurisprudenciais acerca da apuração dos requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica, o que evidencia a relevância do tratamento do tema à luz de duas distintas teorias. A teoria menor da desconsideração, aplicável apenas nas hipóteses taxativamente previstas em lei, admite a desconsideração motivada simplesmente pela insolvência da pessoa jurídica, devendo ser aplicada com a parcimônia em razão da excepcionalidade que lhe é ínsita. Já a teoria maior da desconsideração, que corresponde ao estatuto geral do instituto, tem vez nos casos de abuso da personalidade jurídica, caracterizado não apenas pela confusão patrimonial e desvio de finalidade, mas também, a partir de interpretação sistemática e teleológica do instituto, em outras hipóteses de fraude, simulação, violação da lei ou do contrato, a partir de uma análise objetiva acerca da conduta dos sócios.

Com o advento do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15), cuja entrada em vigor está prevista para março de 2016, o instituto da desconsideração jurídica ganha uma inédita e específica disciplina processual. E apesar da sua necessária limitação à matéria processual, consubstancia um dos mais relevantes marcos para a consolidação, a estabilização e o

desenvolvimento definitivo e seguro do instituto no ordenamento jurídico.

A criação de um incidente próprio de desconsideração traz luz à matéria, colocando-a numa posição ainda mais destacada no sistema jurídico, estimulando estudiosos e operadores do Direito ao debate construtivo acerca do tema, bem como à aplicação efetiva do instituto. Demais disso, o incidente merece aplauso por reforçar a concretização dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, exigindo a participação efetiva de todos os sujeitos interessados no debate.

O Novo Código de Processo Civil constitui, pois, uma relevante conquista no âmbito da disciplina da desconsideração da personalidade jurídica, contribuindo sobremaneira para sua melhor compreensão, desenvolvimento e aplicação efetiva. A ineditude das normas processuais vindouras, porém, torna imperativo o aprofundamento do estudo, especialmente por parte da doutrina nesse período antecedente à vigência do novo diploma, antevendo-se controvérsias jurisprudenciais e fornecendo-lhes subsídios para sua adequada solução, visando a garantir segurança jurídica, justiça e efetividade na aplicação desse instituto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2004.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: parte geral**. 4. Ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial, volume 2**. 18. ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed., Salvador: Juspodvim, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GUIMARÃES, Flávia Lefèvre. **A desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor - Aspectos processuais**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

GONTIJO, Vinícius José Marques. **Do princípio da dignidade da pessoa jurídica**. São Paulo: Revista de Direito Mercantil - 149/150, janeiro-dezembro de 2008.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil, volume 1, Parte Geral**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

REQUIÃO, Rubens. **Abuso de direito e Fraude através da Personalidade Jurídica**. Revista dos Tribunais, ano 58, volume 410, dezembro de 1969.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**. São Paulo: Malheiros, 1998.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **A Função Social da Empresa**. Revista dos Tribunais, São Paulo, n 92, abr 2003.
NOTAS:

[1] PAMPLONA FILHO, Rodolfo. GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo Curso de Direito Civil, volume 1, Parte Geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 278-279.

[2] REQUIÃO, Rubens. In Abuso de direito e Fraude através da Personalidade Jurídica, Revista dos Tribunais, ano 58, volume 410, dezembro de 1969.

[3] COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil: parte geral. 4. Ed., São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 248-249.

[4] COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, volume 2. 18. ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 64.

[5] GONTIJO, Vinícius José Marques. In Do princípio da dignidade da pessoa jurídica. São Paulo: Revista de Direito Mercantil - 149/150, janeiro-dezembro de 2008, p. 157.

[6] COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, volume 2. 18. ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 70.

[7] Nesse sentido, é a regra geral prevista no art. 1.024 do Código Civil, in verbis: “Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais”

[8] A propósito da aplicação desse dispositivo, é esclarecedora a seguinte ementa de julgado exarado pelo Superior Tribunal de Justiça: (...)É possível a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária - acolhida em nosso ordenamento jurídico, excepcionalmente, no Direito do Consumidor - bastando, para tanto, a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial, é o suficiente para se "levantar o véu" da personalidade jurídica da sociedade empresária. (...) (STJ, AgRg no REsp 1106072/MS, Quarta Turma, Rel. Ministro Marco Buzzi, julgado em 02/09/2014, DJe 18/09/2014)

[9] A esse respeito, o seguinte precedente: (...) O caso dos autos, é certo, ostenta uma peculiaridade: trata-se de pedido de desconsideração de personalidade jurídica baseada em ilícito ambiental, encontrando, por conta disso, regramento específico na Lei n.º 9.605/98, albergando, na esteira do diploma consumerista (Lei n.º 8.078/90), a excepcional "teoria menor" da disregard

doctrine, a qual pode ser viabilizada independentemente de prova da má-fé dos sócios, do abuso da personalidade jurídica e de eventual confusão patrimonial (artigo 4º da Lei n.º 9.605/98). (TRF4, AG 0002019-78.2010.404.0000, Terceira Turma, Relator Fernando Quadros da Silva, D.E. 15/06/2011)

[10] Acerca da matéria, assim se posiciona o Superior Tribunal do Trabalho: (...) Em sede de Direito do Trabalho, em que os créditos trabalhistas não podem ficar a descoberto, vem-se abrindo uma exceção ao princípio da responsabilidade limitada do sócio, ao se aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Em consequência, o julgamento, em última análise, tem motivação fundada no artigo 28 da Lei nº 8.078/90, sem importar em afronta direta à Constituição. Óbice do artigo 896, § 2º, da CLT. Agravo conhecido e desprovido (TST, 2006, p.1, AIRR - 478/1999-016-15-40.1).

[11] COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, volume 2. 18. ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 73-75.

[12] GUIMARÃES, Flávia Lefèvre. A desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor - Aspectos processuais. São Paulo: Max Limonad, 1998, pp. 85-87.

[13] Enunciado 146 da III Jornada de Direito Civil: “Nas relações civis, interpretam-se restritivamente os parâmetros de desconsideração da personalidade jurídica previstos no art. 50 (desvio de finalidade social ou confusão patrimonial).”

[14] TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A Função Social da Empresa. Revista dos Tribunais, São Paulo, n 92, abr 2003, p 33-50.

[15] Enunciado nº 59 da I Jornada de Direito Civil do CNJ: Os sócios-gestores e os administradores das empresas são responsáveis subsidiária e ilimitadamente pelos atos ilícitos praticados, de má gestão ou contrários ao previsto no contrato social ou estatuto, consoante estabelecem os arts. 990, 1.009, 1.016, 1.017 e 1.091, todos do Código Civil.

[16] Enunciado 229 da III Jornada de Direito Civil – CNJ: A responsabilidade ilimitada dos sócios pelas deliberações infringentes da lei ou do contrato torna desnecessária a desconsideração da personalidade jurídica, por não constituir a autonomia patrimonial da pessoa jurídica escudo para a responsabilização pessoal e direta.

[17] KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 86.

[18] COMPARATO, Fábio Konder. SALOMÃO FILHO, Calixto. O poder de controle na sociedade anônima. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 355.

[19] COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, volume 2. 18. ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 77.

[20] DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed., Salvador: Juspodvim, 2015, p. 514.

[21] A demonstrar o anterior entendimento jurisprudencial, ora superado pela lei, o seguinte trecho de ementa exarada pelo STJ: (...) A superação da pessoa jurídica afirma-se como um incidente processual e não como um processo incidente, razão pela qual pode ser deferida nos próprios autos, dispensando-se também a citação dos sócios, em desfavor de quem foi superada a pessoa jurídica, bastando a defesa apresentada a posteriori, mediante embargos, impugnação ao cumprimento de sentença ou exceção de pré-executividade. (...) (STJ, REsp 1096604/DF, Quarta Turma, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 02/08/2012, DJe 16/10/2012).

[22] Artigo 133, § 2º. Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica.

[23] SALOMÃO FILHO, Calixto. O novo direito societário. São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 92-93.

[24] Nesse sentido, a jurisprudência do STJ já admitia a legitimidade recursal da pessoa jurídica para impugnar decisão que decreta a desconsideração da personalidade (STJ, REsp 1.421.464/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 24/04/2015).

[25] DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed., Salvador: Juspodvim, 2015, p. 521.

[26] Conforme recente decisão do STJ pacificando a matéria, a dissolução irregular da sociedade não é causa, por si só, para a desconsideração da personalidade jurídica prevista no Código Civil, mas pode ser considerada indício de abuso. (STJ, REsp 1306553/SC, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 10/12/2014)

[27] DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed., Salvador: Juspodvim, 2015, p. 521.

[28] DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed., Salvador: Juspodvim, 2015, p. 101.



A ARBITRAGEM APLICADA DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

VITOR CARVALHO CURVINA COSTA DE ARAUJO:
Advogado, graduado em direito pela Universidade Federal do Ceará.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo estudar o tema da arbitragem aplicada no Direito Internacional Privado, abordando a tríade Lei, Doutrina e Jurisprudência. Para tanto, no tópico 1 é feito um breve histórico da evolução da arbitragem, desde os primeiros povos a se utilizar do instituto até os tempos modernos. No tópico 2 analisa-se o instituto em si, conceito, funções, limites e natureza jurídica. No tópico 3, trata-se da cláusula arbitral, das suas especificidades em relação as cláusulas contratuais em geral, bem como das suas espécies. No tópico 4, aborda-se o funcionamento do procedimento arbitral no âmbito do Direito internacional Privado. Por fim, no último tópico, utiliza-se de casos concretos para facilitar a compreensão do tema, bem como avaliar como o direito é aplicado na prática.

1. Histórico do Instituto

A arbitragem surgiu em decorrência da evolução dos métodos de resolução de conflitos. Inicialmente, os litígios eram solucionados por meio da força física, prevalecendo o mais forte, o que em nada diferia do método utilizado pelos animais irracionais. Este método ficou consagrado como autotutela.

Nesse sentido, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Dinamarco lecionam:

“(...) nas fases primitivas da civilização dos povos, inexistia um Estado suficientemente forte para superar os ímpetos individualistas dos homens e impor o Direito acima da vontade dos particulares: por isso, não só inexistia um órgão estatal que, com soberania e autoridade, garantisse o cumprimento do direito, como ainda não havia sequer as leis. Assim, quem pretendesse alguma coisa que outrem o impedisse de obter haveria de, com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir, por si mesmo, a satisfação de sua pretensão.”.

Hodiernamente, há, no ordenamento jurídico pátrio, a previsão da autodefesa, da qual é exemplo a legítima defesa.

A autocomposição, por sua vez, é um método que privilegia a composição das vontades, em que as partes deverão negociar e uma delas, ou ambas, deverá abrir mão de parte de seu direito em prol da solução do conflito.

Um terceiro momento se estabelece com a jurisdição pública, a qual é estabelecida a partir da fortificação do Estado, o qual absorveu a função de solucionar os litígios entre seus cidadãos e entre estes e pessoa estrangeira.

A arbitragem surgiu entre as fases da autocomposição e da jurisdição estatal, na medida em que muitos indivíduos ficavam insatisfeitos com as soluções oferecidas pelo Estado, bem como com a demora para que houvesse a pronta solução do conflito.

Desta feita, é de bom alvitre enfatizar que tal método de solução de conflitos teve suas bases fincadas na Antiguidade, mais

especificamente a 3.000 a. C, pois já nessa época era muito utilizada para dirimir conflitos entre pessoas pertencentes a uma mesma comunidade.

Os hebreus, os babilônicos, os gregos e os romanos são exemplos de povos que utilizavam a arbitragem como meio de solucionar os litígios entre particulares.

Tal método de solução de conflitos, pois, era escolhido por alguns povos mais antigos em virtude de ser mais célere e de dar mais liberdade aos litigantes, os quais poderiam escolher particular para conduzir e decidir a contenda, sem que houvesse a necessidade de participação dos indivíduos que compunham a “jurisdição pública”.

Na Grécia, a arbitragem era muito utilizada, podendo ser compromissória ou obrigatória. O resultado do litígio era gravado em pedras de mármore ou em metais, o que constituía o laudo arbitral – decisão proferida pelo árbitro acerca da solução do conflito – e ficavam armazenadas nos templos da cidade, a fim de que tivessem a devida publicidade.

Já em Roma, a arbitragem perdurou por muito tempo, uma vez que se constituía como algo mais célere e menos burocrático, enfraquecendo, porém, durante o período clássico.

O sistema arbitral, portanto, sempre se constituiu numa possibilidade de interesses, percorrendo longos caminhos desde remotos tempos, uma evolução, com forte influência do Direito Romano em que as civilizações buscavam resolver problemas. No desenvolvimento dessa ideia, a presença marcante de um árbitro para compor litígios, uma forma de realidade de justiça privada, que caminhou para uma Justiça formal, estatal.

Na Idade Média, esse método de solução de conflitos também era frequentemente utilizado, principalmente entre os mais abastados, isto é, entre nobres, cavaleiros, barões, proprietários feudais e, fundamentalmente, entre comerciantes.

Nesse período, a Igreja Católica teve um relevante papel, na medida em que solucionou diversos litígios interfronteiras. O Papa era o árbitro supremo e os Bispos eram os árbitros investidos de poderes. Era possível, nesta época aplicar a ex-comunhão e o interdito, no compromisso arbitral.

O direito lusitano medieval também previa a arbitragem, principalmente nas ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas.

Atualmente, os constantes avanços tecnológicos acentuam o fenômeno da globalização, facilitando a aproximação entre pessoas de distintas nacionalidades, o que faz surgir diversos conflitos.

Diante deste cenário, a arbitragem se revela como um método eficaz para a solução desses conflitos, na medida em que é mais célere e menos burocrático do que a jurisdição estatal.

Nesse sentido, Lima Verde leciona que as novas realidades econômicas dos últimos tempos que conformam um novo Direito Mercantil e Empresarial, quais sejam a abertura de mercados, desenvolvimento dos meios de comunicação, tendências para a integração europeia e interamericana, inovação das estratégias comerciais e o desenvolvimento do tráfico de massa, assim como as lógicas preferências do comerciante moderno, pela rapidez, a economia de custos e a especialização, vão reforçar a virtualidade da instituição arbitral como meio idôneo de resolução de controvérsias.

Diante dessa premente necessidade pela adoção de um método de solução de conflitos mais rápido, foram firmadas algumas convenções internacionais sobre a arbitragem, havendo uma significativa proliferação de centros arbitrais pelo mundo.

No mundo dos negócios, a prática da arbitragem é bastante difundida, uma vez que confere maior liberdade aos particulares e uma maior independência da figura do Estado, pois poder-se-á resolver os litígios existentes de modo mais reservado, sem expor a imagem das empresas envolvidas.

Nesse cenário, as convenções têm papel extremamente relevante, tendo em vista que estabelecem premissas que deverão ser seguidas pelos estados signatários.

A Convenção de Genebra de 1927 insere-se nesse contexto, na proporção em que diz respeito à execução de sentenças proferidas de acordo com os compromissos arbitrais amparados pelo Protocolo de 1923, o qual juntamente com a convenção de Genebra foi substituído pela Convenção de Arbitragem de Nova Iorque de 1958.

A Convenção de Nova Iorque tinha como principal finalidade tornar a arbitragem um modo eficaz de solução dos litígios internacionais nas intensas relações econômicas pós Segunda Guerra, bem como face às deficiências da Convenção de Genebra de 1927.

Esta convenção é o mais relevante diploma internacional multilateral atinente à arbitragem, contando com noventa e um países signatários, tanto por sua vocação mundial, quanto por ter sido e continuar sendo a principal “mola propulsora” do desenvolvimento da arbitragem internacional, ao garantir aos diversos signatários a efetividade de decisões arbitrais, por meio de

procedimentos conhecidos e simplificados de reconhecimento e execução.

Algumas peculiaridades atinentes a este diploma devem ser explicitadas, como o fato de a grande maioria dos países signatários terem aderido a este tratado com reserva de reciprocidade, isto é, a convenção somente será aplicada entre países que aceitem a arbitragem para solucionar o conflito, bem como somente a litígios que versem sobre questões de direito que sejam consideradas comerciais por sua legislação nacional.

O Brasil assinou, mesmo que tardiamente, tal convenção, trazendo maior segurança jurídica para partes estrangeiras que participarem de procedimentos arbitrais com partes brasileiras.

No entanto, outras convenções sobre a arbitragem surgiram, dentre as quais se pode frisar a Convenção de Washington de 1965, a qual estabelece um sistema de arbitragem que compõe a família de instituições do Banco Mundial, com competência para solucionar disputas oriundas de investimentos e financiamentos.

A Convenção de Moscou de 1972 cria a jurisdição obrigatória para certos tipos de disputas, o que sugere que o procedimento passe a integrar o aparato obrigatório do Estado, deixando de ser um sistema de livre escolha.

A Convenção de Montevideu de 1979 estabelece a cooperação judiciária mútua entre os países da Organização dos Estados Americanos (OEA), assegurando a eficácia extraterritorial das sentenças arbitrais proferidas nas respectivas jurisdições, em processos civis, comerciais e trabalhistas.

Esta convenção é aplicada no tocante às sentenças arbitrais, em tudo que esteja previsto na Convenção Interamericana

sobre Arbitragem Comercial do Panamá de 1975, sendo esta firmada entre países latino-americanos que tradicionalmente têm manifestado pouca confiança no sistema arbitral.

Os referidos países foram Brasil, Chile, Costa Rica, Honduras, México, Panamá, Paraguai, El Salvador e Uruguai, além dos Estados Unidos.

Portanto, observa-se a crescimento dessa forma de solução de conflitos, uma vez que confere maior autonomia de vontades às partes, posto que podem estabelecer as regras pelas quais desejam que seja norteado o processo arbitral, além de ser um método mais célere, menos burocrático e mais sigiloso do que a jurisdição estatal.

2. Conceito

A arbitragem é uma modalidade de resolução de conflitos por heterocomposição. Como o nome indica, a composição é feita por outro, ou seja, a solução para o litígio é dada por quem está fora dele, por um terceiro imparcial. É disciplinada na Lei de Arbitragem (Lei 9.307/96).

É fundamental entender que a arbitragem não é um equivalente jurisdicional, ou seja, um método de resolução de conflitos que não seja jurisdição. Existem, no ordenamento jurídico pátrio, quatro equivalentes jurisdicionais:

- a) Autotutela: Um dos conflitantes impõe ao outro a solução do conflito pela força;
- b) Autocomposição: A solução é construída pelos litigantes de forma negocial;
- c) Mediação: Um terceiro, normalmente escolhido pelas partes, coloca-se entre elas para as ajudar a resolver o problema por autocomposição;

- d) Decisões de tribunais administrativos, como os Tribunais de Contas, o Tribunal de Ética da OAB, o Tribunal de Contribuintes e o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica).

A arbitragem, em que pese certa controvérsia doutrinária, é uma atividade jurisdicional, pois apresenta todas as características fundamentais desse instituto:

- a) É exercida por um terceiro imparcial;
- b) Obedece ao devido processo legal que, no caso, é chamado de devido processo arbitral;
- c) Exerce uma das funções da jurisdição, que é a de reconhecer situações jurídicas concretamente deduzidas;
- d) É um ato imperativo e criativo;
- e) Suas decisões são insuscetíveis de controle externo (por outros poderes);
- f) Forma coisa julgada.

Trata-se, no entanto, de uma jurisdição privada, não estatal, consensual. De fato, a arbitragem é voluntária. Aos litigantes é dada uma escolha: resolver o conflito pela via estatal (acionando o Poder Judiciário) ou pela via privada (pela arbitragem). Qualquer lei que imponha a arbitragem como método de resolução de litígios é inconstitucional, pois viola o direito fundamental de acesso à justiça. Ademais, devido a esse caráter voluntário, a cláusula estabelecida em contrato de adesão que obriga as partes a solucionar seus conflitos por meio da arbitragem é abusiva.

Ressalte-se que a arbitragem é voluntária, mas também imperativa. Os litigantes podem escolher ou não a arbitragem como via de solução do conflito. No entanto, uma vez escolhida, as partes submetem-se de modo imperativo à decisão proferida pelo árbitro.

Qualquer pessoa capaz pode optar pela via da arbitragem. Ademais, até mesmo os entes públicos podem fazer essa opção, desde que o conflito trate apenas de direitos disponíveis, pois somente esses direitos podem ser objeto da arbitragem. Portanto, o árbitro não pode decidir sobre direitos indisponíveis.

A arbitragem deve seguir o devido processo arbitral, respeitando, por exemplo, o contraditório, a ampla defesa e a imparcialidade do juiz. Contudo, o procedimento é flexível, de modo que as regras são delimitadas pelas próprias partes conflitantes (por exemplo, cabe às partes definir o prazo para a defesa). Isso se dá porque a fonte da arbitragem é a autonomia privada, ou seja, o poder de autorregulamento dos indivíduos no diz respeito aos seus direitos disponíveis.

No contexto do exercício da autonomia privada, assiste às partes a escolha do árbitro que julgará o conflito. Qualquer pessoa capaz pode ser selecionada para atuar nessa função. O árbitro é juiz de fato e de direito, embora não seja juiz estatal (o árbitro pode inclusive praticar crime de corrupção passiva e de prevaricação, que são crimes próprios de funcionário público).

Na prática, dificilmente a arbitragem é constituída por um só árbitro. Normalmente são três: cada parte escolhe um e os escolhidos selecionam o terceiro, que será o presidente da arbitragem.

A decisão do árbitro que encerra o processo é chamada de sentença arbitral e constitui título executivo judicial. Cabe ressaltar que a sentença arbitral não precisa ser homologada pelo juiz estatal para produzir efeitos.

Embora a sentença arbitral constitua título executivo judicial, o árbitro não pode executar suas decisões. Quem as executa é o juiz estatal. Por conta disso, Luiz Guilherme Marinoni

defende que a arbitragem não é jurisdição, pois não exerce uma de suas funções, que é a de efetivar os direitos reconhecidos. Em que pese esse posicionamento, a maioria da doutrina reconhece arbitragem como atividade jurisdicional, conforme explicado acima.

Nessa execução, o juiz estatal não pode rever a sentença arbitral. Não cabe a ele controlar o mérito dessa decisão. A sentença arbitral é definitiva, uma vez que não há recurso previsto na Lei de Arbitragem, exceto os embargos de declaração, que têm como objetivo sanar contradição, omissão ou obscuridade. As partes litigantes, ao definir as regras que vão reger o processo, são livres para estipular a possibilidade de se manejar recursos, mas isso é extremamente incomum na prática, pois torna o processo arbitral mais lento e caro.

O único instrumento de controle da decisão arbitral é ação anulatória de sentença arbitral. Atente-se para o fato de que não se trata de uma revisão da decisão, mas sim de invalidação dela. A ação anulatória, manejada perante o juiz estatal, tem como objetivo anular a sentença arbitral que apresenta um defeito formal e devolver a causa para que o árbitro profira nova decisão. O juiz estatal não pode analisar o mérito da decisão, devendo restringir-se à avaliação dos aspectos formais da decisão do árbitro. Dessa forma, poderá, por exemplo, anular uma sentença arbitral que não contenha fundamentação ou que tenha sido proferida em um processo no qual não foi respeitado o contraditório.

O prazo para ajuizamento da ação anulatória é de 90 (noventa) dias, contados a partir da intimação da sentença arbitral. Transcorrido o prazo, a decisão se torna imutável, operando os efeitos da coisa julgada. Embora a regra na arbitragem seja a da autonomia privada, o prazo para o ajuizamento da ação anulatória não pode ser prorrogado pela vontade das partes, pois se trata de prazo decadencial legal, definido na Lei de Arbitragem.

Calha ressaltar que o juiz estatal não pode anular de ofício a sentença arbitral. É necessária a provocação da jurisdição por meio da ação anulatória.

O árbitro pode, no curso do processo arbitral, determinar medidas cautelares, mas não tem o poder de executá-las, assim como não pode executar suas decisões, conforme visto anteriormente. Quem executa as medidas cautelares determinadas pelo árbitro é o juiz estatal.

Ainda sobre as relações entre o árbitro e o juiz estatal, temos a chamada carta arbitral, que nada mais é do que um pedido de colaboração entre árbitro e juiz. É o equivalente da carta precatória na arbitragem.

A convenção de arbitragem é o negócio jurídico pelo qual as partes decidem submeter o litígio à solução pela via da arbitragem. É ainda o instrumento que define os limites da competência do árbitro ou dos árbitros escolhidos e define as regras que serão aplicadas ao processo.

A Lei de Arbitragem prevê duas espécies de convenção de arbitragem: a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

Assim como qualquer negócio jurídico, a convenção de arbitragem pode ser anulada, por exemplo, quando se verificar que uma das partes é incapaz ou que o objeto da arbitragem diz respeito a direitos indisponíveis.

Questiona-se se a arbitragem ofende o direito fundamental de acesso à justiça, já que, uma vez proferida a sentença arbitral, a parte insatisfeita não pode pedir ao Judiciário que revise aquela decisão. A resposta só pode ser negativa, devido ao caráter voluntário da arbitragem. As partes, no exercício de sua autonomia privada, são livres para optar entre a via estatal ou via

da arbitragem, restando o acesso ao Judiciário disponível nessa escolha.

Finalizando essa parte introdutória, apresentamos um interessante dado estatístico: o Brasil é o 4º país do mundo em número de litígios resolvidos por arbitragem. Normalmente, não percebemos esse número tão expressivo porque as partes costumam definir que a arbitragem será sigilosa.

3. Cláusula Arbitral

Considerando a utilidade prática da resolução de conflitos por meio da instituição de um juízo arbitral, muitas empresas, ao estabelecerem contratos entre si, mantêm nestes uma cláusula que delega a função de solucionar eventuais disputas.

De pronto, observa-se que é fundamental a existência de uma cláusula arbitral válida para gerar a competência de um juízo arbitral. Notadamente, caso a cláusula esteja eivada de vício, mais especificamente, manifestamente ilegal, caberá o reconhecimento de sua nulidade.

Entretanto, é preciso ressaltar que a doutrina internacional considera que o contrato e a cláusula arbitral são autônomos entre si. Significa, portanto, que a eventual nulidade do contrato não implica, necessariamente, na nulidade da cláusula.

Como resultado, mesmo que o contrato esteja viciado, o juízo arbitral ainda será competente para o julgamento da lide, devendo o árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do seu respectivo contrato.

Na mesma linha, no Brasil, o art. 8 da Lei 9.307/96 estabelece que “a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserida, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória”.

Sobre a validade da cláusula arbitral, ainda deve ser verificada a legislação do país no qual a sentença arbitral surtirá efeitos. Naturalmente, se a convenção de arbitragem não estiver nos ditames da lei nacional, a sentença proferida pelo juízo arbitral não terá seus efeitos reconhecidos.

Nesse sentido, a Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras não impõe aos seus signatários a obrigação de reconhecer sentenças arbitrais que se fundamentem em cláusulas inválidas nas legislações pátrias.

Assim, cada legislação adota requisitos materiais e formais acerca da validade das cláusulas arbitrais. Por exemplo, a Lei Modelo da UNCITRAL, de 21 de junho de 1985, estabelece que todo tipo de litígio relacionado ao comércio internacional é passível de arbitragem.

Entretanto, alguns países, como Brasil e Suíça adotam soluções diversas. Tais ordenamentos jurídicos estabelecem como objetos de um procedimento arbitral internacional exclusivamente àqueles direitos de natureza patrimonial desde que disponíveis pelo titular.

Essa disparidade entre os ordenamentos jurídicos traz problemas quando da execução das decisões arbitrais internacionais. Assim, é necessário levar em conta o direito comparado, bem como aplicar as práticas internacionais de solução de conflitos. A esse respeito, prevê o § 2º do art. 2 da Lei 9.307/96: “Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio”.

Especificamente quanto ao Brasil, a Legislação pátria traz determinações específicas quanto as cláusulas arbitrais.

Primeiramente, cumpre fazer uma distinção básica. A Lei 9.307/96 classifica dois tipos de convenção de arbitragem: “cláusula compromissória” e o “compromisso arbitral”.

3.1 Da cláusula compromissória

A cláusula compromissória abrange aquelas disposições que se referem a uma possível disputa futura quanto aos direitos e deveres estabelecidos no contrato. Nesse caso, as partes, prevendo essa possibilidade, optam previamente pela competência do juízo arbitral.

Com relação a esta modalidade, observa-se que o art. 4 §1º da Lei 9.307/96 estabelece que “a cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira”. Assim, é vedada a formação de uma cláusula verbal, primando pela solenidade do documento.

Em especial, nos contratos de adesão, a cláusula compromissória tem a sua eficácia condicionada a iniciativa do seu aderente em instituir ou aceitar a instituição da arbitragem, devendo este, para tanto, expressar a sua vontade por escrito. Conforme o § 2º do art. 4 da Lei 9.307/96, o aderente poderá emitir documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

Embora haja a exigência de que a cláusula compromissória esteja escrita, a lei não condiciona as partes a expressar claramente a forma pela qual a arbitragem será instituída, bastando que afirmem a sua vontade de optar pelo juízo arbitral.

Assim, no momento da feitura da cláusula compromissória, as partes podem determinar que certas decisões, quanto ao juízo arbitral competente e às regras aplicáveis, sejam tomadas posteriormente.

Nessa linha, quando surgir a necessidade de solucionar uma lide, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral.

Quanto à possibilidade de uma das partes recusar-se a reconhecer como válida a jurisdição arbitral estabelecida em

cláusula compromissória, é facultado a parte interessada ingressar em juízo e requerer que a outra parte seja citada para comparecer em audiência com a finalidade de ser firmado um compromisso arbitral.

Para tanto, deve o autor delimitar, com precisão, o objeto da causa a ser arbitrada, além de instruir o pedido com o documento que contiver a cláusula compromissória.

Nessa audiência especial, deverá o Juiz conciliar as partes. É essa a inteligência do § 2 do art. 7: “Comparecendo as partes à audiência, o juiz tentará, previamente, a conciliação acerca do litígio. Não obtendo sucesso, tentará o juiz conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral”.

Entretanto, caso não seja possível a conciliação acerca dos termos do compromisso, caberá a juiz decidir sobre o seu conteúdo, após ouvir ambas as partes, dispondo de um prazo de dez dias para prolatar sua decisão, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade e do livre convencimento.

Com isso, a Lei 9.307/96 traz grandes inovações. Antes dela, embora as cláusulas arbitrais fossem reconhecidas no Brasil, faltavam recursos legais que impusessem às partes o dever de respeitar a convenção arbitral firmada, abrindo espaço para a má-fé contratual.

Portanto, com o advento da Lei 9.307/96, conferiu-se nova efetividade a cláusula arbitral. Quando a parte levasse a lide ao âmbito judicial, caberia ao juiz, se atestasse a existência de cláusula compromissória válida, determinar a competência do juízo arbitral para o julgamento da lide.

Tal sentença possuirá os mesmos efeitos que o compromisso arbitral, preservando-se a vontade contratual determinada entre as partes.

É com esse mesmo propósito que a lei determina que na hipótese de não haver disposição contratual acerca da nomeação

dos árbitros, é conferido ao juiz o poder de estatuir a respeito, podendo nomear um árbitro único para a solução do litígio.

Verifica-se ainda que essa audiência tem efeitos cogentes para ambas as partes. Caso o autor da ação se ausente, sem justo motivo, à audiência designada para a lavratura do compromisso arbitral, importará a extinção do processo sem julgamento de mérito.

Por outro lado, não comparecendo o réu à audiência, caberá ao juiz, ouvido o autor, estatuir a respeito do conteúdo do compromisso, nomeando árbitro único para a solução da lide.

3.2 Do compromisso arbitral

O compromisso arbitral é a convenção firmada perante uma questão controvertida já existente. Nesse sentido, as partes em disputa optam pela via arbitral, judicial ou extrajudicial, para a solução do litígio.

Mesmo na hipótese de já existir um processo judicial, as partes têm a faculdade de optar pela arbitragem internacional. Nesse caso, o compromisso arbitral será celebrado nos próprios autos do processo onde tem curso a demanda.

Como trata da solução de uma demanda já existente, a Lei determina uma certa formalidade com a intenção de garantir a segurança contratual e evitar fraudes. Assim como na cláusula compromissória, o compromisso arbitral também deve ser solene, escrito, mas possui outras exigências, devendo ser assinado por duas testemunhas, ou, na falta destas, firmado por instrumento público.

O art. 10 da Lei 9.307/96 determina que deve constar obrigatoriamente no compromisso arbitral: o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes; o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros; a matéria que será objeto da arbitragem; e o lugar em que será proferida a sentença arbitral.

Verifica-se que enquanto que na cláusula compromissória não existe a obrigação de determinar o árbitro, no compromisso arbitral é obrigatória a sua identificação.

Facultativamente, o compromisso arbitral poderá indicar: local, ou locais, onde se desenvolverá a arbitragem; a autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por equidade, se assim for convencionado pelas partes; o prazo para apresentação da sentença arbitral; a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes; a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem; e a fixação dos honorários do árbitro, ou dos árbitros.

Poderá ainda haver a fixação dos honorários do árbitro, ou dos árbitros, no compromisso arbitral, constituindo título executivo extrajudicial. Entretanto, caso esta estipulação não esteja presente, o árbitro deverá requerer ao órgão do Poder Judiciário que seria competente para julgar, originariamente, a causa que os fixe por sentença.

Apesar da vontade das partes, o compromisso arbitral é passível de extinção, perante determinadas condições. Assim, por exemplo, ocorre quando as partes, expressamente, convencionam que o árbitro escolhido não é passível de substituição. Nessa hipótese, caso o árbitro, por qualquer motivo, esteja impossibilitado de julgar a lide, caberá a extinção do compromisso.

Por fim, também será possível a extinção do compromisso, caso as partes tenham convencionado um prazo para o julgamento da lide, e este tenha se expirado. Para tanto, cabe a parte interessada o dever de notificar o árbitro ou o presidente do tribunal arbitral, para que no prazo de dez dias prolate a sentença arbitral.

4. Procedimento Arbitral Internacional

A escolha do juízo arbitral é feita pelas partes envolvidas no litígio, que pode ser por acordo prévio, previsto em contrato, quando ainda não há conflito de interesses, ou ainda em momento

posterior, quando já existe o litígio e as partes decidem por indicar autoridade arbitral para que o conflito seja solucionado da forma mais célere possível tendo em vista os seus anseios por uma solução imediata.

Dessa forma, o procedimento arbitral tem seu início propriamente dito quando é caracterizada a investidura regular do tribunal arbitral, que poderá ser constituído por um ou vários árbitros, sendo-lhe apresentado todos os poderes que foram conferidos para solucionar o conflito.

Assim como a escolha do tribunal arbitral é feita pelas partes interessadas, o procedimento a ser obedecido também pode ser convencionalizado, caso assim desejem, do contrário, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral tomar tal decisão.

Entretanto, a liberdade de escolha das regras procedimentais é relativa, tendo em vista que ele deve guardar correspondência com as regras cogentes do ordenamento jurídico no país sede do tribunal, além disso o modo que o procedimento a ser seguido pelos árbitros não poderá violar a ordem pública do país onde se pretende que seja o laudo reconhecido, do contrário ele poderá ser questionado judicialmente e o laudo correrá o risco de não ser homologado.

Exatamente por isso, na maioria das vezes, no que tange ao âmbito da arbitragem internacional, as partes decidem por acolher as regras procedimentais já adotadas pelo tribunal, tendo em vista que a matéria procedimental é relativamente complexa, não tendo as partes conhecimento técnico suficiente para tal, principalmente porque ele deve guardar respeito aos ordenamentos jurídicos dos Estados que venham a ser sede de tribunais arbitrais e para evitar que os tribunais se recusem a proceder com a execução do laudo, bem como que a parte vencida busque a jurisdição estatal com anseios anulatórios.

Assim, dentro do princípio da autonomia da vontade, os envolvidos podem livremente estabelecer regras, desde que respeitem a legislação do Estado sede do tribunal arbitral, bem

como os princípios processuais fundamentais, razão pela qual é o próprio tribunal arbitral que estabelece essas regras na maioria dos casos, pois eles tomam bastante cuidado para estabelecer o procedimento arbitral em consonância com as normas processuais clássicas, geralmente exigidas pelos diversos ordenamentos jurídicos.

Um dos princípios fundamentais que restringem a liberdade de escolha, tanto das partes quanto do tribunal, é o sobreprincípio do devido processo legal, que abrange a ampla defesa, o contraditório, a imparcialidade do julgador e de livre convencimento racional.

A ampla defesa é o princípio que garante a defesa no âmbito mais abrangente possível. É a garantia de que a defesa é o mais legítimo dos direitos do homem. Abrange a autodefesa e a defesa técnica (o defensor deve estar devidamente habilitado); e a defesa efetiva (a garantia e a efetividade de participação da defesa em todos os momentos do processo). É princípio básico da ampla defesa que não pode haver cerceamento infundado, ou seja, se houver falta de defesa ou se a ação do defensor se mostrar ineficiente, o processo poderá ser anulado. Caso o juiz perceba que a defesa vem sendo deficiente, ele deve intimar o réu a constituir outro defensor ou nomear um, se o acusado não puder constituí-lo.

De acordo com o princípio do contraditório, o árbitro, para proferir sua decisão, deverá ouvir ambas as partes e suas pretensões, dando-lhes as mesmas oportunidades de manifestação quanto às provas e documentos apresentados.

Da mesma forma que o procedimento judicial, o arbitral também se baseia em um tripé. Na base, num mesmo plano, estão as partes e, no alto, o árbitro que conduzirá o procedimento de forma que a cada pronunciamento, prova (documento, perícia, testemunha), razão, depoimento, seja concedida à parte contrária a oportunidade de manifestar sua defesa.

Ressalte-se, por fim, que ainda que a parte não se manifeste, é imprescindível que a mesma seja dada ciência do ato praticado pela outra parte, conferindo iguais oportunidades a todos, garantindo-se, assim, o contraditório e a isonomia.

O princípio da imparcialidade do julgador significa que, para que o árbitro possa conduzir o procedimento, deve ser imparcial, conferindo igual tratamento às partes e decidindo de acordo com a justiça e com os elementos dos autos. Deve ser isento em relação a qualquer dos interesses ou partes envolvidas no litígio, cumpre destacar que a imparcialidade é pressuposto de validade do julgamento e do próprio juízo arbitral.

Este princípio irá pautar a ação do julgador, juntamente com sua independência, competência, diligência e discricão. Confere ao procedimento arbitral a possibilidade de um julgamento justo, dando a cada um o que tem direito.

Como consequência deste princípio, existe o princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, que significa que o árbitro, ao apreciar decidir a causa, deve avaliar as provas existentes nos autos e fundamentar sua decisão com base nisto, formada livremente sua convicção ao decidir a causa.

A liberdade de formação do convencimento não pressupõe arbítrio; o julgador não pode se desfazer das provas e dos fatos e julgar como lhe aprouver, tem que se pautar pela verdade trazida à sua presença. Ou seja, ao árbitro é dado o poder de formar livremente sua decisão sobre a verdade trazida ao procedimento arbitral pelas partes, contudo, na formação de sua convicção deve-se ater: aos fatos nos quais se funda a controvérsia; à apreciação dos fatos apresentados e das provas colhidas no processo, bem como aos argumentos expendidos e outros que julgar oportunos – podendo sopesá-los com regras jurídicas, lógicas

e máximas da experiência – e sua motivação, que deverá expor todo seu raciocínio na formação do convencimento.

Verifica-se, portanto, que o árbitro tem liberdade para formar o seu convencimento dentro dos elementos trazidos ao juízo arbitral, sendo imprescindível a exposição das razões que o levaram a decidir daquela forma.

Será através da motivação da decisão que será exposto o raciocínio do julgador, bem como sua imparcialidade no procedimento.

Ademais, as partes poderão estabelecer na convenção arbitral os prazos, atos processuais a serem praticados, as provas a serem produzidas, a possibilidade de recursos, enfim, todos os elementos que, encadeados, permitam ao árbitro proferir uma decisão de mérito sobre o litígio.

Podem igualmente convencionar que, em caso de lacuna, o árbitro ou tribunal arbitral tenha poderes para determinar os atos que sejam necessários para supri-la. Também podem determinar que o procedimento arbitral seja regido pelas normas processuais de um determinado ordenamento jurídico ou pelas normas procedimentais estabelecidas por um órgão institucional de Arbitragem, criando, se assim desejarem, ressalvas.

Importante esclarecer que o tribunal arbitral não possui autorização para decretar medidas coercitivas contra as partes ou terceiros. Para tanto, a cooperação dos tribunais estatais se faz necessária.

Embora a Lei 9.307/96 não estabeleça a data em que se terá a lide pendente, em seu artigo 19, caput, estabelece que “considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários”.

Entende-se, desta forma, que a lide será considerada pendente a partir deste momento, a não ser que as partes indiquem como aplicável o regulamento de uma instituição de arbitragem, contendo regras diferentes.

Esclareça-se, por outro lado, que para o desenvolvimento do procedimento arbitral, o lugar da sede do tribunal é fundamental, pois a sua escolha acarretará efeitos jurídicos para as partes e para o árbitro.

Assim, a justiça estatal da sede do tribunal arbitral será a competente quando for necessário a sua atuação para acompanhar ou apoiar o procedimento arbitral (p. ex., nomeação ou recusa do árbitro, decretação de medidas coercitivas, etc). Igualmente a mesma autoridade judiciária será competente para julgar um recurso de nulidade contra a sentença arbitral.

Por conseguinte, o desenvolvimento do procedimento arbitral ocorrerá em lugares convenientes para as partes e para os árbitros, lugares estes que poderão não ser a sede do respectivo tribunal arbitral. Por esta razão, quando da assinatura do laudo, os árbitros deverão indicar sempre o lugar da mencionada sede.

Quanto ao direito material a ser aplicado pelo árbitro, cabe as partes de igual forma escolher qual será aplicável, cabendo aqui as mesmas ressalvas quanto feitas quanto ao procedimento, qual seja, que deve-se guardar respeito às normas cogentes do ordenamento jurídico local.

Assim, podem as partes estabelecer que será aplicado as regras de direito material da sede de um ou de outro, pode ainda indicar o ordenamento jurídico de um terceiro, pode inclusive não apontar nenhum e afirmar que a controvérsia se resolverá pela equidade, nos princípios gerais do direito, nos usos e costumes ou mesmo nas regras de direito comercial internacional.

Não havendo uma opção por qual ordem jurídica seguir, cabe ao tribunal arbitral fazê-lo.

5. Da Homologação da sentença arbitral estrangeira no direito interno brasileiro

A sentença arbitral proferida no exterior pode ser reconhecida e executada no Brasil, desde que previamente homologada pelo STJ (CF, art. 105, I, i).

Segundo Portela:

“A homologação deverá ser requerida pelo interessado. O pedido deve ser instruído com o original da sentença arbitral ou cópia devidamente certificada, autenticada pelo consulado brasileiro e acompanhada de tradução oficial, e com o original da convenção de arbitragem ou cópia devidamente certificada, também traduzida oficialmente.”

No entanto, a homologação poderá ser denegada se o STJ constatar que, segundo a lei brasileira, a decisão ofende a ordem pública. (LINDB, art. 17, e Lei 9.307, art. 39, II)

A homologação do laudo arbitral estrangeiro não implica o exame de mérito, mas apenas a verificação dos requisitos para que gere efeitos no Brasil, ou seja, preserve-se a segurança jurídica das sentenças arbitrais.

SENTENÇA ESTRANGEIRA
CONTESTADA. REQUISITOS. LEI N.
9.307/1996 E RESOLUÇÃO STJ N. 9/2005.
CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. CLÁUSULA
COMPROMISSÓRIA. CONTRATO
INTERNACIONAL INADIMPLIDO SUBMETIDO
AO JUÍZO ARBITRAL. COMPETÊNCIA.
MÉRITO DA DECISÃO ARBITRAL.
IMPOSSIBILIDADE. JUÍZO DE DELIBAÇÃO.

NÃO VIOLAÇÃO DA ORDEM PÚBLICA. PRECEDENTES DO STJ. HOMOLOGAÇÃO.

1. Ao apreciar pedido de homologação de sentença estrangeira, não pode o STJ examinar questões relativas a eventual irregularidade no contrato a ela vinculado ou referentes à conduta das partes, porque ultrapassam os limites fixados pelo art. 9º, caput, da Resolução STJ n. 9 de 4/5/2005. 2. Se a convenção de arbitragem foi validamente instituída, se não feriu a lei à qual as partes a submeteram (art. 38, II, da Lei n. 9.307/1996) e se foi aceita pelos contratantes mediante a assinatura do contrato, não se pode questionar, em sede de homologação do laudo arbitral resultante desse acordo, aspectos específicos da natureza contratual subjacente ao laudo homologando (AgRg na SEC n. 854/GB, Corte Especial, relatora para o acórdão Ministra Nancy Andrighi, DJe de 14/4/2011). 3. Considera-se atendido o requisito da citação quando há manifestação da parte nos autos, em clara demonstração de conhecimento da existência de ação em que figura como parte. 4. Sentença estrangeira que não viola a soberania nacional, os bons costumes e a ordem pública e que preenche as condições legais e regimentais deve ser homologada. 5. Sentença arbitral estrangeira homologada.

(STJ - SEC: 4213 EX 2009/0107931-0, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 19/06/2013, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 26/06/2013)

Após a homologação, a execução do laudo arbitral caberá à Justiça Federal (CF, art. 109, X) e será feita “por carta de sentença extraída dos autos da homologação”, que “obedecerá às regras estabelecidas para a execução da sentença nacional da mesma natureza” (CPC, art. 484).

Por força da Convenção de Nova Iorque, o laudo arbitral estrangeiro homologado é obrigatório e, por isso, sua aplicação deve ser garantida pelo Estado Brasileiro.

Nesse sentido decidiu o STJ, nos seguintes termos:

“A sentença arbitral estrangeira, quando homologada, adquire plena eficácia no território nacional, tornando-se obrigatória. Essa obrigatoriedade, segundo o art. 3º da Convenção de Nova Iorque deve ser assegurada pelos Estados partes. Portanto, a sentença não pode ser revista ou modificada pelo Poder Judiciário, o que lhe confere, no Brasil, status de título executivo judicial. Assim, dar continuidade a processo judicial com o mesmo objeto da sentença homologada poderia caracterizar ilícito internacional; pois, ao ratificar a mencionada convenção, o Brasil assumiu o compromisso de reconhecer como obrigatórias as sentenças arbitrais estrangeiras”.

6. Da Arbitragem Internacional no Brasil

A arbitragem é um dos meios mais utilizados para solucionar conflitos no âmbito do [comércio](#) internacional. Muitos dos contratos internacionais de comércio possuem uma cláusula compromissória, que implica em submeter qualquer divergência que vier a surgir entre as partes para ser resolvida por meio da arbitragem e não da justiça comum.

A arbitragem, por ser uma alternativa para solução de controvérsias, atua em várias áreas, principalmente, no comércio internacional.

Devido à necessidade de celeridade nas resoluções dos conflitos empresariais internacionais no mundo atual, a problemática a ser analisada será a utilização da arbitragem como alternativa para solução de controvérsias empresariais no âmbito internacional, envolvendo empresas estrangeiras e brasileiras, principalmente, após a Lei nº 9.307/96.

De acordo com Lemes cada vez mais as instituições arbitrais estão sendo solicitadas, principalmente, nas últimas décadas devido ao aumento das negociações internacionais decorrente da globalização da economia, contribuindo assim, para a solução de controvérsias de contratos comerciais e financeiros, diminuindo o tráfico jurídico internacional.

A complexidade das transações internacionais, as contribuições com Estados, a formação de consórcios internacionais para construção e obras de envergadura assumem dimensões que ultrapassam a capacidade jurisdicional dos Estados em lidar com essas novas situações, sendo que conflitos deles surgidos só podem se valer da arbitragem e de instituições arbitrais para serem solucionadas (é o que aconteceu nos contratos firmados no âmbito do consórcio para construção do túnel sob o Canal da Mancha e nos contratos de concessões de exploração de petróleo), haja vista as infindáveis dificuldades operacionais que se apresentem em matéria de jurisdição, de lei aplicável e das questões de fundo, muitas vezes relacionadas com matérias submetidas a sistemas jurídicos totalmente díspares. Enfim, elementos complicadores não faltam e que impediriam a solução da controvérsia em tempo razoável ou permaneceriam sem solução efetiva, se fossem submetidas às Cortes nacionais.

Assim,  e atrav es da arbitragem que estas questões complexas são resolvidas e administradas por institui es arbitrais internacionais especializadas. Por este motivo  e que são raros os contratos internacionais que não prevêem a instância arbitral.

A arbitragem institucional  e bastante utilizada no exterior, e as principais institui es internacionais são: Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional – CCI, e a *American Arbitration Association* – AAA. No Brasil a Câmara de Media o e Arbitragem de São Paulo – FIESP  e a corte que possui maior demanda no país.

Nos dias atuais, a relativa expansão das rela es econ micas, principalmente, as comerciais, entre pessoas pertencentes a sistemas jurídicos distintos, contribui para uma maior utiliza o da arbitragem, como um método alternativo de soluço para as eventuais controvérsias que possam vir a surgir nos negócios internacionais. De acordo com Guido F. S. Soares, em se tratando de comércio internacional e arbitragem, vários elementos indicam a preferência pela via arbitral, em detrimento da justiça estatal. “Não se trata de definir vantagens ou desvantagens entre uma ou outra via de solu es de controvérsias, mas de apontar a maior adequa o da arbitragem, para aqueles negócios que fogem   tipicidade dos direitos domésticos”

A arbitragem tem sido reconhecida como um mecanismo para resolver disputas comerciais internacionais em vários campos – constru o civil, comércio marítimo e principalmente o comércio internacional. Tem sido uma alternativa para a soluço de conflitos comerciais entre empresas, Estados e indivíduos, tanto no âmbito nacional, quanto no internacional. Estima-se que 99% dos contratos internacionais elejam esse mecanismo.

A arbitragem  e um importante instrumento de redu o de custos, agiliza o do processo, sobretudo de justiça especializada.

De acordo com Mariana Bonfim Burger:

“Apesar da difusão, muitas empresas veem com certo receio esse instrumento extrajudicial de solução de conflitos e controvérsias entre as partes. As empresas ignoram que a arbitragem é bastante utilizada nas economias desenvolvidas e está presente no Brasil desde a Constituição de 1824 e no Código Comercial de 1850. Além disso, os argumentos que as empresas alegam para a não utilização da arbitragem referem-se à escolha dos árbitros e a sua idoneidade, entretanto, os árbitros são eleitos pelas próprias partes e são especialistas no assunto da matéria envolvida. Eles devem atuar com imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção. As empresas têm receio em relação ao custo do procedimento e a sua duração. O custo do procedimento arbitral é certamente menos dispendioso do que as custas judiciais e pode ser consultado nos órgãos especializados; e a duração da arbitragem pode ser determinada pelas partes, e se for omissa, a própria lei prevê um prazo de seis meses”_

Enquanto no Brasil a arbitragem tem encontrado uma série de dificuldades para a sua implantação como uma alternativa eficaz para a solução de conflitos empresariais, na Europa e na América do Norte, este instituto vem sendo disseminado há vários anos, oferecendo aos empresários maior rapidez e segurança para os eventuais conflitos contratuais que possam surgir, de acordo com Alvarenga. As empresas que celebram contratos maiores, especialmente no âmbito empresarial, preferem a solução através da arbitragem, por esta ser mais ágil, confidencial e menos

burocrática que a Justiça Estatal. O autor continua dizendo que “o que concerne aos multimilionários negócios jurídicos envolvendo aeronaves, ‘verbagrafia’, marcados pela internacionalidade, via de regra, a arbitragem tem sido a opção volitiva das partes, sem a menor sombra de dúvida. A arbitragem é a maneira mais racional de se resolverem através dos canais privados as eventuais controvérsias surgidas, sem os naturais percalços encontrados na justiça estatal”.

Os contratos de empréstimo e garantia assinados com organizações multilaterais (Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento – Bird ou Banco Mundial, Banco Europeu de Reconstrução e Desenvolvimento – Berd, Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID, etc), geralmente, possuem uma cláusula compromissória. De acordo com Carlos J. Sampaio Costa, por serem pessoas jurídicas de direito internacional público, estas instituições financeiras multilaterais firmam contratos de empréstimo e garantia com Estados sob as normas do Direito Internacional Público (DIP).

As fontes do DIP são os tratados internacionais, o costume internacional e os princípios gerais de direito, segundo o Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Entretanto, quando estas instituições firmam um contrato com empresas privadas sem a garantia de nenhum governo, as normas que vão reger o contrato estão fundamentadas no Direito Internacional Privado.

O Banco Mundial só concede financiamentos, empréstimos ou garantias para entidades públicas e para empresas privadas, desde que estas tenham a garantia soberana de um governo. Já a Corporação Financeira Internacional (*International Finance Corporation* – IFC), filiada ao Banco Mundial e a Corporação Interamericana de Investimentos (IIC), do grupo do BID, são dedicadas exclusivamente ao setor privado, celebrando contratos com empresas privadas sem a garantia de entidades

públicas. “Tanto os contratos celebrados com o BID como aqueles assinados com o Banco Mundial excluem totalmente a possibilidade de que as partes se submetam a outro juízo que não seja o do Tribunal de Arbitragem”.

O crescimento da arbitragem no Brasil é um fato que está ocorrendo gradativamente, por isso, existem poucos casos concretos disponíveis relativos a utilização da arbitragem nos conflitos empresariais. Além disso, o sigilo da arbitragem também dificulta o acesso aos casos empresariais que utilizaram esse instituto para solucionar seus conflitos. Apesar disso, foram encontrados três casos de arbitragem internacional envolvendo empresas brasileiras: *Americel S/A v. Compushopping* e outras empresas, *Plexus Cottonlimited v. Santana Têxtil Ltda* e *Teka v. Aiglon Dublin Ltda*.

O primeiro caso foi entre a *Americel S/A v. Compushopping* e oito empresas. “A *Compushopping* e oito empresas alegaram que a *Americel* teria descumprido os contratos após ter feito uma série de exigências às empresas – o que teria ocasionado prejuízos milionários. Como o contrato de representação incluía uma cláusula compromissória, os representantes levaram o assunto à Câmara de Arbitragem da Associação Comercial do Distrito Federal, pedindo uma indenização de R\$ 18 milhões por perdas e danos. A *Americel* se negou a comparecer à audiência na Câmara de Arbitragem. Diante dessa recusa, os representantes entraram com uma ação na 20ª Vara Cível de Brasília pedindo que a Justiça obrigasse a empresa a cumprir com a cláusula compromissória.

A juíza aceitou o pedido, instituindo a arbitragem mesmo sem o consentimento da ré. O laudo da Câmara de Arbitragem condenou a *Americel* a uma indenização de R\$ 500 mil aos oito representantes. A *Americel* questionou o laudo e a sentença arbitral, mas a Terceira Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito

Federal e Territórios (TJ-DF) manteve a sentença arbitral. No recurso especial para o STJ, a Americel alegou, preliminarmente, ofensa ao art. 535, inciso II, do CPC, bem como ao art. 7º da Lei 9.307/96; mas o recurso não foi admitido, tendo subido ao STJ por força de provimento de agravo de instrumento.

A Quarta Turma do STJ concluiu que se as partes de um contrato firmaram compromisso declarando que todas as controvérsias contratuais seriam resolvidas pela Lei 9.307/96, a discussão sobre as infringências às cláusulas, bem como o direito à eventual indenização, são passíveis de solução pela via escolhida”.Esse caso mostra que, conforme Martins, que “a Lei de Arbitragem brasileira reforçou com bastante rigor jurídico a eficácia da cláusula compromissória e a Justiça está dando curso a tudo aquilo que a lei pretende”. E Lee, complementa dizendo que “o Poder Judiciário tem interpretado corretamente a Lei nº 9.307/96, o que demonstra que a arbitragem tem um futuro promissor no Brasil”.

O segundo caso envolve a Plexus Cotton Limited v. Santana Têxtil Ltda. “A Plexus levou o caso a Liverpool Cotton Association (LCA), com sede em Liverpool, na Inglaterra, – tribunal especializado em algodão, com base na cláusula compromissória existente no contrato. A Plexus procurou o juízo arbitral de LCA depois que a Santana Têxtil teve dificuldades financeiras para abrir cartas de crédito para pagamento do restante do algodão, após o cumprimento de quase metade do contrato de compra e venda do produto. Contudo, a Plexus não demonstrou nos autos que as partes se sujeitaram, de forma legítima, às regras de arbitragem da LCA. Por isso, à época, o STF decidiu que a sentença de caráter arbitral não é executada no Brasil sem que haja acordo entre as partes. O STF julgou que não havia ‘cláusula compromissória’ no contrato firmado entre as duas empresas para compra e venda de mais de três mil toneladas de algodão cru da Nigéria. A Plexus foi

condenada a pagar as custas e honorários advocatícios fixados em 5% sobre o valor atribuído a causa. Para o STF, o Brasil não reconhecia a validade de sentença estrangeira adotada em contrato que não contenha expressamente a cláusula compromissória”.

E o último caso ocorreu entre a Teka v. Aiglon Dublin Ltda. “A empresa brasileira Teka havia concordado em submeter-se à arbitragem privada. Perdeu. O STF à época também aceitou o pedido de homologação da sentença estrangeira por considerar que a condenação à empresa brasileira era executável em território nacional. O STF homologou a decisão arbitral estrangeira condenando a tecelagem Teka a pagar aproximadamente US\$ 1,88 milhão à empresa irlandesa, Aiglon Dublin Ltda. O valor diz respeito à diferença entre o preço da mercadoria estipulado na data da assinatura do contrato e o da data da entrega do produto”.

Esses casos mostram que a arbitragem está sendo utilizada pelas empresas brasileiras para resolver eventuais conflitos comerciais. Além disso, percebe-se que a Lei de Arbitragem está sendo respeitada perante o Judiciário, que cada vez mais está aceitando a arbitragem como uma forma consensual de dirimir conflitos que envolvam bens disponíveis. E outros dados que comprovam o crescimento da arbitragem internacional não só no Brasil, mas também no mundo é o aumento da utilização pela arbitragem ao longo dos anos envolvendo questões internacionais nas duas maiores cortes de arbitragem, a ICC e a AAA.

Como foi dito, mostrou-se que o instituto da arbitragem é uma convenção instaurada a partir da vontade das partes por meio da cláusula compromissória ou do compromisso arbitral. A arbitragem vem sendo utilizada desde a antiguidade, passando pela Idade Média, até os dias atuais como um meio alternativo de solução de conflitos em diversas áreas, principalmente, na área comercial. Entretanto, percebeu-se que a arbitragem não era muito

utilizada no Brasil devido a alguns fatores, dentre eles, a de que a cláusula compromissória não produzia nenhum efeito.

Contudo, no decorrer dos anos, o Brasil ratificou vários Tratados e Convenções Internacionais relacionados com a arbitragem. Esses Tratados, bem como a Lei nº 9.307/96, impulsionaram a arbitragem no Brasil como um meio alternativo para solucionar os conflitos comerciais internacionais. A Lei de Arbitragem regulamentou o instituto, bem como fortaleceu a cláusula compromissória, além de equiparar a sentença arbitral à sentença judicial.

Percebeu-se também que a arbitragem tem se mostrado como uma alternativa de justiça mais técnica e ágil para solucionar os conflitos não só empresariais, mas também entre nações. O aumento da demanda ocorreu no meio empresarial, principalmente, por ela possuir maior rapidez, sigilo, especialidade dos árbitros e eficiência do que a justiça comum. A solução arbitral combina com a objetividade e rapidez da empresa.

A arbitragem atende as necessidades das empresas, pois estas estão buscando cada vez mais proteger sua imagem e sua marca como meio para preservar a sua reputação. O sigilo da arbitragem é uma característica atrativa do instituto, pois protege as empresas de qualquer escândalo que possa envolver a sua imagem e com isso prejudicar o seu futuro. Além disso, muitas vezes, as empresas envolvidas em um litígio não querem prejudicar o andamento das suas negociações, expondo a sua controvérsia na justiça estatal; pois tem como o objetivo a resolução do conflito comercial da maneira mais rápida, eficaz e sigilosa, e por isso, elas acabam escolhendo a arbitragem como um meio alternativo a justiça comum.

Sendo assim, nesse tipo de contrato a arbitragem é vantajosa, pois as partes têm maior liberdade, pois podem escolher

a lei aplicável, os árbitros e o local; solucionando o problema. Com isso, demonstrou-se que a arbitragem pode ser sim uma alternativa eficaz para a solução dos conflitos empresariais, uma vez que as características do instituto atendem as necessidades das empresas em solucionar os seus conflitos de uma forma mais rápida, eficiente e sigilosa. Essas características são os principais fatores que levam as empresas a utilizar a arbitragem internacional para solucionar suas controvérsias comerciais.

Por fim, confirma-se que a arbitragem internacional está se tornando um meio alternativo bastante utilizado pelas empresas para solucionar seus conflitos comerciais internacionais, aumentando significativamente a sua demanda no Brasil, conforme foi comprovado pelo crescimento da utilização do instituto nas cortes internacionais e brasileira.

CONCLUSÃO

Ao debruçar-se sobre o instituto arbitragem, constata-se que, muito provavelmente, em nenhum outro ramo do Direito o instituto se revela tão importante quanto no Direito Internacional Privado.

Tal afirmação se deve ao fato de que neste tipo de lide é onde mais se torna de difícil aplicar a jurisdição estatal propriamente dita, justamente por envolver os elementos de conexão e, às vezes, esbarrar na Soberania de cada estado.

Assim, como jurisdição privada, conforme explicitado no decorrer deste trabalho, torna-se uma excelente alternativa à jurisdição estatal - lenta e burocrática - fatores estes que impelem as partes a recorrer à arbitragem.

Se assim não o fosse, as relações internacionais restariam amplamente prejudicadas, haja vista que se evitaria em maior

escala o estabelecimento desse tipo de relação, sobretudo por causa dos problemas observados nas jurisdições estatais.

Por fim, vislumbra-se uma tendência cada vez maior de se procurar o juízo arbitral, desafogando o Poder Judiciário, bem como conferindo praticidade às relações jurídicas com elementos de conexão internacional;

REFERÊNCIAS

CALMON, Eliana. A arbitragem internacional, STJ, 2014.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 27ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

JÚNIOR, Fredie Didier. Curso de Direito Processual Civil. 13ª Ed. Vol I. Salvador: Editora JusPodivm, 2011.

STRASSMANN, Karin. LUCHI, Cinthia. HISTÓRIA DA ARBITRAGEM.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.

ROCHOLL, Nataly Evelin Konno. **A Utilização da Arbitragem Internacional na Solução de Conflitos Comerciais Internacionais: Análise do caso Referente aos Contratos da Indústria do Petróleo**. Disponível em: <<http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-internacional/3220-a-utilizacao-da-arbitragem-internacional-na-solucao-de-conflitos-comerciais-internacionais-analise-do-caso-referente-aos-contratos-da-industria-do-petroleo>>. Acesso em: 19 maio 2014.

LIMA, Cynthia Cinara Carvalho. **Arbitragem Internacional: uma abordagem acerca da solução de controvérsias no plano comercial internacional.** Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10893&revista_caderno=16>. Acesso em: 18 maio 2014.



www.conteudojuridico.com.br

PROCEDIMENTO DE EXONERAÇÃO, REVISÃO E MAJORAÇÃO DE ALIMENTOS APÓS A AQUISIÇÃO DA MAIORIDADE DOS FILHOS

LORENA CARNEIRO VAZ DE CARVALHO ALBUQUERQUE: Advogada, inscrita na OAB/GO. Bacharel em Direito pela PUC/GO. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela UNIDERP.

INTRODUÇÃO

No direito de família, a coisa julgada revela-se demasiadamente flexível e cada vez mais surgem novidades sobre o tema de maneira que a relativização da coisa julgada no direito de família não é só possível nas lides de alimentos, mas também nas ações de investigação de paternidade com pedido julgado improcedente por falta de provas (REsp n. 226.436-PR, DJ 04/02/2002 e RESP 330172/RJ, DJ DATA:22/04/2002, pg.:00213 RSTJ VOL.:00158, pg.:00409), diante das próprias peculiaridades destas.

DESENVOLVIMENTO

O Colendo entende que STJ o simples fato da aquisição da maioria nem sempre significa a imediata cessação da prestação alimentar.

Vejamos nesse sentido:

"EMENTA: AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL. CONSIDERANDO NÃO PROVADOS OS FATOS ALEGADOS NA INICIAL, NÃO É POSSÍVEL JULGAR-SE PROCEDENTE AÇÃO, LEVANDO EM CONTA O PROCEDIMENTO DO PRÓPRIO AUTOR, QUE TERIA DESATENDIDO AOS DEVERES DO

CASAMENTO. AUSENCIA DE RECONVENÇÃO DA MULHER QUE, AO CONTRARIO, OPÕE-SE A SEPARAÇÃO. ALIMENTOS - FILHOS. O FATO DA MAIORIDADE NEM SEMPRE SIGNIFICA NÃO SEJAM DEVIDOS ALIMENTOS. HIPOTESE EM QUE O ACORDO QUE ESTABELECEU A PENSÃO FOI CONCLUIDO QUANDO OS FILHOS JA ERAM MAIORES (RESP 4347/CE, 1990/0007451-7, DJ DATA:25/02/1991 PG:01467, Min. EDUARDO RIBEIRO)."

Dessa forma, essa questão encontra-se sem discernimento do que ao certo há de se fazer e agir processualmente.

O artigo 15 da Lei n. 5.478/68 disciplina que:

"A decisão judicial sobre alimentos não transita em julgado e pode a qualquer tempo ser revista, em face da modificação da situação financeira dos interessados".

Diante da determinação do art. 15 da Lei n. 5.478/68 duas posições imperam, veja-se:

I) - uma corrente que entende que os alimentos fixados por sentença, em favor dos filhos "menores" (tecnicamente crianças e adolescentes), se extinguem *ipso jure* e automaticamente com a maioridade civil dos favorecidos; e, assim, pode a prestação cessar de ofício por iniciativa do julgador ou mediante provocação por meio de simples petição protocolada pelo interessado, sem a garantia do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Nesse sentido:

"Alimentos – Obrigação alimentar – Filho – Maioridade atingida – Cessaçãõ automática do dever de pagá-los(...) (TJSP, 1º CC, Agravo por instrumento n o. 260.325-1-SP, Rel. Dês. Renan

Lotufo, j. em 19.9.1995, in Boletim AASP no. 1.950, de a 14.05.1996, p. 36-e)."

Em que pese o respeito ao posicionamento adotado na decisão acima citada, verifica-se que esta posi o fere o disposto no art. 5 , incisos LIV e LV da CF, *in verbis*:

"Art. 5  Todos são iguais perante a lei, sem distin o de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito   vida,   liberdade,   igualdade,   segurança e   propriedade, nos termos seguintes:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;"

Assim passemos a discorrer acerca da posi o mais consentânea com a ordem constitucional.

II) – a segunda corrente consentânea com a Constitui o Federal entende que para a extin o da presta o alimentar, já fixada em sentença,   necessária a iniciativa do devedor em pedido dirigido ao juiz, nos próprios autos originários em que foi fixada a obriga o, com a oitiva da parte contrária e produ o de provas; ou, em processo aut nomo de revisão ou exonera o de alimentos; sendo certo que, em ambas as situa oes, deve ser garantido de maneira irrestrita o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal, com observância do art. 5 , incisos LIV e LV, da CF e possibilidade de manifesta o do Ministério Público (não obrigatoriedade, salvo casos justificados, como por exemplo, requerido deficiente físico).

  praxe dos alimentantes, por economia processual, requerem, nos próprios autos da a o originária, o cancelamento da obriga o alimentar ou a proporcional redu o da pensão, diante da

maioridade de algum dos filhos; e, neste caso, os juízes geralmente aceitam esse procedimento e determinam a intimação dos interessados, com deferimento incontinenti do pedido somente no caso de concordância do credor; e, por outro lado, se o alimentando alegar que ainda necessita da prestação, podem ser adotadas as seguintes alternativas:

a)- o devedor é encaminhado à ação de exoneração ou revisão de alimentos; ou,

b)- é instaurado, nos mesmos autos, o contraditório e o magistrado decide pela procedência (total ou parcial) do pedido ou pela manutenção da prestação alimentar.

Creio que quaisquer das posições referidas devem ser aceitas, pois garantam o disposto no art. 5º, incisos LIV e LV da CF.

Sobre o tema ensina o Min. RUY ROSADO DE AGUIAR no RESP 347010/ SP:

"Verifico que, realmente, o fato da maioria é causa extintiva *ipso jure* do dever que decorre do pátrio poder, por isso não é razoável se imponha ao alimentante a iniciativa de uma ação de exoneração, com todos os inconvenientes que disso decorrem. De outro lado, é também muito comum que o filho, ao atingir a maioria, ainda necessite da contribuição paterna, pelas muitas razões que a experiência do foro revela, dadas suas condições sociais, físicas, educacionais e financeiras, especialmente entre os da classe média, que frequentam curso superior. "O fato da maioria", disse o Min. Eduardo Ribeiro, "nem sempre significa não sejam devidos alimentos" (REsp 4347/CE). Tal seja o caso, não seria razoável o automático cancelamento da prestação, a exigir do filho ingressar com ação

de alimentos para manter a prestação alimentar, uma vez que se trata de simples continuidade da situação existente. Por isso, chego à conclusão de que acertados estão os juízos de família que adotam a praxe de extinguir a obrigação mediante solicitação do obrigado, nos autos do processo em que consignada a obrigação, ouvidos os interessados e o Ministério Público. Se concordes, e isso também é comum e vezes tantas o pedido já vem acompanhado da anuência do beneficiário, o juiz decide pela extinção. Com a discordância, cabível a produção sumária de prova, com sentença decidindo pelo cancelamento ou, ao reverso, assegurando a continuidade da prestação. Quando não for possível decidir a questão nos próprios autos da ação originária em que o alimentante atravessou o seu pedido, então seria de encaminhar as partes para a ação de alimentos (a ser instaurada pelo filho) ou para a ação de exoneração ou de modificação (de autoria do pai)."

Vejamos também:

"EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL. PENSÃO ALIMENTÍCIA PAGA A FILHO ENTÃO MENOR POR FORÇA DE ACORDO EM SEPARAÇÃO CONSENSUAL. MAIORIDADE. PEDIDO DE CANCELAMENTO DA PENSÃO FEITO NOS PRÓPRIOS AUTOS. PROCESSAMENTO COM CONTRADITÓRIO. EXAME DO MÉRITO. MANUTENÇÃO DOS ALIMENTOS. RECURSO ESPECIAL. PRINCÍPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL. MATÉRIA DE FATO. REEXAME.

IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7-STJ. I. Se ao pedido de cancelamento da pensão, formulado pelo pai alimentante no bojo dos autos do processo de separação consensual, em face da maioridatedo filho, foi dado processamento litigioso, com observância de contraditório e colheita de provas, não há efeito prático, senão propósito procrastinatório, em perquerir, a tal altura, depois de apreciada profundamente a controvérsia, qual a ação cabível e a quem pertencia a sua iniciativa, se ao filho maior em ajuizá-la para postular a manutenção, ou ao genitor alimentante em pedir a exoneração. II. Decidido pelo Tribunal estadual, soberano na interpretação da prova, sobre a necessidade do filho maior estudante, a ser provida com pensão alimentícia pelo pai (arts. 396 e 397 do CC), o reexame da questão encontra, em sede especial, o óbice da Súmula nº 7 do STJ. III. Recurso especial não conhecido (RESP 306791 / SP ; RECURSOESPECIAL,2001/0023817-3, DJ DATA:26/08/2002 PG:00228, Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR)."

"EMENTA: ALIMENTOS. Filhos. Maioridade. Extinção. - Atingida a maioridade do filho, o alimentante pode requerer, nos autos da ação em que foram estipulados os alimentos,o cancelamento da prestação, com instrução sumária, quando então será apurada a eventual necessidade de o filho continuar recebendo a contribuição.

Á despeito do argumento acima ter uma lógica clara, com a devida licença, revela-se "*contra legem*".

Se há norma que diz que não corre o prazo prescricional em detrimento de incapaz, que não tem condições de exercer, por sua vontade, o direito de ação, então é essa a norma a aplicável, independente deste ter sobrevivido no tempo não retirando-lhe o direito de perceber os alimentos, do contrário estaríamos diante do enriquecimento ilícito do obrigado aos alimentos não cumpridos.

Os julgados abaixo transcritos, encontram-se sob a égide do Código Civil anterior, todavia, se aplicam ao debate:

"A PRESCRIÇÃO QÜINQUÊNAL NÃO CORRE CONTRA INCAPAZES, NEM CONTRA ASCENDENTE E DESCENDENTES, DURANTE O PÁTRIO PODER. ADEMAIS, A CITAÇÃO COMO TERMO INICIAL DA PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA É ENTENDIMENTO UNIFORMIZADO NO STJ. (TJBA - AP. CÍV. 11.853-9/02 - 1ª C.Cív. - Relª. Desª. Ruth Pondé - J. 27.11.2002)".

"ALIMENTOS - EXECUÇÃO - PRESCRIÇÃO ALEGADA. Curso admitido, diante de credor, apenas desde quando completou dezesseis anos de idade (arts. 169, I, do Código Civil) - Período de exigência, na espécie, que torna claro não estar atingida nenhuma das parcelas atrasadas, pela alegada causa extintiva. Agravo não provido. (TJSP - AI 116.039-4 - 10ª C.D.Priv - Rel. Des. Quaglia Barbosa - J. 10.08.1999)".

"ALIMENTOS - PRESCRIÇÃO. Inteligência do artigo 23 da Lei 5.478, de 1968, conjugado com os artigos 168, II e 169, I, do Código Civil - Prescrição quinquenal que embora atinja as prestações vencidas e não satisfeitas, não afeta direito de credor absolutamente incapaz.

Recurso provido. (TJSP - AC 97.922-4 - 6ª C.D.Priv - Rel. Des. Antonio Carlos Marcato - J. 11.02.1999)".

CONCLUSÃO:

O artigo 206, parágrafo 2º do Código Civil, de fato, dispõe que as dívidas alimentares prescrevem em dois anos, todavia, essa norma deve ser interpretada conjuntamente com o artigo 197 do mesmo Código que expõe os casos em que não ocorre a prescrição, valendo destacar o inciso II que retira o curso da prescrição entre ascendentes e descendentes durante o poder familiar. E com o artigo 198 que dispõe não correr a prescrição (I) contra os incapazes de que trata o art. 3º (menores de dezesseis anos, deficientes sem discernimento para a prática de atos da vida civil e os que, mesmo por causa transitória não puderem exprimir sua vontade.



www.conteudojuridico.com.br

TESSITURAS À DECLARAÇÃO DE FOZ DO IGUAÇU (2008): A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE SPIRIT PLACE

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 da Declaração de Foz do Iguaçu (2008) para a construção do conceito de *spirit place* em sede de patrimônio cultural. 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 Tessituras à Declaração de Foz do Iguaçu (2008): A Construção do Conceito de *Spirit Place*.

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 Nº. 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 Verdán, “*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   raro que prospere, mormente em razão de novos fatores, um verdadeiro remodelamento ou mesmo uma releitura dos conceitos que abalizam a ramifica o ambiental do Direito, com o fito de permitir que ocorra a conserva o e recupera o das áreas degradadas, primordialmente as culturais.

Ademais, há de ressaltar ainda que o direito ambiental passou a figurar, especialmente, depois das décadas de 1950 e 1960, como um elemento integrante da farta e sólida tábua de direitos fundamentais. Calha realçar que mais contemporâneos, os direitos que constituem a terceira dimensão recebem a alcunha de direitos de fraternidade ou, ainda, de solidariedade, contemplando, em sua estrutura, uma patente preocupa o 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,   plausível citar o artigo 3 , inciso I, da Carta Política de 1988 que abriga em sua reda o tais pressupostos como os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direitos: “**Art. 3  - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária**”[6].

Ainda nesta esteira,   possível verificar que a constru o 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 fragmenta o individual de seus componentes de maneira isolada, tal como ocorria em momento pretérito. Com o escopo de ilustrar, de maneira pertinente as pondera es vertidas, insta trazer   colaço o entendimento do

Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N°. 1.856/RJ, em especial quando destaca:

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

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

2 Comentários à concepção de Meio Ambiente

Em uma primeira plana, ao lançar mão do sedimentado jurídico-doutrinário apresentado pelo inciso I do artigo 3º da Lei 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 Nº. 4.029/AM, salientou, com bastante pertinência, que:

(...) o meio ambiente é um conceito hoje geminado com o de saúde pública, saúde de cada indivíduo, sadia qualidade de vida, diz a Constituição, é por isso que estou falando de

saúde, e hoje todos nós sabemos que ele é imbricado, é conceitualmente geminado com o próprio desenvolvimento. Se antes nós dizíamos que o meio ambiente é compatível com o desenvolvimento, hoje nós dizemos, a partir da Constituição, tecnicamente, que não pode haver desenvolvimento senão com o meio ambiente ecologicamente equilibrado. A geminação do conceito me parece de rigor técnico, porque salta da própria Constituição Federal[12].

É denotável, desta sorte, que a constitucionalização do meio ambiente no Brasil viabilizou um verdadeiro salto qualitativo, no que concerne, especificamente, às normas de proteção ambiental. Tal fato decorre da premissa que os robustos corolários e princípios norteadores foram alçados ao patamar constitucional, assumindo colocação eminente, ao lado das liberdades públicas e dos direitos fundamentais. Superadas tais premissas, aprovou o Constituinte, ao entalhar a Carta Política Brasileira, ressoando os valores provenientes dos direitos de terceira dimensão, insculpir na redação do artigo 225, conceder amplo e robusto respaldo ao meio ambiente como pilar integrante dos direitos fundamentais. “*Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, as normas de proteção ambiental são alçadas à categoria de normas constitucionais, com elaboração de capítulo especialmente dedicado à proteção do meio ambiente*”[13]. Nesta toada, ainda, é observável que o *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988[14] está abalizado em quatro pilares distintos, robustos e singulares que, em conjunto, dão corpo a toda tábua ideológica e teórica que assegura o substrato de edificação da ramificação ambiental.

Primeiramente, em decorrência do tratamento dispensado pelo artífice da Constituição Federal, o meio ambiente foi içado à

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

A preocupação com o meio ambiente - que hoje transcende o plano das presentes gerações, para também atuar em favor das gerações futuras (...) tem constituído, por isso mesmo, objeto de regulações normativas e de proclamações jurídicas, que, ultrapassando a província meramente doméstica do direito nacional de cada Estado soberano, projetam-se no plano das declarações internacionais, que refletem, em sua expressão concreta, o compromisso das Nações com o indeclinável respeito a esse direito fundamental que assiste a toda a Humanidade[15].

O termo “todos”, aludido na redação do *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, faz menção aos já nascidos (presente geração) e ainda aqueles que estão por nascer (futura geração), cabendo àqueles zelar para que esses tenham à sua disposição, no mínimo, os recursos naturais que hoje existem. Tal fato encontra como arrimo a premissa que foi reconhecido ao gênero humano o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao gozo de condições de vida adequada, em ambiente que permita desenvolver todas as suas potencialidades em clima de dignidade

e bem-estar. Pode-se considerar como um direito transgeracional, ou seja, ultrapassa as gerações, logo, é viável afirmar que o meio-ambiente é um direito público subjetivo. Desta feita, o ideário de que o meio ambiente substancializa patrimônio público a ser imperiosamente assegurado e protegido pelos organismos sociais e pelas instituições estatais, qualificando verdadeiro encargo irrenunciável que se impõe, objetivando sempre o benefício das presentes e das futuras gerações, incumbindo tanto ao Poder Público quanto à coletividade considerada em si mesma.

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 subsiste a possibilidade de quantificar quantas são as pessoas atingidas, pois a poluição não afeta tão só a população local, mas sim toda a humanidade, pois a coletividade é indeterminada. Nesta senda, 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 N° 115.599/RS:

Ementa: Meio Ambiente. Patrimônio cultural. Destru o de dunas em sítios arqueológicos. Responsabilidade civil. Indeniza o. O autor da destrui o 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 acep o a língua e suas varia es regionais, os costumes, os modos e como as pessoas relacionam-se, as produ es acadêmicas, literárias e científicas, as manifesta es decorrentes de cada identidade nacional e/ou regional. Neste sentido,   possível colacionar o entendimento firmado pelo Tribunal Regional Federal da Segunda Região, quando, ao apreciar a Apela o 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 distin o, abstratamente o meio-ambiente cultural. Consoante aponta Brollo, “*o patrimônio cultural imaterial transmite-se de gera o a gera o e   constantemente recriado pelas comunidades e grupos em fun o de seu ambiente*”[19], decorrendo, com destaque, da intera o 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 Tessituras à Declaração de Foz do Iguaçu (2008): A Construção do Conceito de *Spirit Place*

Em um primeiro momento, cuida anotar que a Declaração de Foz do Iguaçu, em seu artigo 1º, traz à baila o conceito de *spirit place*, descrevendo o espírito do lugar é associado à interação entre os componentes materiais e intangíveis naturais e/ou configurações daqueles com as construções dos seres humanos.

Esta é uma noção essencial, uma vez que, pela sua própria definição, um “lugar” não é apenas qualquer espaço, mas um espaço caracterizado por uma identidade singular. Nesse sentido, o “espírito” é o sopro vital que expressa tal identidade, resultante da relação entre uma cultura específica e a localização na qual ele existe. Entre os elementos que constituem ou que tenham um impacto sobre o *spirit of place*, seguem os identificados: a) as características do ambiente geográfico e o ambiente natural; b) o patrimônio natural que tem sido considerado sagrado pelos significados a ela atribuídos pela gestora de participações sociais nas comunidades; c) a maneira particular em que, através do tempo, o relacionamento entre as comunidades e os seus ambientes naturais evoluiu, expressando-se em paisagens culturais, cidades e em espaços urbanos ou rurais; d) os locais apropriados pelos seres humanos, tais como os espaços abertos urbanos e rurais, bem como as vases em que a vida da comunidade e suas manifestações culturais são promulgadas; e) os espaços construídos de um modo que particular expressam as soluções indicadas para necessidades da vida humana; f) os componentes de materiais que fazem parte da identidade especial dos espaços urbanos, tais como pavimentos, paisagismo, sinalização, iluminação e mobiliário urbano; g) as várias funções e usos que com o tempo evoluíram em espaços configurados pelos seres humanos; h) os processos sociais que são uma parte inerente da produção e reprodução de bens culturais; i) as contribuições sucessivas de várias culturas, que são características da América Latina.

Em seu artigo 2º, a Declaração de Foz do Iguaçu explicita a importância de compreender o *spirit of place*. Para tanto, a identificação dos componentes materiais e intangíveis que definem o *spirit of place* é essencial para a preservação da identidade das comunidades que criaram espaços de significado cultural e histórico e que os transmitiram de uma geração para a seguinte. O

estudo, a análise e a compreensão dos componentes de um lugar são recursos adequados para a identificação e ações necessárias para a preservação, entendidas como ações que permitam a expressão do espírito. O artigo 3º vai versar a respeito das ameaças ao *spirit of place*, identificando uma série de ameaças, entre as quais vale afirmar: a) as pressões imobiliárias e uso da especulação da terra, particularmente em áreas urbanas, que põem em perigo áreas de significado cultural e histórico, assim como a sua configuração e seus valores essenciais; b) a invasão de novos usos que são incompatíveis com as características ou o sentido tradicional de um lugar, incluindo a comercialização informal de espaços públicos; c) a inserção de edifícios, grupos de edifícios e outros elementos em áreas de importância cultural e históricas em suas configurações que não tem nenhuma consideração para o aspecto do lugar nem para os seus valores culturais e históricos; d) a remoção ou demolição de edifícios, espaços abertos e elementos que caracterizam o *spirit of place*; e) a inserção e utilização de infraestruturas, equipamentos ou mobiliário urbano que devido ao seu *design* ou construção são estranhas ao aspecto do lugar.

Neste contexto, o artigo 4º da Declaração de Foz do Iguaçu apresentou uma série de casos concretos que ameaçam o *spirit of place* em várias cidades latino-americanas, sendo possível afirmar: a) a especulação imobiliária que gera aumentos da densidade de construção e construção de arranha-céus na cidade de Salvador, Brasil, e na configuração deste patrimônio mundial; b) as pressões do tráfego veicular nas propriedades de Brasília afetam o Plano Diretor deste Patrimônio Mundial; c) o projeto proposto por um centro cultural em Valparaíso, Chile, que não dá nenhuma consideração para os valores preexistentes do sítio e para a definição deste Patrimônio Mundial; d) a proposta de exposições nos centros de convenções em Puebla, México, em uma área de grande importância e dentro do distrito deste Patrimônio Mundial; e) a construção de estruturas temporárias e

uma pista de patina o no gelo em Z calo da Cidade do México; f) as altera es dos Santu rios de Chalma, Estado do México, e Sn Juan de los Lagos in Jalisco, bem como no distrito de Bracho da cidade de Zacatexas, México, classificados como Patrimônio Mundial; g) a falta de controle sobre os edifícios, o tráfego e a sinaliza o de Manzana Jesuítica em Córdoba, Argentina, um patrimônio mundial; h) a proposta de alargamento do est dio de futebol no Paseo del Bosque em La Plata, Argentina, que ameaça os valores históricos e ambientais do local; i) a constru o inadequada de uma prisão regional dentro da configura o do circuito de turismo e cultural conhecido como Caminho de Pedra em Bento Gonçalves, no Rio Grande do Sul, Brasil.

Referência:

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007.

BRASIL. **Constitui o (1988). Constitui o (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 18 out. 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: . Acesso em 18 out. 2015.

_____. **Decreto-Lei N  25, de 30 de novembro de 1937**. Organiza a prote o do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: . Acesso em 18 out. 2015.

_____. **Lei N . 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: . Acesso em 18 out. 2015.

_____. **Lei Nº. 10.257, de 10 de Julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em: 18 out. 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: . Acesso em 18 out. 2015.

_____. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região**. Disponível em: . Acesso em 18 out. 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: . Acesso em 18 out. 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: g.jus.br>. Acesso em 18 out. 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: . Acesso em 18 out. 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: . Acesso em 18 out. 2015.

NOTAS:

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: . Acesso em 18 out. 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: . Acesso em 18 out. 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: . Acesso em 18 out. 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: . Acesso em 18 out. 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

precedente. 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: . Acesso em 18 out. 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: . Acesso em 18 out. 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: . Acesso em 18 out. 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: . Acesso em 18 out. 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 N° 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense N° 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 N° 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: . Acesso em 18 out. 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: . Acesso em 18 out. 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 (nº 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: . Acesso em 18 out. 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: . Acesso em 18 out. 2015.

[21] BROLLO, 2006, p. 33.

[22] FIORILLO, 2012, p. 80.



www.conteudojuridico.com.br

TIPICIDADE PENAL

BRUNO MEDRADO DOS SANTOS: Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro na especialidade Comissário de Justiça. Ex-Advogado inscrito na OAB/RJ, Ex-Procurador Municipal, aprovado no concurso da Magistratura do Estado de Pernambuco (aguardando nomeação). Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade Estácio de Sá.

Resumo: O presente artigo aborda o tema Tipicidade Penal, trazendo seus elementos (tipicidade formal e material), além de tratar da tipicidade conglobante e dos casos em que a doutrina e a jurisprudência dominante aplicam o princípio da insignificância, a qual, presente, exclue a tipicidade material.

palavras-chave: tipicidade, material, formal, conglobante e insignificância.

Abstract: This article discusses the topic Criminal typicality, bringing its elements (formal and materials typicality), in addition to treating the conglobante typicality and where the doctrine and prevailing jurisprudence apply the principle of insignificance, which present, excludes the typicality material.

Keywords: typicality, material, formal, conglobante and insignificance.

1. TIPICIDADE

São elementos do fato típico a conduta, o resultado, o nexo causal e a tipicidade.

Inicialmente, deve-se fazer a seguinte distinção:

Tipo penal: é um instrumento legal, logicamente necessário e de natureza predominantemente descritiva, que tem por função a individualização de condutas humanas penalmente relevantes (Zaffaroni). Se alguém adotar determinada conduta que se amolde perfeitamente àquele tipo, estaremos diante da tipicidade.

Tipicidade: corresponde à subsunção perfeita da conduta praticada pelo agente ao modelo abstrato previsto na lei penal, isto é, a um tipo penal incriminador.

Segundo a doutrina e jurisprudência majoritária, a tipicidade penal se divide em dois elementos:

TIPICIDADE FORMAL => Mera adequação da conduta ao tipo penal. Essa adequação deve ser perfeita, sob pena de o fato ser considerado formalmente atípico. “Confluência dos tipos concreto (fato do mundo real) e abstrato (fato do mundo normativo)” – Nucci.

TIPICIDADE MATERIAL => Consiste em critério que afere a importância do bem no caso concreto, a fim de que possamos concluir se aquele bem específico merece ou não ser protegido pelo Direito Penal. Relaciona-se diretamente ao princípio da intervenção mínima. Este preceitua que a finalidade do Direito Penal é a proteção dos bens mais importantes existentes na sociedade, como a vida, a integridade física, o patrimônio, etc. (princípio da lesividade – adequação social – intervenção mínima – fragmentariedade – insignificância).

ATENÇÃO! A tipicidade MATERIAL mantém íntima relação com o princípio da insignificância ou bagatela.

Contudo, para Zaffaroni, os elementos da tipicidade penal são divididos em:

TIPICIDADE FORMAL + TIPICIDADE CONGLOBANTE

TIPICIDADE CONGLOBANTE => É formada pela **TIPICIDADE MATERIAL** e conduta **ANTINORMATIVA** (contrário ao direito, e não imposta ou fomentada pela norma).

Ex: O art. 121 do CP diz ser proibido matar. No entanto, a proibição nele prevista não se dirige a todos, devendo ser excetuada com relação àqueles que têm o dever de matar. No confronto entre a proibição e uma imposição (norma que determina que o carrasco execute a sentença de morte), deve-se concluir que a proibição de matar, nos casos em que a lei prevê, não se dirige ao carrasco. Portanto, sua conduta não seria antinormativa, contrária à norma, mas de acordo, imposta por ela.

O conceito de **antinormatividade** – e, por conseguinte, de tipicidade conglobante - esvazia um pouco as causas de exclusão de ilicitude relacionadas ao estrito cumprimento de dever legal e ao exercício regular de direito. Pela tipicidade conglobante, tais causas seriam trazidas para a tipicidade, onde as mesmas seriam excluídas. Não é razoável se falar que o Oficial de Justiça comete fato típico quando realiza o sequestro de bens do devedor por ordem judicial. Para a doutrina da tipicidade conglobante, a atitude do Oficial de Justiça é ATÍPICA, pois não houve o cometimento de qualquer conduta antinormativa.

Adequação típica: ocorre quando a conduta do agente se amolda perfeitamente ao tipo penal. Há 2 espécies:

- Adequação típica de subordinação imediata ou direta: ocorre quando tal adequação se dá de maneira perfeita à descrição do tipo. Ex: homicídio (art. 121 do CP).

- Adequação típica de subordinação mediata ou indireta: ocorre quando o agente, embora atue com vontade de praticar a conduta proibida por determinado tipo incriminador, pratica conduta que não se subsume perfeitamente ao tipo penal. Ex: tentativa de homicídio – se João atirar várias vezes e não matar, embora o desejasse, não haverá perfeita adequação ao art. 121.

Para que se possa obter a tipicidade em casos de adequação típica de subordinação mediata ou indireta, deve-se utilizar as chamadas normas de extensão, que são capazes de ampliar o tipo penal, abrangendo hipóteses não expressamente previstas pelo legislador. Ex: art. 14 (tentativa), art. 29 (concurso de pessoas).

2. CAUSAS DE EXCLUSÃO DA TIPICIDADE

Nucci menciona que as excludentes de tipicidade dividem-se em legais e supralegais (implicitamente previstas em lei).

Excludentes legais: são aquelas situações expressamente previstas em lei. Menciona-se como exemplos: a) crime impossível (art. 17); b) intervenção médico-cirúrgica e impedimento de suicídio (art. 146, §3º); c) retratação no crime de falso testemunho (art. 342, §2º); d) anulação do primeiro casamento no crime de bigamia (art. 235, §2º).

a) Crime impossível: embora a redação do art. 17 cause confusão acerca da natureza jurídica do crime impossível, levando à falsa impressão de ser uma causa de isenção de pena do crime tentado, na verdade, estamos a tratar de causa excludente de

tipicidade, eis que o fato praticado pelo agente não se enquadra em nenhum tipo penal.

b) Intervenção médico-cirúrgica e impedimento de suicídio: o art. 146, §3º, do CP, menciona que não se compreendem nas disposições deste artigo. Ao assim dispor, afasta as situações a intervenção médico-cirúrgica e do impedimento ao suicídio do âmbito de adequação típica do constrangimento ilegal. Ora, se os fatos não se encontram compreendidos na norma penal incriminadora, despontam como condutas atípicas.

ATENÇÃO: alguns autores entendem essas situações como causas especiais de exclusão da ilicitude, por se constituírem em manifestações inequívocas do estado de necessidade de terceiro (Nucci entende que é causa de exclusão da tipicidade).

c) Retratação no crime de falso testemunho: a lei menciona ser causa extintiva da punibilidade (art. 107, VI, CP), mas, na essência, é causa de extinção da tipicidade, pois diz o art. 342, §2º, que o FATO deixa de ser punível – e não o agente. Ora, se é o fato a ser excluído, logo, não mais se fala em tipicidade.

d) Anulação do primeiro casamento no crime de bigamia: a declaração de nulidade do primeiro casamento tem efeito ex tunc, retroagindo à data da celebração do matrimônio,

revelando que o agente não era casado quando veio a contrair o “segundo” casamento, afastando o crime de bigamia. e) Desistência voluntária e arrependimento eficaz: importante destacar a querela que existe na doutrina acerca da natureza jurídica da desistência voluntária e do arrependimento eficaz, é que ao lado das concepções que as entendem como causa pessoal de extinção da punibilidade, ou causa de exclusão da culpabilidade, há forte corrente doutrinária que defende se tratem de causas de exclusão da tipicidade, uma vez que afasta-se a tipicidade do crime

inicialmente desejado pelo agente, subsistindo apenas a tipicidade dos atos já praticados.

Causas supralegais: são situações que, malgrado não estejam expressas no Código penal, afastam a tipicidade. A doutrina, nesse ponto, é uníssona em apontar a insignificância. Mais uma vez, seguindo Nucci, aponta-se também como causa de exclusão da tipicidade, a adequação social.

a) Adequação social (Nucci): sustenta, o penalista do tribunal bandeirante, que uma conduta aceita e aprovada consensualmente pela sociedade, ainda que não seja sua causa de justificação, pode ser considerada não lesiva ao bem jurídico tutelado. Se uma determinada conduta é acolhida como socialmente adequada deixa de ser considerada lesiva a qualquer bem jurídico, tornando-se um indiferente penal. Exemplifica-se com o caso da colocação do brinco, algo tradicionalmente aceito, com meta de embelezamento, embora se possa cuidar de lesão à integridade física.

ATENÇÃO: O STJ na Súmula 502 não aceitou a tese da adequação social para excluir a tipicidade na prática de “pirataria”. Vejamos: “Presentes a materialidade e a autoria, afigura-se típica, em relação ao crime previsto no art. 184, § 2º, do CP, a conduta de expor à venda CDs e DVDs piratas.”

b) Insignificância: Segundo a doutrina, o juízo de tipicidade, para que tenha efetiva significância e não atinja fatos que devam ser estranhos ao Direito Penal, por sua aceitação pela sociedade ou dano social irrelevante, deve entender o tipo na sua concepção material, como algo dotado de conteúdo valorativo, e não apenas sob o seu aspecto formal, de cunho eminentemente diretivo. Para dar validade sistemática à irrefutável conclusão político-criminal de que o Direito Penal só deve ir até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico, não se ocupando de bagatelas, é preciso considerar materialmente atípicas as condutas lesivas de

inequívoca insignificância para a vida em sociedade. Expressa, ainda, Carlos Vico Ma nas que o “princípio da insignificância   instrumento de interpreta o restritiva, baseado na concep o material do tipo penal, através do qual   possível alcançar, pela via judicial e sem macular a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposi o político-criminal da necessidade de descriminaliza o de comportamentos que, apesar de formalmente típicas, não ferem de forma socialmente relevante os bens juridicamente protegidos pelo Direito Penal” [...] “doutrina e jurisprudência têm conseguido fixar critérios razoáveis para a conceitua o e o reconhecimento das condutas típicas afetas ao Princípio da Insignificância, com base na natureza fragmentária e subsidiária do Direito Penal”.

Para o Supremo Tribunal Federal (HC 109.363, 11.10.11, Min, Ayres Britto) são **requisitos objetivos para a aplica o do princípio da insignificância** como causa excludente da tipicidade da conduta do agente:

- a) Mínima ofensividade da conduta;
- b) Ausência da periculosidade social da a o;
- c) Reduzido grau de reprovabilidade do comportamento;
- d) Inexpressividade da lesão jurídica.

Os julgados que mencionam esses requisitos não explicam o que seja cada um deles, até porque alguns parecem se confundir. A doutrina critica esses critérios. Paulo Queiroz, por exemplo, afirma que esses requisitos são claramente tautológicos e apenas dizem a mesma coisa com palavras diferentes, argumentando em círculo (Curso de Direito Penal. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 89).

Ao lado dos requisitos objetivos, existe, também, requisito subjetivo: A 5ª Turma do STJ, estabeleceu que para a aplicação do princípio da insignificância, é necessário que o réu não possua HABITUALIDADE CRIMINOSA.

Outros requisitos:

- a) Valor sentimental do bem. Ex: furto de uma bijuteria de baixo valor econômico, mas que pertenceu a importante familiar falecido da vítima.
- b) Condição econômica da vítima. Ex: furto de bicicleta velha de uma vítima muito pobre que a utilizava como único meio de transporte (STJ. 6ª Turma. HC 217.666/MT, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 26/11/2013).
- c) Condições pessoais do agente. Ex: o STF já decidiu que, se a conduta criminosa é praticada por policial militar, ela é revestida de maior reprovabilidade, de modo que isso poderá ser levado em consideração para negar a aplicação do princípio da insignificância (HC 108884/RS, rel. Min. Rosa Weber, 12/6/2012).
- d) Circunstâncias do delito. Ex.1: furto mediante ingresso subreptício na residência da vítima, com violação da privacidade e tranquilidade pessoal desta. Ex.2: estelionato praticado por meio de saques irregulares de contas do FGTS. A referida conduta é dotada de acentuado grau de desaprovação pelo fato de ter sido praticada mediante fraude contra programa social do governo que beneficia inúmeros trabalhadores (STF. 1ª Turma. HC 110845/GO, julgado em 10/4/2012). Ex.3: o modus operandi da prática delitativa – em que o denunciado quebrou o vidro da janela e a grade do estabelecimento da vítima - demonstra um maior grau de sofisticação da conduta

a impedir o princípio (STJ. 6ª Turma. AgRg nos EDcl no REsp 1377345/MG, julgado em 03/12/2013, DJe 13/12/2013).

- e) Consequências do delito. Ex.: furto de bicicleta que era o único meio de locomoção da vítima. Ex.2: não se aplica o princípio da insignificância ao delito de receptação qualificada no qual foi encontrado, na farmácia do réu, exposto à venda, medicamento que deveria ser destinado ao fundo municipal de saúde. Isso porque as consequências do delito atingirão inúmeros pacientes que precisavam do medicamento (STF. 2ª Turma. HC 105963/PE, julgado em 24/4/2012).

3. HIPÓTESES JULGADAS PELOS TRIBUNAIS

É possível a aplicação do princípio da insignificância para réus reincidentes ou que respondam a outros inquéritos ou ações penais?

Em regra, NÃO. É a posição que atualmente prevalece, sendo adotada pela 5ª Turma do STJ e pelo STF. “A reiteração delitiva, comprovada pela certidão de antecedentes criminais do paciente, impossibilita a aplicação do princípio da insignificância. (...) STF. 1ª Turma. HC 109705, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 22/04/2014. (...) Sentenciados reincidentes na prática de crimes contra o patrimônio. Precedentes do STF no sentido de afastar a aplicação do princípio da insignificância aos acusados reincidentes ou de habitualidade delitiva comprovada. (...) (STF. 2º Turma. HC 117083, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 25/02/2014). A reincidência específica é prognóstico de risco social, recaindo sobre a conduta do acusado elevado grau de reprovabilidade, o que impede a aplicação do princípio da insignificância. (...) (STJ. 5ª Turma. AgRg no AREsp 487.623/ES, julgado em 18/06/2014).”

ATENÇÃO: Existem alguns julgados, muito específicos e excepcionais, em que o STJ já aplicou o princípio da insignificância

para réu reincidente. Tratava-se de caso em que o réu furtou 4 barras de chocolate de uma padaria.

Princípio da insignificância e atos infracionais: é possível a aplicação, desde que verificados os requisitos. Além do mais, seria contrassenso aplicar um tratamento punitivo mais gravoso para os adolescentes, àquele previsto para os adultos.

Princípio da insignificância e trânsito em julgado: é possível a aplicação dessa causa de exclusão da tipicidade mesmo após o trânsito em julgado, assim reconheceu o STF, HC 95570.

Princípio da insignificância e aplicação pelo Delegado de Polícia: Não há posição prevalecente.

- a) 1ª corrente: SIM. O princípio da insignificância, como vimos, afasta a tipicidade material. Logo, se o fato é atípico, a autoridade policial pode deixar de lavrar o flagrante. Nesse sentido: Cleber Masson (Direito Penal esquematizado. Vol. 1. São Paulo: Método, 2014, p. 37).
- b) 2ª corrente: NÃO. A avaliação sobre a presença ou não do princípio da insignificância, no caso concreto, deve ser feita pelo Poder Judiciário (e não pela autoridade policial). É a posição da doutrina tradicional.

Princípio da insignificância e infração bagatelar imprópria: Não se pode confundir o princípio da insignificância com a chamada “infração bagatelar imprópria”. Princípio da insignificância Infração bagatelar imprópria é aquela que nasce relevante para o Direito penal, mas depois se verifica que a aplicação de qualquer pena no caso concreto apresenta-se totalmente desnecessária (GOMES, Luiz Flávio; Antonio Garcia-Pablos de Molina. Direito Penal Vol. 2, São Paulo: RT, 2009, p.305)”

Em outras palavras, o fato é típico, tanto do ponto de vista formal como material. No entanto, em um momento posterior à sua prática, percebe-se que não é necessária a aplicação da pena. Logo, a reprimenda não deve ser imposta, deve ser relevada (assim como ocorre nos casos de perdão judicial). Segundo Luiz Flávio Gomes, a infração bagatelar imprópria possui um fundamento legal no direito brasileiro. Trata-se do art. 59 do CP que prevê que o juiz deverá aplicar a pena “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”. Dessa forma, se a pena não for mais necessária, ela não deverá ser imposta (princípio da desnecessidade da pena conjugado com o princípio da irrelevância penal do fato). Ainda de acordo com Luiz Flávio Gomes, no direito legislado já contamos com vários exemplos de infração bagatelar imprópria:

- a) No crime de peculato culposo, a reparação dos danos antes da sentença irrecorrível extingue a punibilidade. Assim, havendo a reparação, a infração torna-se bagatelar (em sentido impróprio) e a pena desnecessária. No princípio havia desvalor da ação e do resultado. Mas depois, em razão da reparação dos danos (circunstância post-factum), torna-se desnecessária a pena.
- b) Pagamento do tributo nos crimes tributários;
- c) Colaboradores da justiça (delator etc.) quando o juiz deixa de aplicar a pena.

Princípio da insignificância e crime de furto:atenção – o simples valor do objeto não requisito suficiente para a aferição da insignificância. As circunstâncias do crime e o reflexo da conduta, também deve orientar o aplicador do direito. Assim:

- a. Não se aplica ao furto noturno

- b. Não se aplica ao furto com invasão de domicílio;
- c. Não se aplica à ligação clandestina de água;
- d. Não se aplica quando o agente furta a coisa para trocar por droga;
- e. Não se aplica mesmo quando o agente restitui a coisa à vítima, quando o valor da res furtiva for relevante;
- f. Atenção: em regra, não se aplica ao furto qualificado (mediante escalada; com abuso da confiança; com rompimento de obstáculo). Predomina na jurisprudência.

Furto de pequeno valor e de valor insignificante:

Pequeno valor do bem subtraído (art. 155, §2º, CP)	Valor insignificante do bem subtraído
Até um salário mínimo	Não há um parâmetro objetivo, mas, por óbvio, deve ser menor que um salário mínimo
Se a coisa furtada é de pequeno valor e o condenado é primário, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção,	Se o valor da coisa é insignificante, o juiz irá absolver o réu por falta de tipicidade material.

diminuí-la de 1/3 a 2/3, ou aplicar	
somente a pena de multa	
Ex.: furto de um relógio que custa	Ex.: furto de um relógio que custa
R\$ 500,00.	R\$ 90,00

Crimes contra a ordem tributária: STJ e STF aplicam o mencionado princípio aos crimes contra a ordem tributária. Para a aplicação, no entanto, deve-se levar em consideração o valor do tributo que deixa de ser repassado aos cofres públicos. Divergem, no entanto, as cortes superiores sobre o valor a ser considerado como ínfimo, para fins de aplicação do princípio.

Para o STJ o valor é de R\$ 10.000,00. Para tanto leva como parâmetro o art. 20, da lei 10.522/2010.

Para o STF o valor paradigma é de R\$ 20.000,00. Para tanto, considera o que dispõe o art. 1º, II, da portaria do MF n.º 75/2012, que aumentou o valor paradigma para o arquivamento das execuções fiscais de dívidas ativas da união.

Atenção: os parâmetros acima mencionados destinam-se a tributos federais. Portanto, não se aplicam aos delitos estaduais. Segundo o Superior Tribunal de Justiça, na análise da insignificância de delitos tributários estaduais e municipais, deverá-se observar se há legislação local semelhante à federal, devendo-se, utilizar essa legislação como parâmetro (STJ. 6ª Turma. HC 165003/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 20/03/2014).

Descaminho, é considerado um crime contra a ordem tributária, logo, se submete aos requisitos antes mencionados.

Crimes ambientais: Admite-se o princípio da insignificância no caso de crimes ambientais, devendo, no entanto, ser feita uma análise rigorosa, considerando que o bem jurídico protegido é de natureza difusa e protegido constitucionalmente.

4. CASOS EM QUE A JURISPRUDÊNCIA REJEITA A INSIGNIFICÂNCIA

Lesão corporal: Afirmou-se que a violência física é incompatível com os vetores da insignificância (STJ. 5ª Turma. AgRg no AREsp 19.042/DF, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 14/02/2012).

Roubo: Não se aplica ao crime de roubo porque se trata de delito complexo que envolve patrimônio, grave ameaça e a integridade física e psicológica da vítima, havendo, portanto, interesse estatal na sua repressão (STF RHC 111433) (STJ AgRg no AREsp 348.330/SP, julgado em 19/11/2013).

Tráfico de Drogas: Não se aplica ao tráfico de drogas, visto se tratar de crime de perigo abstrato ou presumido, sendo, portanto, irrelevante a quantidade de droga apreendida (STJ. 5ª Turma. HC 240.258/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 06/08/2013).

Porte de drogas: Precedentes do STJ afirmam que é impossível afastar a tipicidade material do porte de substância entorpecente para consumo próprio com base no princípio da insignificância, “ainda que ínfima a quantidade de droga apreendida”.

Moeda falsa: O bem violado é a fé pública, a qual é um bem intangível e que corresponde à confiança que a população deposita em sua moeda, não se tratando, assim, da simples análise do valor material por ela representado.

Contrabando: É inaplicável o princípio da insignificância ao crime de contrabando, uma vez que o bem juridicamente tutelado vai além do mero valor pecuniário do imposto elidido, alcançando também o interesse estatal de impedir a entrada e a comercialização de produtos proibidos em território nacional (STJ. 5ª Turma. AgRg no AREsp 342.598/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 05/11/2013).

Atenção: lembre-se que para o descaminho, é possível a aplicação do instituto. No delito de contrabando, o objeto material sobre o qual recai a conduta criminosa é a mercadoria PROIBIDA (proibição absoluta ou relativa). Em outras palavras, o objetivo precípua dessa tipificação legal é evitar o fomento de transporte e comercialização de produtos proibidos por lei. No contrabando não se cuida, tão somente, de sopesar o caráter pecuniário do imposto sonegado, mas principalmente, de tutelar, entre outros bens jurídicos, a saúde pública. Em suma, no contrabando, o desvalor da conduta é maior, razão pela qual se deve afastar a aplicação do princípio da insignificância.

A jurisprudência também vem se recusando a aplicar o princípio da insignificância aos crimes de estelionato contra o INSS, bem como ao estelionato envolvendo o FGTS, além do estelionato envolvendo seguro desemprego, pois todos esses casos significam acentuado grau de reprovabilidade da conduta do agente.

Posse de arma sem munição: Não é possível a aplicação do princípio da insignificância à posse ilegal de 48 (quarenta e oito) munições de revólver calibre 38 e um recipiente contendo pólvora,

por se tratar de crime de perigo abstrato, que visa a proteger a segurança pública e a paz coletiva (STJ. 5ª Turma. RHC 43.756/AL, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 08/04/2014).

Crime Militar: Prevalece que o princípio da insignificância NÃO é aplicável no âmbito da Justiça Militar, sob pena de afronta à autoridade, hierarquia e disciplina, bens jurídicos cuja preservação é importante para o regular funcionamento das instituições militares.

5. CASOS EM QUE A JURISPRUDÊNCIA DIVERGE SOBRE A APLICAÇÃO DA INSIGNIFICÂNCIA

Crimes cometidos por prefeitos: STF: possibilidade Ex-prefeito condenado pela prática do crime previsto no art. 1º, II do Decreto-Lei 201/1967, por ter utilizado máquinas e caminhões de propriedade da Prefeitura para efetuar terraplanagem no terreno de sua residência. 3. Aplicação do princípio da insignificância. Possibilidade. (...) (HC 104286, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, julgado em 03/05/2011); STJ: não pode ser aplicado Não é possível a aplicação do princípio da insignificância a prefeito, em razão mesmo da própria condição que ostenta, devendo pautar sua conduta, à frente da municipalidade, pela ética e pela moral, não havendo espaço para quaisquer desvios de conduta. (...) (HC 148.765/SP, Rel. Min. Maria Thereza De Assis Moura, 6ª Turma, julgado em 11/05/2010).

Porte de Droga para Consumo Pessoal: Não há que se falar em aplicação do princípio da insignificância ao delito de porte de drogas para consumo próprio, uma vez que se trata de crime de perigo abstrato, em que o bem tutelado pela norma é a saúde pública. Irrelevante, portanto, para a tipificação da conduta, a quantidade de entorpecente apreendido em poder do agente. O simples ato de portar substância ilícita presume o potencial ofensivo da conduta. Ademais, a reduzida quantidade de droga é inerente à

natureza do delito previsto no art. 28 da Lei 11.343/06. (STJ - RHC 35.920/DF, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz).

Crimes contra a Administração Pública: No STJ prevalece que não se aplica, em regra, o princípio da insignificância aos crimes contra a Administração Pública, ainda que o valor da lesão possa ser considerado ínfimo, uma vez que a norma visa resguardar não apenas o aspecto patrimonial, mas, principalmente, a moral administrativa.

Há, contudo, uma exceção: admite-se o princípio da insignificância ao crime de descaminho (art. 334 do CP), que, topograficamente, está inserido no Título XI do Código Penal, que trata sobre os crimes contra a administração pública.

Segundo o STJ, “a insignificância nos crimes de descaminho tem colorido próprio, diante das disposições trazidas na Lei n. 10.522/2002”, o que não ocorre com outros delitos, como o peculato etc. (AgRg no REsp 1346879/SC, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 26/11/2013).

No STF, há julgados mais antigos da 2ª Turma admitindo a aplicação do princípio, como foi o caso do HC 107370, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 26/04/2011.

6 – CONCLUSÃO

Assim, verifica-se que, segundo a doutrina e jurisprudência majoritárias, a tipicidade penal se divide em dois elementos: tipicidade formal e tipicidade material. Já Zaffaroni afirma que a tipicidade é dividida em tipicidade formal e tipicidade conglobante, onde esta última se subdivide em tipicidade formal e condutas antinormativas.

Além disso, foi abordada de maneira completa e didática as hipóteses em que a jurisprudência aplica ou não o princípio da insignificância. Ressalta-se que o Supremo Tribunal Federal trouxe 4 requisitos objetivos para aplicar o princípio da insignificância, quais sejam, mínima ofensividade da conduta; ausência da periculosidade social da ação; reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e inexpressividade da lesão jurídica.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 20 de abr. de 2016.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848/1940. Institui o Código Penal. Lex: Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 20 de abr. De 2016.

GOMES, Luiz Flávio; Antonio Garcia-Pablos de Molina. Direito Penal Vol. 2, São Paulo: RT, 2009.

MAÑAS, Carlos Vico, O princípio da Insignificância como excludente da tipicidade no direito penal – São Paulo: Saraiva 1994.

NUCCI, Guilherme de Souza, Código Penal Comentado - 15ª Ed. - Rio de Janeiro: Forense 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza, Manual de Direito Penal - 10ª Ed. - Rio de Janeiro: Forense 2014.



APONTAMENTOS SOBRE DANO MORAL AMBIENTAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

GUDDSON BARBALHO DO NASCIMENTO LEÃO: Bacharel em Direito e mestre em Direito Constitucional, pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Possui pós-graduação em Direito Público, tendo exercido o cargo de Assessor de Juiz Federal, com atuação na 2ª Vara Federal da Seccional do Rio Grande do Norte. Atuou como professor Acadêmico na UFRN durante os anos de 2009-2012, lecionando disciplinas como Direito Constitucional, Processo Penal e Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. Aprovado em diversos concursos, é atualmente Servidor Público do Tribunal de Contas do Rio Grande do Norte (TCE/RN), conciliando suas atribuições com o exercício da Advocacia.

1 INTRODUÇÃO

O direito ambiental possui diversos aspectos, mas, devido à necessidade de focalizar o objeto do estudo que aqui se inicia, será analisado o dano ambiental, a fim de que, por derradeiro, se possa concluir da existência do dano moral ambiental e da premissa de sua consideração.

Nos tempos hodiernos, a *contrario sensu* do que ocorria noutrora, intensifica-se a preocupação doutrinária e jurisprudencial sobre o dano moral ambiental, de modo que o tema tem merecido pronunciamentos diversificados por quem o examina. Em face desse panorama, continua sempre atualizado qualquer estudo que a ela imponha dedicação. Com sobriedade, o ministro José Augusto Delgado (2006) esclarece:

Na realidade, os que estão voltados para o questionamento do assunto

objetivam, unicamente, aperfeiçoar os aspectos determinantes da responsabilidade civil quando consumado esse tipo de atentado moral ao meio ambiente. A doutrina da responsabilidade civil ambiental desenvolvida no limiar deste Século XXI tem demonstrado que há necessidade de a Ciência Jurídica preocupar-se, com intensidade, da proteção aos padrões essenciais fixados pela natureza. Concebe que há de ser preservado, em toda a sua integridade, o que ainda remanesce do ambiente natural.

Em matéria de direito ambiental, verifica-se que a preocupação com sua tutela espraia-se por todo o ordenamento jurídico, a ponto de estar agasalhado, inclusive, sob o manto constitucional, que em seu artigo 225 a ele se declina, in verbis:

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.

Apesar disso, e até por razões óbvias, a degradação ambiental é um fato e a sua existência, ainda que estúpida e irracional, faz com que a busca pela manutenção deste ambiente ecologicamente equilibrado seja incluída nos sistemas de tutela ambiental.

Dentre os direitos e deveres individuais e coletivos elencados no art. 5º de nossa Carta Magna, quis o legislador constituinte,

acertadamente, acrescentar, no caput do artigo transcrito, um novo direito fundamental da pessoa humana, para que ela possa desfrutar e usufruir de condições de vida adequada em um ambiente saudável ou, no rigor das palavras da lei, *ecologicamente equilibrado*.

O reconhecimento do direito ambiental, incluso no rol de direitos fundamentais, se encontra esculpido no núcleo intangível da Constituição Federal de 1988, visto que corresponde à cláusula pétrea e faz surgir em nós, com maior intensidade, o dever de respeito ao comando constitucional.

Por cláusulas pétreas entende-se o elenco de assertivas que a própria Constituição traz como imutável. Ou seja, nenhuma emenda constitucional ou processo de revisão poderá incidir sobre elas; e nesse ponto o meio ambiente ganha importância semelhante à que é oferecida à Federação, ao voto (secreto, individual e universal) e à tripartição dos poderes.

Dessa feita, obriga não apenas ao intérprete, mas também ao aplicador da lei, a ES gotar todos os meios possíveis para que sua existência seja afirmada. Ou seja, inserido no contexto onde se encontra, perante o ordenamento constitucional, mostra-se impossível de ser alterado haja vista consubstanciar um núcleo imodificável, que deve a todo custo, em razão de suas características *sui generis*, ser validado.

Torna-se, pois, evidente que, para a correta e sóbria compreensão do assunto, faz-se imprescindível a definição e o desnudar-se dos pontos agredidos quando da ocorrência de um desastre ambiental. *Conditio sine qua nom* é delinear as dimensões deste dano em todos os seus desdobramentos. Nas palavras do professor Paulo de Bessa Antunes (2004):

Desdobramento de um dano é toda evidência cuja definição esta relacionada ao dano a ser reparado, de modo que a conduta lesiva deve ser suficientemente classificada, especificada e quantificada. Com efeito, sem a existência de dano, inexistente a responsabilidade.

A ressarcibilidade do dano não é, contudo, matéria tranquila. A doutrina civilista tem entendido, majoritariamente, que só é ressarcível o dano que preencha três requisitos, a saber: certeza, atualidade e subsistência.

Em processos judiciais visando à reparação de danos ambientais, mui frequentes são os casos com resultados insatisfatórios. Quando se analisam os resultados apontados, verifica-se uma pequena margem de condenação diante do elevado número de ações propostas. Para isso, os principais fatores contribuintes são a falta de celeridade processual e a ausência de perícias satisfatórias, razão porque urge o aperfeiçoamento do sistema.

Além das medidas necessárias a um rápido trâmite processual, competência precípua do Estado, é imperioso que se desenvolvam as consciências nas comunidades, a fim de ser alcançado um convívio amistoso com tudo aquilo que não é humano. E, sob este prisma, a educação ambiental, seja na vertente dogmática, seja na práxis cotidiana, mostra-se como elemento fundamental, data vênua sua função de modificar valores e de consagrar novas práticas ecologicamente aceitas. Sobre isso, Carvalho (2004) nos orienta:

A experiência do convívio amistoso com o não-humano desloca o processo de socialização e exige uma guinada em nossos hábitos existenciais para uma atitude mais modesta, que assume a condição de finitude da existência e do ser humano no mundo e o faz respeitoso das teias da vida que o incluem e o ultrapassam, assim como de tudo aquilo que ainda não conhecemos. A Educação Ambiental e esse ideário ecológico preconizam o princípio da prudência como balizador das decisões sobre a adoção de certas tecnologias e outras intervenções cujos impactos ultrapassam nosso conhecimento e podem, portanto, desencadear consequências imprevisíveis.

Na realidade, essa proposta de transmutação de valores, almejada pela educação ambiental, manifesta-se através de um convite que é feito à sociedade atual. Como propôs o pensador francês Michel Serres, a humanidade está sendo convocada a estabelecer um novo pacto, denominado contrato natural, que pode ser entendido como um contrato social ampliado, a ponto de englobar a dimensão ambiental nos planos de futuro e na negociação do presente dos seres humanos. Nesse sentido, trata-se de encontrar os caminhos possíveis em cujas trilhas se agrupem as expectativas de felicidade humana e a integridade dos bens ambientais.

Infelizmente, é preciso que se reconheça que os homens estão deveras longe da concretização desses valores e crenças, delimitadoras das relações recíprocas com o ambiente. Em virtude disso, existe a jurisdição e as vias litigiosas, em que as partes

duelam por uma determinada causa. Talvez, se houvesse uma consciência ecologicamente fomentada no cotidiano das pessoas, a quantidade de desastres ecológicos seria bastante inferior, tornando desnecessária a elaboração de tratados sobre os instrumentos de proteção ambiental. Provavelmente, existindo a conscientização, não haveria desastres ambientais e, quiçá, não seria preciso cogitar-se o dano ambiental.

É necessário, pois, uma mudança nas lentes e paradigmas sociais, culturais, políticos e econômicos; uma modificação em nível de consciência, a envolver o planeta como um todo. Quando se fala em mudança de consciências, há de se frisar, dentre elas, a estatal (na vertente de seus três poderes) para que a questão ambiental seja tratada com um diferencial que lhe é peculiar, sob pena de que, em um futuro próximo sequer haja homens para usufruir das tecnologias que ora se descobrem e para malograr as doenças cujas curas são, hoje, objeto de complexos e dispendiosos estudos.

Em uma visão muitíssimo extremada, talvez seja até desnecessária a busca pela cura da AIDS ou do câncer, porque sem que haja um ambiente apto, ecologicamente equilibrado, haverá edifícios, desabando ou não, haverá aviões (pontos de partida e quiçá de chegada), haverá praias, rios e lagos, mas não existirão pessoas. Existirão lugares, mas não homens para ali estarem; Haverá coisas, mas faltarão aqueles que delas possam usufruir.

Por tudo isso nos parece salutar o litígio e o afirmar-se de mecanismos de defesa ambiental, que sabemos ainda serem tutelas primitivas, a engatinhar no mundo da ciência jurídica. Sinaliza-se, com extrema veemência, a necessidade do despertar das consciências, sob pena, já o dissemos, de nosso próprio perecer.

Todavia, uma das maiores dificuldades em se obter sucesso nas demandas reside na comprovação no nexos de causalidade em

virtude, sobretudo, do tempo. Outro empecilho surge, quando da procedência da demanda, no instante da fixa o do valor da verba indenizatória; ou seja, da quantifica o do dano ambiental. A esse respeito, Lucarelli (2003) afirma que:

Pelas próprias características especiais do dano ecológico, o maior problema enfrentado pelos agredidos   a comprova o da ocorrência, do montante e da causa do prejuízo. Essa dificuldade tem sido indubitavelmente a maior dificuldade encontrada pelas sociedades ambientalistas e até pelo poder público.

Na atualidade,   cediço que a responsabilidade em matéria ambiental   objetiva, o que significa dizer que, ainda que a atividade do agente não esteja ancorada em qualquer das modalidades de culpa – negligência, imprudência e imperícia – mesmo assim, há de ser cogitada a responsabilidade do causador do dano. Ou seja, uma vez praticada a conduta, provando-se o nexo causal entre esta e o dano, subsiste a responsabilidade do autor, independentemente de ter previsto ou assumido o risco pelos efeitos lesivos de sua atitude.

Não se quer com isso dizer que a comprova o do nexo de causalidade deve ser dispensada. Para que exista o dano, necessário se faz, obviamente, t mbeo a comprova o do nexo de causalidade. Logo, em se verificando um dano, deverá se estabelecer a indeniza o, desde que reste identificado o nexo do dano com a conduta que se pretende penalizar.

Assim, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e sadio  , na realidade, uma *longa manus* do direito de viver, de existir - física e saudavelmente. Por essa razão   imprescindível, antes de prosseguir na temática referente ao dano ambiental, analisar com um pouco mais de aten o os aspectos do princípio

da dignidade da pessoa humana, que ocupa posição de relevo em nosso ordenamento jurídico.

2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – RAZÃO DE EXISTÊNCIA DAS TUTELAS AMBIENTAIS

Um ordenamento jurídico apenas se mantém coeso e equilibrado quando são estabelecidos parâmetros adequados de hierarquia normativa, de modo que as espécies de normas e regras obedeçam a certa ordem de disposição. No Brasil, como em outros países, a Constituição ocupa o ápice desse sistema.

Assim, qualquer inovação em matéria de direito, deve obediência à Constituição Federal, verdadeira carta de princípios, que impôs eficácia a todas as suas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Segundo Paulo Bonavides (1999):

Os princípios constitucionais foram convertidos em alicerce normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico do sistema constitucional, o que provocou sensível mudança na maneira de interpretar a lei. Muitas das transformações levadas a efeito são frutos da identificação dos direitos humanos como valor fundante da pessoa humana, a ensejar o conseqüente alargamento da esfera de direitos merecedores de tutela.

Os princípios constitucionais – considerados leis das leis – deixaram de servir apenas de orientação ao sistema jurídico infraconstitucional, desprovidos de força normativa. Agora, são conformadores da lei e se tornaram imprescindíveis para a aproximação do ideal de justiça. Adquiriram eficácia imediata e aderiram ao sistema positivo, a compor nova base axiológica, e

abandonando o estado de virtualidade a que sempre foram relegados.

A partir do instante em que houve a constitucionalização do direito civil e a dignidade da pessoa humana foi consagrada como pedra angular do Estado Democrático de Direito, o positivismo tornou-se insuficiente. As regras jurídicas mostraram suas limitações para atender ao comando constitucional. O princípio da interpretação conforme a Constituição é uma das mais importantes inovações em sede de técnica interpretativa, ao propagar que a lei deve ser interpretada a partir da Carta Maior. Assim, os princípios constitucionais passaram a amparar todo o sistema legal de modo a informar e viabilizar o alcance da dignidade humana em todas as relações jurídicas.

2.1 O Princípio da Dignidade Humana: Fundamento da República Federativa do Brasil

Todo e qualquer ordenamento jurídico-positivo compõe-se de princípios e regras cujas diferenças não são apenas de graus de importância. Acima das regras legais, existem princípios que incorporam as exigências de justiça e de valores éticos, atribuindo coerência interna e estrutura harmônica a todo o sistema jurídico. Sarmiento (2000), a esse respeito, afirma que se o direito não contivesse princípios, mas apenas regras jurídicas, seria possível a substituição dos juízes por máquinas.

Os princípios são normas jurídicas que se distinguem das regras não só porque têm alto grau de generalidade, mas também por serem mandatos de otimização, conforme nos assegura Alexy (1997). Possuem uma estampa axiológica mais acentuada que as regras, desvelando com maior nitidez os valores políticos e jurídicos que aglutinam. Devem ter conteúdo de validade universal, a consagrar conceitos generalizantes e a balizar todas as regras, que não podem afrontar as diretrizes contidas nos princípios.

O princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto princípio maior e fundamento de validade da República Federativa do Brasil, está inserido na Constituição Federal *ab initio*, onde se lê, em seu art. 1º. que *a República constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento entre outros, III – a dignidade da pessoa humana.*

O Texto Maior concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerentes à personalidade humana. A preocupação com o agenciamento dos direitos humanos e da justiça social levou o constituinte a consagrar a dignidade da pessoa humana como valor nuclear da ordem constitucional. Sua essência é difícil de ser capturada em palavras, mas incide sobre uma infinidade de situações. Talvez possa ser identificado como sendo o princípio de manifestação primeira dos valores constitucionais, carregado de sentidos e emoções.

Este princípio, dentre todos os outros, é aquele havido como o mais universal. É um macroprincípio do qual se irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade, dentre a coleção de princípios éticos existentes. No dizer de Sarmiento (2000):

O princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade.

Logo, diz respeito a um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-

se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar. Apenas excepcionalmente podem ser feitas limitações aos exercícios dos direitos fundamentais, mas com o cuidado em não se menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Inexoravelmente, é a dignidade da pessoa humana o grande suporte de todos os direitos fundamentais, possuindo para tanto uma dupla concepção. Primeiro prevê um direito individual-protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes, a se configurar pela exigência do indivíduo respeitar a dignidade alheia, tal qual a Constituição Federal exige que lhe respeitem a própria.

Em tese de dignidade da pessoa humana, a História nos revela que o suporte de sua validade remonta o direito romano, que poderia ser traduzido em três assertivas:

- a) *honestere vivere* (viver honestamente);
- b) *alterum nonlaedere* (não prejudiquem ninguém);
- c) *suum cuique tribuere* (dê a cada um o que lhe é devido).

À primeira vista, a análise deste princípio pode apresentar contornos teóricos e doutrinários, mas a par da grandiosidade do tema em que se funda, fato é que no dia-a-dia, nas muitas expressões do Direito, é visível a aplicabilidade deste princípio fundamental do Estado Democrático em que vivemos.

O notável constitucionalista Canotilho (1998) nos revela em sua obra que, se analisarmos as experiências históricas relativas à aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo,

genocídios étnicos) a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República.

E a República, sob tal perspectiva, é uma organização política que serve ao homem, não é o homem que serve aos aparelhos político-organizacionais. Portanto, esta compreensão do princípio da dignidade humana justifica posturas constitucionais como a proibição da pena de morte e da prisão perpétua e, ainda conforme Canotilho, faz surgir a idéia de "*comunidade constitucional inclusiva*", pautada pelo multiculturalismo mundividencial, religioso ou filosófico.

Reconhecer a dignidade da pessoa humana como núcleo essencial da República ou como pressuposto da República e do Estado Democrático de Direito, é renunciar a certas verdades e determinados fixismos políticos, religiosos ou filosóficos para fazer surgir o indivíduo e as coletividades, pautadas em vida digna.

Não pode o republicanismo mundial contemporâneo, baseado nos princípios da dignidade da pessoa humana, impor teses, dogmas, religiões, verdades ou ordens sob pena de sucumbir em si mesmo, diante de contradição essencial.

O homem para viver em sociedade, e viver bem, necessita viver com dignidade. Este suporte de vida saudável se espraia sobre muitos reflexos e nosso sistema constitucional tratou de resguardá-los em suas diversas facetas. Uma dessas, indiscutivelmente, é a consagração do bem ambiental e do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como bem de uso comum do povo – diretriz que se alinha aos preceitos ora expostos.

2.2 A Dignidade da Pessoa Humana e o Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado

A Declaração Universal dos Direitos Humanos adotada e proclamada pela Resolução nº. 217-A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, reafirmou a crença dos povos nas Nações Unidas, nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e valor da pessoa humana e na igualdade de direitos do homem e da mulher, visando promover o progresso social e melhores condições de vida.

Está, pois, resguardada nos direitos individuais e coletivos posto que seja, indubitavelmente, um Direito, como os interesses jurídicos de caráter social, político e difuso ou coletivo *lato sensu*. Há uma caprichosa relação de causa e efeito, onde a dignidade humana é causa; fonte geradora de todos os direitos fundamentais do homem.

E quando se fala em todos os direitos, se quer incluir neste rol a vida e a liberdade, aliás, irrenunciáveis. Sartre (2003) já prelecionara que o homem não pode renunciar à sua liberdade, enfatizando com esta afirmação o peso da responsabilidade de sermos livres.

A escolha de aderir à sobrevivência, à existência, é uma tônica na sociedade contemporânea. Porém, muitas vezes, o ser humano queda inerte diante de um determinado fato, por acreditar que tal paralisação seja a conduta mais confortável a ser tomada. Nessas hipóteses, costuma-se dizer que não houve escolha, contudo, o não-agir, por si mesmo, já se afigura como uma opção. Parafraseando Martin Luther King, é importante frisar que a humanidade vem sofrendo muito mais com a omissão dos “homens bons” do que com a conduta pecaminosa dos maus.

Arriscar-se, procurar a autenticidade, é uma tarefa árdua, uma jornada pessoal que o ser deve empreender em busca de si mesmo. Manter-se inerte frente à degradação ambiental é uma escolha pela

não preservação; é uma ação, talvez, tão desastrosa quanto à própria atividade degradadora.

Sob o que se estampou, emerge que a escolha mais certa a ser feita é aquela que permeia as veredas constitucionais. Além disso, cogita-se a opção por algo consciente, preservador, digno de si e de seus semelhantes; uma escolha que se coadune à uma sadia qualidade de vida, mas sem hipocrisia ou demagogia. Em outras palavras, seria o dever de optar por um viver não-degradador, por um viver em consonância com os preceitos ecológicos, com o pensamento consciente e coletivo de preservação do bem comum.

Uma consciência coletiva precisa se solidificar para que a sustentabilidade esteja impregnada no cotidiano hodierno, a fim de se manter coeso o estrato social. A opção individual encerra finalidades coletivas, onde o querer de uma pessoa importa no querer das demais, da coletividade. A par dos posicionamentos filosóficos e de divagações, a idéia realmente é impositiva se estivermos diante da opção de preservação ambiental.

O homem é responsável por si em sua totalidade. Desenha e escolhe seus caminhos e assim o é porque ele é dono e responsável pelo seu “eu” e pelas suas ações. Querendo para si o bom, buscará para a humanidade o melhor porque, ao final, a soma das consciências individuais resultará no encontro das consciências coletivas. Sobre tal pensamento, Sartre (2003) ensina:

Quando declaro que a liberdade, através de cada circunstância concreta, não pode ter outro objetivo se não o de querer-se a si próprio, quero dizer que, se alguma vez o homem reconhecer que está estabelecendo valores, em seu desamparo, ele não poderá mais desejar outra coisa a não ser a liberdade como fundamento de todos os

outros valores. Isto não significa que ele a deseja abstratamente. Mas, simplesmente, que os atos dos homens de boa-fé possuem como derradeiro significado a procura da liberdade enquanto tal. Um homem que adere a um sindicato comunista ou revolucionário, quer alcançar objetivos concretos; tais objetivos implicam vontade abstrata da liberdade; porém, esta liberdade é desejada em função de uma situação concreta. Queremos a liberdade através de cada circunstância particular. E, querendo a liberdade descobrimos que ela depende integralmente da liberdade dos outros, e que a liberdade dos outros depende da nossa. Sem dúvida, a liberdade, enquanto definição do homem, não depende de outrem, mas logo que existe engajamento, sou forçado a querer, simultaneamente, a minha liberdade e a dos outros; não posso ter como objetivo minha liberdade se não desejar também a liberdade dos outros. De tal modo que, quando, ao nível de uma autenticidade reconheço que o homem é um ser em que a essência é precedida pela existência, que ele é um ser livre que só pode querer a sua liberdade, quaisquer que sejam as circunstâncias, estou concomitantemente admitindo que só posso querer a liberdade dos outros.

Somos pessoas individualizadas sim, mas vivemos em comunidade e é indispensável a busca por uma vida sadia e prazerosa, de modo que nossas atitudes pessoais devem ter este

comprometimento. Em se tratando de questões correlatas ao Biodireito e à Bioética, por exemplo, é sabido que o compromisso dos cientistas na procura de soluções, de melhores condições de vida, não pode esbarrar em posturas ecologicamente inadequadas.

Não se pode pestanejar, a par dos avanços tecnológicos, o reconhecimento do respeito à dignidade humana, estando a Bioética e o Biodireito a exercer um sentido humanista, estabelecendo vínculo com a justiça. A verdade está com Maria Helena Diniz (2004), no instante em que ela afirma que para a bioética e o biodireito a vida não pode ser uma questão de mera sobrevivência física, mas sim de vida com dignidade.

A humanidade é usufrutuária do meio ambiente em que vive e é indiscutível o dever de sua proteção e conservação para as presentes e futuras gerações, que têm, também, um direito incontestável a um ambiente ecologicamente equilibrado, fundado no direito/dever da perpetuação das espécies.

Pelo que se depreende, afetar o meio ambiente é afetar em última análise a dignidade humana, a soma da dignidade individual e o encontro da dignidade coletiva, se for possível tal classificação. Necessário se faz, então, a conceituação do dano ambiental, como fórmula inicial de tentar identificar toda a sua abrangência e, conseqüentemente, encontrar o que recentemente, também a jurisprudência tem denominado dano moral ambiental.

3 A CONSCIENTIZAÇÃO A FAVOR DA CAUSA AMBIENTAL

Não sendo possível preservar o meio ambiente em níveis esperados, considerar-se-á o dano efetivo, o desastre ecológico, a degradação ambiental para, daí, se extrair algumas considerações.

A verdadeira tutela ambiental é a preventiva, ou seja, aquela que se antecipa ao dano, evitando-o. Somente através dela, será

possível o cumprimento daquele contrato, estampado no art. 225 de nossa Constituição, proporcione às futuras gerações um meio ambiente ecologicamente equilibrado, saudável, onde elas possam viver dignamente.

Sob o aspecto cultural, o meio ambiente é diuturnamente protegido pelo instituto do Tombamento, do mesmo modo que o meio ambiente do trabalho vem igualmente sendo objeto de defesa. Ainda há possibilidade de se fazer referência à toda proteção constitucional preventiva concernente à defesa do meio ambiente, consignada, por exemplo, no art. 170 VI, *in verbis*:

Art.170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

(Nova redação dada pelo [art. 1º da Emenda Constitucional nº. 42, de 19 de dezembro de 2003](#)).

O próprio direito de vizinhança descrito nas leis civis, pode ser alçado à categoria da proteção ambiental, uma vez que somos vizinhos, limítrofes, de fábricas que, muito embora estejam situadas a quilômetros de distância de nossas casas, despejam fumaça tóxica e outros resíduos nocivos à saúde.

A permuta ocorrida entre a ética e as ciências da vida, juntamente com o progresso da biotecnologia provocou uma radical mudança nas formas tradicionais de agir dos profissionais da saúde, dando outra imagem à ética médica e, conseqüentemente, originando um novo ramo do saber, que se convencionou denominar Bioética.

Sob tal enfoque, a ciência da Bioética, tendência mundial que vem crescendo em matéria de proteção ambiental, revela-se como uma grande e poderosa arma em defesa do meio ambiente. É fato que a vida precisa da ciência, contudo, qualquer ciência prescinde da vida para que subsista. É uma relação de reciprocidade, cuja retroalimentação deve se alinhar através dos prumos da Bioética.

Maria Helena Diniz (2004), em obra sobre o assunto, após uma série de indagações, afirma que estas são reflexos da perplexidade e do forte impacto social causado pelas inovações das ciências. Inclusive porque, até muito recentemente, sequer era cogitada alguma degradação ambiental nos níveis atualmente manifestos, assim como era impensável a probabilidade de esgotamento dos recursos hídricos ou a possibilidade de um holocausto nuclear.

Essas assustadoras constatações, hoje são objetos de minuciosas e quantitativas análises feitas sob o escrutínio de diversas Ciências, cujos estudos são elaborados, na grande maioria, para usufruto da própria ciência, desvencilhado dos valores trazidos pela constitucionalização da dignidade da pessoa humana.

Nesse panorama, a Bioética atua como um freio e contrapeso a ser posto ante essa busca desenfreada pela tecnologia em suas múltiplas vertentes. Atua de forma a fazer lembrar e a fazer valer a própria existência digna do homem, buscando subsídios para conter qualquer avanço tecnológico que implique degradação dos demais seres e, em última análise, da espécie humana.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, IX, proclama a liberdade da atividade científica como um dos direitos fundamentais, o que não significa inexistência de qualquer limitação, pois há outros valores e bens jurídicos constitucionalmente garantidos, como a vida, a integridade física e psíquica, a privacidade, entre outros, que podem ser gravemente afetados pelo mau uso da liberdade de pesquisa científica. Nenhuma liberdade de investigação científica poderá ser aceita se colocar em perigo a pessoa humana e sua dignidade; eis o que se deduz da interpretação constitucional.

O mérito da Bioética consubstancia-se no fato de ela figurar como uma ciência capaz de prover o comportamento ético das demais ciências. Assim sendo, todos aqueles que pretendem fazer valer esta nova ciência não podem perder de vista a dignidade da pessoa humana, razão e finalidade de todo ordenamento constitucional. De acordo com a professora Maria Helena Diniz, (2004), com o reconhecimento do respeito à dignidade humana, a bioética e o biodireito assumem um sentido humanista, estabelecendo um vínculo com a justiça.

Há de ser lembrado que tal ciência se apresenta e se disponibiliza a favor da proteção ambiental, paralelamente à saga pelos lucros máximos envidada por alguns poderosos. A busca desenfreada pelas riquezas faz com que os homens acabem por consumir de forma desmedida e inseqüente os bens da natureza, em sua maioria finitos e deveras necessários aos homens.

Motivadas pelo fascínio do progresso sócio-econômico, muitas técnicas foram desenvolvidas, algumas das quais, por explorarem inadequadamente a natureza, acabaram ocasionando a poluição, em suas diversas facetas, degradando o meio ambiente, e colocando em risco a vida do homem e das demais espécies que povoam a Terra. Dessa interação de forças e atitudes

ambientalmente deletérias, surge o atual panorama ecológico, que em muito se assemelha ao de uma crise ambiental.

Nosso ordenamento jurídico, desde 1995, incrementou-se com a promulgação da Lei nº. 8.974/95 que efetivamente regulamentou alguns dos dispositivos elencados no art. 225 de nossa Constituição Federal, ao fixar regras para o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados.

Esta espécie normativa cuidou de disciplinar a introdução dos conhecidos OGM's no meio ambiente, tutelando juridicamente a vida e a saúde pública. Também, Incumbiu a essa lei delinear o conceito de *engenharia genética*, termo que, apesar da utilização reiterada, é quase sempre empregado inadequadamente.

Assim, ao se conjugar normatividade, educação ambiental, conscientização ecológica, ética e moral, se avultam as esperanças e crenças em um futuro melhor, alinhadas às diretrizes de um desenvolvimento sustentável. Isso porque enfrentar o desafio ecológico implica na imposição coercitiva de certos padrões de comportamentos, como meio para se alcançar um acréscimo efetivo da preservação da natureza e um recrudescimento dos riscos às gerações do presente e do futuro.

A necessidade de sujeitos ecológicos, amparados sob a égide de um ordenamento jurídico também ecológico não prescinde da Ética, cujos estudos motivaram o professor José Aroudo Mota (2006), que, com clareza, analisa:

Do ponto de vista da Ética, como princípio filosófico da sobrevivência das espécies, os direitos da natureza devem ser preservados para que os recursos naturais sirvam como legado para as futuras

gerações. Mesmo levando-se em consideração que a vida na Terra é decidida pelos seres humanos, os entes da natureza têm direitos, pois a manutenção da vida humana depende exclusivamente da conservação/preservação dos recursos naturais.

Como resultado da não-preservação do meio ambiente e da não-tutela da vida, em níveis ecológico-sadios, pode ser visualizada uma série de marcas, algumas das quais tidas como indelêveis. Da agressão advinda ao meio ambiente, difuso por natureza, do qual é dono um número indeterminado de pessoas, exsurge um dano que julgamos ser o mais grave de todos: Aquele que fere, mormente, o preceito constitucional, ao qual nos subordinamos por vivermos sob a égide de um Estado Democrático de Direito.

Nesse patamar, fala-se em dano moral ambiental, presente em toda e qualquer forma de degradação ambiental. Diz respeito ao dano que provoca a comoção geral, que priva as coletividades do uso e gozo do meio ambiente sadio, do desfrutar da natureza equilibrada, preservada. Essa privação atinge um bem tutelado, de modo que a violação desta tutela deve ser sopesada por um correspondente lógico, qual seja uma sanção imposta ao poluidor.

4 O DANO MORAL AMBIENTAL

4.1 Conceitos e Quantificação

Para ser possível a afirmação do dano moral ambiental, é imprescindível que amparemos sua existência nos princípios afeitos à temática ambiental. Apesar de se fundamentar na dignidade da pessoa humana, conforme citado *alhures*, a temática em comento é acolhida por um verdadeiro arcabouço principiológico, que, ao passo que lhe fornecem os instrumentos necessários, colima os

mesmos fins. Na miríade desses princípios, destacam-se o da natureza pública da prática ambiental, o da responsabilidade objetiva, o do binômio poluidor/pagador e o da inexistência do direito adquirido ambiental.

No preâmbulo de sua obra, o mestre Paulo Affonso Leme Machado (2004) elenca um verdadeiro rol de mandamentos ambientais por ele trazidos e intitulados *Princípios Fundamentais de Direito Ambiental*. Nesse tratado, o autor procurou consignar, em dez rubricas, as garantias a uma vida saudável e a um ambiente ecologicamente adequado, através de políticas sustentáveis, cuja adoção torna-se evidente.

Ora, qualquer dano ao meio ambiente e qualquer agressão aos recursos ambientais geram danos ambientais, que podem se traduzir em *dano ecológico*, necessariamente, ainda que de maneira indireta, repercute sobre as pessoas, que interagem com esse meio ambiente e dele fazem partes, como componentes. Apesar disso, o dever de reparar a degradação ambiental não pode residir na existência concreta de um dano a uma só pessoa ou a uma pequena coletividade, mas, sim, na pura agressão ambiental, que, devido à sua natureza difusa, termina refletindo-se extrapatrimonial e patrimonialmente.

A atividade humana é pura fonte de degradação ambiental. Há, todavia, limites de tolerância. Com o objetivo de proporcionar a melhor definição destes limites da tolerabilidade, o legislador brasileiro, mais precisamente no art. 3º, inciso III da Lei 6938/81, ao definir poluição, expressou que a degradação ambiental pode ser resultante de atividades que, direta ou indiretamente:

a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; b) afetem desfavoravelmente a biota; d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio

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

Fato é que as agressões ambientais são efetuadas em bens ou recursos ambientais e os seres humanos desempenham um papel *sui generis* nesse processo, pois são em um só tempo os maiores culpados e as verdadeiras vítimas deste reflexo danoso. Dessa premissa resulta a perspicaz observação do professor Francisco Sampaio (2004), quando ele expõe que o caráter específico do dano ambiental deriva de atitudes humanas e contra eles se revoltam, de modo que, muito embora as interações homem-natureza não tenham preço, de suas degradações advém um custo alto.

Nesse sentido, a Lei 7347/85, ao passo que cuida em estabelecer as diretrizes da Ação Civil Pública, expõe que diante de um grupo indeterminado de pessoas, o dano deve ser reparado e os valores apurados, sempre que possível destinados a um fundo de reconstituição dos bens lesados.

Sob tal ótica, parece infinita a delimitação do dano ambiental, cuja estampa ora se define. Devido à sua abrangência assustadora, o conceito se alarga ao passo em que nela se penetra. Paulo de Bessa Antunes (2004), propondo-se a apurar os efeitos desta enorme degradação e, portanto, buscando o conceito do dano ambiental, apresenta uma concepção educativa e política como forma de preservação ambiental.

Ele informa, ainda, critérios qualificadores do Direito Ambiental, destacando o da reprimenda do ambiente agredido ao *status quo ante*, e critica o simples arbitramento de uma multa ao agressor. Em síntese, esse autor defende a idéia de uma sanção educadora e não apenas punitiva, no intuito de se efetivar a preservação ambiental, evitando o vilipêndio deletério dos recursos

naturais. Procura, pois, engendrar um sistema que zele pela conscientização das populações presentes, como forma de viabilizar as satisfações hodiernas sem olvidar das necessidades da sociedade vindoura.

Para alcançar tal finalidade, Paulo de Bessa Antunes estabelece um critério da compensação através do qual, cada área devastada deve ensejar uma outra recuperada. É uma solução lógica, apesar da dificuldade em se determinar uma área de recuperação que seja proporcional ao dano ocasionado. Tais fatos, atrelados ao simplismo com que expõe o tema, nos leva a discordar do renomado autor, apesar de sua notoriedade na doutrina jurídico-brasileira.

No que concerne à definição mais adequada acerca do dano moral ambiental, é oportuno que se frise aquela proposta por Américo Luís Martins da Silva (2005), no instante em que nos ensina:

Os danos morais ambientais difusos ou coletivos não têm qualquer repercussão no mundo físico, ao contrário dos danos materiais ambientais difusos ou coletivos. O dano moral ambiental difuso ou coletivo é de cunho subjetivo, à semelhança dos danos morais individuais. Nos danos morais ambientais difusos ou coletivos também se repara o sofrimento, a dor, o desgosto do ser humano. Só que o dano moral ambiental difuso ou coletivo é o sofrimento ou sentimento negativo suportado por diversas pessoas dispersadas em uma certa coletividade (dano moral ambiental difuso, em decorrência da dor coletiva), em vista de uma certa agressão ao meio ambiente.

Ora, em alguns casos, as áreas são diversas e a recuperação do ecossistema se mostra impossível, tanto que, nessas hipóteses, a solução unicamente viável é a determinação do *quantum debeat* a ser imposto ao agente danoso. Tal quantificação não prescinde do sopesamento das características específicas do ambiente degradado, para que seja possível estabelecer os moldes em que ocorrerá a compensação.

Na realidade, em matéria de compensação ambiental, o que existe é uma grande e notável insegurança, que perturba e incomoda bastante o espírito de qualquer cidadão afeito ao tema e, sobretudo, o dos juristas que laboram sob tal areal movediço. Sobre o tema, leciona Sílvio de Salvo Venosa (2007):

Qualquer indenização não pode ser tão mínima a ponto de nada reparar, nem tão grande a ponto de levar à penúria o ofensor, criando para o estado mais um problema social. Isso é mais perfeitamente válido no dano moral. Não pode igualmente a indenização ser instrumento de enriquecimento sem causa para a vítima; nem ser de tal forma insignificante ao ponto de ser irrelevante ao ofensor, como meio punitivo e educativo, uma vez que a indenização desse jaez tem também essa finalidade.

A tutela do dano ambiental abarca toda agressão contra o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Por essa razão, é cabível que se inclua, nas arestas do dano ambiental, o reconhecimento dos danos subjetivos, sentidos por toda a população. De acordo com as diretrizes doutrinárias e jurisprudenciais ora vigentes, em que pese ser ilimitada abrangência do dano, os critérios existem em condições

insuficientes. Em cada caso específico, diferentes reações podem surgir ante à agressão ambiental e em todas elas é possível a identificação do dano moral ambiental.

Na busca pela delimitação deste dano, Sedin (2003) procura conceituar o que seja dano ecológico e, após ponderações respaldadas na doutrina, citando inclusive Canotilho (1998) que define dano ecológico como sendo *a alteração causada pelo homem das qualidades físicas, químicas ou biológicas dos elementos constitutivos do ambiente*, conclui que, apesar da autoridade dos conceitos postos, têm todos eles por insuficientes e, assim, apresenta uma delimitação negativa do dano ecológico. Aquele autor, mui sabiamente elucida:

Trata-se, também, da solução prevista na Convenção de Lugano, onde se definem os danos ressarcíveis como todas as perdas e danos resultantes da alteração do ambiente na medida em que não sejam considerados danos às pessoas ou aos bens.

Importa, contudo, notar que este tipo de critério encerra a mesma deficiência já apontada às delimitações naturalísticas do objeto do dano ecológico: não permite a identificação do bem jurídico protegido, pelo que não possibilita a determinação do dano jurídico.

Na verdade dos critérios negativos referidos só permitem saber o que não é dano ecológico, e não o que é o dano ecológico.

Neste diapasão, o renomado autor prossegue em suas pondera es e acaba por destacar a existência de bens ecológicos e patrim nios naturais, identificando ali o direito ao uso destes bens, inclusive para fins recreativos e est ticos, conforme podemos observar no fragmento abaixo colacionado:

Uma outra idéia que importa realçar desde já acerca dos bens ecológicos e do patrimônio natural   que tais bens podem ser considerados sob dois ângulos substancialmente diversos: a sua capacidade funcional ecológica e a sua capacidade de uso ou de aproveitamento humano, que   múltipla (alimentar, energética, científica, recreativa e est tica). Correspondem a todas as possíveis rela es de utilidade da natureza para o homem.

A busca pela qualifica o do dano esbarra, pois, em sua própria abrangência, determina o e especifica o. E, nesse contexto, aquilata-se uma regra de ouro: primeiro   preciso saber o que reparar para depois buscar a efetiva repara o.

Edis Milaré (2004), em explana o sobre o assunto, embora reconheça o alto grau de dificuldade que permeia a matéria, aventura-se na defini o do dano ambiental:

As expressões *dano* e *ambiental* são cobertas de ambigüidade. De qualquer modo, podemos dizer que dano ambiental   a lesão aos recursos ambientais, com conseqüente degrada o - altera o adversa ou *in pejus* - do equilíbrio ecológico.

Prossegue o autor, afirmando que este dano atinge as vítimas pulverizadamente, justamente pela conformação que o Direito dá ao bem ambiental (bem de uso comum do povo). Também, faz menção ao alto nível de dificuldade enfrentada pelos juristas no momento de quantificar a sanção, assim como da complexidade que se avoluma sobre a matéria.

Apesar de os estudos sobre os danos ambientais abordarem, via de regra, casos concretos e os modos de sua reparação, a dificuldade de localizar critérios seguros de quantificação do dano ambiental sinaliza os melindres da reparação. É certo, entretanto, que o dano ambiental exorbita a esfera da reparação do prejuízo patrimonial, sendo mais complexa não apenas a sua conceituação como também, e principalmente, a sua própria reparação.

É pouquíssimo provável, para não dizer impossível, se alcançar o estado que havia antes, quando da ocorrência de um dano ambiental. A reposição de uma árvore previamente derrubada dificilmente irá repor o estado anterior, posto que, no tempo a ser percorrido até seu amadurecimento, já haverá ocorrido o prejuízo àqueles que ali habitavam.

A extinção de espécies vegetais ou de outros seres vivos qualquer, jamais é recuperada em sua totalidade e, mui dificilmente, o ecossistema será reavivado tal como fora noutro. Rompe-se uma cadeia cuja reorganização demanda uma grande quantidade financeira e energética. Essa reparação, por mais que mitigue a ocorrência de danos sucedâneos, sempre provoca impactos sensíveis.

Rebello (1998) afirma em sua obra, ao tratar dos mecanismos indenizatórios, que a indenização é o modo mais comum de compor o prejuízo ambiental, embora existam outras formas de reparação.

No mesmo sentido, salienta José Afonso da Silva (2006) que nem sempre a mera composição monetária é satisfatória. O lançamento de poluentes no rio, causando a morte dos peixes, por exemplo, é um grave dano ecológico que não se satisfaz com a mera indenização monetária (às vezes não se sabe sequer qual o montante a pagar).

Sob tal contexto, os recursos financeiros devem ser entendidos como ícones figurativos, posto que o desejado não seja tornar rico o meio ambiente e sim adequá-lo ao desenvolvimento vital. Nessa relação jurídica, o dinheiro deve ser simbólico, apenas representando os valores exigíveis para que o dano seja, de fato, reparado.

Não se pretende, através da confirmação de um dano moral ambiental, arrebatando grandes fortunas para o aparelho do Estado, tampouco sancionar penas que levem à falência ou desastre aqueles cujas condutas interfiram negativamente no meio ambiente. O que se pretende, e se espera, é que haja uma conscientização ecológica, como forma de minimizar os danos causados e de se alcançar uma vida digna, tanto no presente quanto no porvir.

A indenização por dano moral é arbitrável, mediante estimativa prudencial que leve em conta a necessidade de, com a quantia, satisfazer a dor da vítima. Não se trata de um valor que se submete ao livre talante do julgador, sem quaisquer critérios. Até porque deve o juiz, consoante o disposto no art. 458 do CPC, fundamentar, na sentença, a sua decisão.

O que se almeja com a indenização, de fato é o restabelecimento do equilíbrio no mundo fático rompido pelas conseqüências da ação lesiva.

É notória a dificuldade de se fixar o *quantum* indenizatório, pois é difícil mensurar a lesão a bens imateriais, visto que cada pessoa sente diferentemente do outro, o que não significa dizer que o *quantum* indenizatório atribuído a uma pessoa rica deva ser maior

ao dado a uma pessoa pobre. O esperado é que o dano moral seja reparado na proporção da lesão provocada, sendo justo que um dano mais lesivo seja reparado com mais gravosidade, cujo montante, também, deverá ser delimitado pelo grau de culpa do responsável pela conduta nociva.

Além disto, o dano moral não pode ficar sem reparação sob a alegação que não pode ser valorado e, neste particular, o professor Moacir Luiz Gusso (2001) elucida:

Não se exige uma exata e eqüitativa reparação, mas que simplesmente pareça justa e razoável para cada caso. O problema da dificuldade na determinação do quantum debeatur não poderá vulnerar o direito em si, existente e indenizável.

Por essa razão, o julgador não poderá deixar de ordenar a indenização do dano moral, tampouco basear tal diligência na dificuldade de auferir o quantum indenizável. Caso fosse permitida tal conduta jurisdicional, findava-se, premiando o ofensor, que, nessa relação jurídica fático-processual, não é personalidade digna de galardões e aplausos.

A própria Constituição, em seu art. 225, § 2º, impõe a obrigação de recuperar o meio ambiente degradado àquele que explore recursos minerais. Em tais casos não é satisfatória a simples indenização monetária do dano, sendo exequível sua recomposição, de acordo com a solução técnica determinada pelo órgão público competente. Para isso, pressupõe que haja um Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e seu respectivo Relatório (RIMA) cuja finalidade, dentre outras, é traçar previamente a solução técnica adequada à recomposição do ambiente impactado.

Edis Milaré (2004), delineando ensinamentos acerca do exposto, conclui que nem sempre é possível, no atual estágio de conhecimento humano, o cálculo da totalidade do dano ambiental e

de sua compensação. Além disso, atribui a complexidade do fato à própria afirmação do dano moral coletivo, a ser auferido em conjunto com os danos patrimoniais também difusos:

Cabe perguntar: quanto vale, em parâmetros econômicos, uma espécie que desapareceu? Tal situação, que nunca foi das mais simples, tornou-se ainda mais complexa com o advento da Lei n. 8.884/94 que, em seu art. 88, alterou o caput, do art. 1º, da Lei n. 7.347/85, ensejando que também os danos morais coletivos sejam objeto das ações de responsabilidade civil em matéria de tutela de interesses transindividuais. Sem dúvida, essa possível cumulação dos danos de ordem moral e patrimonial originários do mesmo fato torna mais difícil ou até improvável uma avaliação criteriosa.

Reitera-se que, ainda, a melhor forma de quantificar o dano é tê-lo em sua menor expressão possível, o que apenas se viabiliza através da utilização de meios e métodos de conscientização coletiva, ou seja, da preservação ambiental. É a educação ambiental atuando com a responsabilidade de gerar sujeitos ecológicos para garantir a sobrevivência humana. Em acertada posição sobre o assunto, a docente Isabel Cristina de Moura Carvalho (2004), afirma:

Quando se questiona as matérias de Educação Ambiental, na realidade, se procura tratar de um combate ao mesmo tempo interno e externo, no qual à reorganização das áreas e das formas de relacionar os conhecimentos corresponde a reestruturação de nossa própria maneira de

conhecer e nos posicionar perante o conhecimento, desfazendo-nos dos condicionamentos históricos que nos constituem.

A crise ambiental, de certa forma, alimenta esses questionamentos epistemológicos e desacomoda os modos já aprendidos de pensar da racionalidade moderna, ao expor a insuficiência dos saberes disciplinar e reivindicar novas aproximações para que se compreenda a complexidade das inter-relações na base dos problemas ecológicos.

Em virtude da crise ambiental que já se afigura, não restam dúvidas de que a preservação é indispensável. Todavia, efetivado o dano ambiental, há que ser considerado, na esfera difusa de interesses, o custo necessário para perfeita recomposição do ambiente afetado.

Do exposto, é solar o seguinte remate: Não se deve apenas olhar para a vegetação, as árvores derrubadas ou que sofreram queimadas. Não se pode atentar apenas para a fauna, a flora, as águas, o ar e as áreas de proteção. Faz-se imperioso considerar não apenas o fato em si como também o tempo ao longo do qual a população esteve tolhida da fruição do meio ambiente sadio e equilibrado.

Nesse diapasão, entende-se que, no instante de se apurar as conseqüências de um determinado dano ambiental, é imprescindível a averiguação da importância daquele bem para a comunidade circunvizinha. Uma vez analisados o tempo em que esteve indisponível e a importância do patrimônio ambiental

afetado, poderão ser ponderados os impactos de tal devastação sobre a população – o dano moral ambiental.

4.2 A Afirmação do Dano Moral Ambiental

A pretensão do presente trabalho deságua na prova da existência de um dano superior, um dano maior, alheio à questão da pura devastação de um bem, cuja existência atinge aos titulares dos direitos difusos por excelência, quais sejam todos nós.

Afirmar este Dano Moral Ambiental, a princípio, parece tarefa complexa porque muitos estudiosos e notadamente aqueles que lidam com o direito ambiental, na maioria das vezes, calam-se diante de sua existência. Não obstante tal assertiva, nos parece certo que a doutrina e jurisprudência começam a mover-se em direção oposta à inércia. Muitos são os julgados, nacionais e internacionais, que têm sido decididos com fulcro na existência do supracitado dano (VIDE ANEXOS). São novas perspectivas que surgem como forma de acompanhar o desenvolvimento social sem desatender aos preceitos constitucionalmente formulados. Em explanação acerca do tema, Delgado (2006):

As atividades das indústrias criadas afetaram o direito de gozo pelas populações das condições benéficas dos fatores da natureza à saúde e ao bem-estar do homem. Esse direito, difuso por excelência, haja vista atuar em campo de expansão da individualidade, despertou a necessidade de ser amplamente protegido. A ciência jurídica, consciente dessa realidade, tem estabelecido regras para impedir a lesão ao meio ambiente, bem como, impondo responsabilidade civil a quem for autor do dano, quer de natureza material, quer de

natureza moral. *Idem* responsabilidade administrativa e responsabilidade penal.

É óbvia a necessidade de se considerar, especificamente, tais lesões e as condutas danosas a elas correlatas, mas não é interessante que o jurista, seja o doutrinador, seja o próprio magistrado, concentre seu olhar apenas a elas, encerradas *di per si*. Tais lesões devem ser observadas em razão do próprio homem, posto que, ao atingir uma espécie, um local de proteção ambiental ou qualquer outro componente da teia ambiental, as conseqüências dessas atitudes, irremediavelmente, terminam repercutindo na órbita dos seres humanos, sutil ou catastróficamente. Eis o que a doutrina tem apontado como regra, em consonância a uma visão antropocêntrica.

Dimensionar os efeitos causados por um dano ambiental é praticamente impossível, posto que os resultados mediatos e imediatos sejam imensuráveis. É possível que se visualizem algumas de suas expressões, mas é pouco provável que se descubra uma fórmula perfeita a abranger todo o núcleo ecologicamente atingido. Segundo Freitas (2003):

A lesão ao meio ambiente é totalmente diversa de um dano comum. Realmente, a idéia de dano vem sempre ligada à de prejuízo, e nos exemplos clássicos ele é facilmente quantificável. Um muro destruído, um automóvel abalroado, até mesmo uma lesão corporal pode ser calculada sem dificuldades. Porém, tudo se torna muito mais complexo quando a tarefa é estimar prejuízo ao meio ambiente.

Apesar da dificuldade, é necessário quantificar o dano decorrente da conduta agressiva. Na ótica da apreciação da

responsabilidade dos causadores da degradação ambiental, o prejuízo social subjetivo causado aos titulares deste interesse, difuso por excelência, deverá ser auferido sempre em proporcionalidade à lesão ocorrida, ao tempo de sua ocorrência e aos impactos promovidos em cada indivíduo prejudicado.

Não se pode permitir que a atividade nefasta, insana e inconseqüente de alguns, guiados por interesses evidentemente econômicos, retire de toda uma população o direito de pleno gozo e usufruto dos bens que lhes foram naturalmente disponibilizados. Isso posto, considera-se justa e necessária a determinação do preço a ser imputado àquele que cometera a conduta (ação/omissão), verdadeiro crime ambiental.

Ora, em um Estado Democrático de Direito, legalmente, os homens devem ser livres, agindo e direcionando seus comportamentos para as finalidades que mais lhes aprouver. Contudo, a manifestação de tal liberdade deverá ser freada ante aos direitos de outros também serem livres. Há, e importante que assim seja, limites à liberdade humana. Uma vez extrapolados tais limites, cogita-se a responsabilidade do sujeito do dano, a quem será imposta uma sanção legal. A liberdade existe, mas, para as manifestações notadamente irresponsáveis, é estabelecido um justo preço.

Por isso é que, além da simples recuperação do local degradado, é importante o cômputo dos impactos provocados junto à população. São tremendas as conseqüências que surgem quando se privam os homens do saudável usufruto de um determinado bem. Esta privação, fruto de conduta humana ilícita, retira da humanidade mais do que patrimônios universais; retira saúde e qualidade de vida; Mitiga o acesso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e, por tudo isso, o degradador deverá ser responsabilizado.

Em nosso ordenamento jurídico, a Constituição Federal assevera como princípio basilar, fundamento de nosso Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana. O art. 225 de nossa *Lex Legum*, conforme visto expõe que o meio ambiente equilibrado é um bem, um patrimônio de todos nós, de uso comum e que, portanto, deve ser preservado. Assim, se estivermos a perder a possibilidade do uso deste patrimônio, por ato de agente degradador, é mister que este, independentemente de culpa ou dolo, deva arcar com tal prejuízo.

A impossibilidade de reposição não isenta o agente do dever de indenizar, seja em espécie ou através de pecúnia, recuperando, a exemplo, um espaço degradado, ou outro qualquer que careça de recuperação.

Na saga por subsídios para a comprovação deste dano ora analisado, ressaltou-se uma brilhante discussão encerrada nas vias administrativas do Ministério Público paulista, contexto no qual Hugo Nigro Mazzilli (2000) se pronunciou:

Entretanto, mesmo que esteja havendo recuperação natural do meio ambiente degradado, houve violação do Direito, suscetível de indenização. Assim como a natureza se encarrega de reparar as pequenas lesões corporais, também os pequenos danos ambientais, ainda que passíveis de recuperação espontânea pela natureza, nem por isso deixam de ser violações indenizáveis - e o produto da indenização deve reverter para o Fundo de que cuida o art. 13 da Lei n. 7.347/85.

Assim como no direito penal, no direito ambiental é necessário construir uma teoria

de preven o geral positiva que busque desenvolver a confiança do cidadão nas normas concretas:   uma teoria de preven o geral (trata da popula o como um todo) e   positiva, porque não   dissuasória (negativa) e sim meta positiva, ou seja, a constru o de uma consciência de normas - no sentido de preserva o do habitat do ser humano, não são para a atual como especialmente para as futuras gera es.

Torna-se, pois, imperioso não apenas reprimir; como dissuadir, com a certeza da aplica o da lei.

Nessa esteira, em artigo sobre o assunto, a professora Helita Barreira Custódio, ao analisar a tradicional classifica o do dano ressarcível, asseverou que o dano ambiental, em virtude de suas peculiaridades, não se classifica nem como dano patrimonial (ou material), nem como dano não patrimonial (ou moral), sendo, na verdade, um *tertium genus* entre um e outro, caracterizando o que ela chamou de dano público ambiental ou dano biológico.

Apesar da propriedade de quem afirma, somos levados a discordar do entendimento da professora Barreira, por acreditarmos que há, sim, um dano moral ambiental, sem prejuízo de um outro dano de natureza material. Refutamos, pois, a visão deste dano como *tertium genus*, por não enxergarmos razoabilidade na argumenta o.

O que existe, na verdade,   um dano moral coletivo, difuso por excelência, do qual se irradiam uma miríade de espécies. Dentre elas, destacamos o dano moral ambiental, que  , a um são tempo, englobador de pluriindividualidades e extrapatrimonial. Em brilhante

exposição sobre o tema, o procurador do Ministério Público do Rio Grande do Norte, Xisto Tiago de Medeiros Neto (Neto, 2008) assevera:

O dano moral coletivo corresponde à lesão injusta e intolerável a interesses ou direitos titularizados pela coletividade (considerada em seu todo ou em qualquer de suas expressões – grupos, classes ou categorias de pessoas), os quais possuem natureza extrapatrimonial, refletindo valores e bens fundamentais para a sociedade.

Por tudo isso, é evidente que se devem buscar meios reparatórios, configurando-se justa e leal a saga pela quantificação dos custos para a recomposição da lesão ambiental sofrida. Uma vez reparado o bem em níveis aceitáveis, sabe-se que o dano moral permanece, e há de ficar marcado indelevelmente na memória daqueles que por ele foram atingidos. Tal entendimento se coaduna às lições daqueles doutrinadores que afirmam a existência do dano moral coletivo e, conseqüentemente, do dano moral ambiental, que, de igual modo, atinge a honra das pessoas. No prefácio da obra capitaneada pela professora Maria Helena Diniz (2004), encontramos:

A honra – sentenciou ARIOSTO – está acima da vida. E a vida – pregou VIEIRA – é um bem imortal: a vida, por larga que sejam os dias contados; a fama, por mais que conte os anos e os séculos, nunca lhe há de achar conto, nem fim, porque os seus são eternos. A vida conserva-se em um só corpo, que é o próprio, o qual, por mais forte e robusto que seja; por fim se há de resolver em poucas cinzas: a fama vive nas almas, nos olhos, na

boca de todos, lembrada nas memórias, falada nas línguas, escrita nos anais, esculpida nos mármores e repetida sonoramente sempre nos ecos e trombetas da mesma. Em suma, a morte mata, ou apressa o fim do que necessariamente há de morrer; a infâmia afronta, afeia, escurece e faz abominável a um ser imortal; menos cruel e mais piedosa se o puder matar.

É importante que se consigne uma distinção entre o dano moral individual e aquele provocado em níveis coletivos, sentido por todas as pessoas que vivem em plena interação com aquele meio ambiente, objeto da conduta danosa.

Já repousa tranqüila, na doutrina e jurisprudência, a existência do dano moral percebido pelo indivíduo. Hoje, este dano figura da práxis forense e ocupa lugar de notável foco midiático; Tempos atrás, fora combatido pela doutrina negativista absoluta, que não lhe reconhecia valor e a esta modalidade de dano cerrava os olhos. Tal doutrina, que preleciona a inexistência de reparação econômica aos danos morais, considera que o vexame, as inibições e qualquer espécie de dor sentida pelo ser humano, quando da lesão de um direito seu, são elementos insuscetíveis de serem pagos com o dinheiro. Seus teóricos afirmavam que apenas em uma visão grosseiramente materialista da vida se poderia ressarcir os danos não patrimoniais.

Houve progressão na mentalidade jurídico-doutrinária de forma que, na atualidade, as pretensões de danos morais são legalmente aceitas, estando consignadas, inclusive, em normas constitucionais. Pacificamente, doutrina e jurisprudência enxergam os danos morais no rol de direitos fundamentais do homem. Tê-los em comunhão com danos patrimoniais também é perfeitamente possível, fato já consolidado, inclusive com orientação do Superior

Tribunal de Justiça através da Súmula nº. 37, que sintetiza o entendimento do Egrégio Tribunal através das palavras: “*são cumuláveis indenizações por danos materiais e morais oriundas do mesmo fato*”.

Ante o exposto, uma questão precisa ser esclarecida: o dano moral individual, não pode ser confundido com o dano moral ambiental, difuso por sua própria natureza. Nada impede que uma degradação ambiental ocasione um prejuízo moral para um indivíduo, mas isto não configura, necessariamente, um dano moral ambiental. A última hipótese só se torna evidente quando alcança, deletariamente, um número indeterminado de pessoas, devendo ainda ser considerado o tempo de duração a que estiveram submetidas as pessoas e a importância do ambiente prejudicado para a vida daqueles que sintam lesionados.

Um exemplo mui didático e elucidativo sobre a grandiosidade do problema nos é fornecido pela estudiosa Daniela Rodrigues (2005) quando ela nos convida a imaginarmos uma restrita área de proteção ambiental, situada no interior de uma pequena propriedade rural, no perímetro urbano de uma cidade.

Esta área fora tida como reserva ambiental, porém, os proprietários daquelas terras continuam dedicando todo o cuidado necessário para a preservação do ambiente. Há espécies raras que ali se reproduzem, livres na natureza, animais, alguns deles ameaçados de extinção. É propriedade que vem passando de geração em geração, dentro do mesmo âmbito familiar, além de ser orgulho e ponto de referência da cidade que, com acesso francamente liberado tem o local como área comum, visitada e utilizada

para passeios, caminhadas, enfim para sadia qualidade de vida.

Este local fora atingido por uma forte descarga de componentes químicos altamente tóxicos lançados por uma usina, na nascente de rio que deita seu caminho ao longo da área de preservação. A água, ora tóxica, fez com que peixes, animais e plantas pudessem; a alteração climática fora verificada e os animais desapareceram.

O agente degradador iniciou ainda a derrubada de algumas árvores ao redor da propriedade a fim de expandir seus negócios e, em seguida, ateou fogo que, inexoravelmente, atingiu a área de proteção ambiental e devastou-a por completo.

Não podemos negar o dano moral sentido por aquele senhor, proprietário da área que acabou por desenvolver um sentimento íntimo por aquele local, um local que lhe trazia um significado maior, um bem de família, ali destruído. Eis o dano moral individual, tradicionalmente celebrado por nossos tribunais.

Contudo, perguntamos: como ficam os sentimentos de toda a população daquela cidade, que notavelmente presenciou a agonia de animais, a morte dos peixes, a devastação total das árvores consumidas pelo fogo? Foge ao direito esta situação? Essa dor coletiva, de toda população, não há

de se dizer em reparação? Um bem de uso comum, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, fora devastado, arrasado. Nenhum equivalente lhe será auferido?

Na busca pelas perguntas suscitadas pela autora, terminamos por concluir que, muito provavelmente, a população talvez não possua outro local para desfrutar da natureza, do bem estar, do bem viver. Por tudo isso, esta subtração há de ser quantificada e nas palavras de Leite (2000):

Assim como o dano moral individual, também o coletivo é passível de reparação. Isso pode ser depreendido do próprio texto constitucional, no qual não se faz qualquer espécie de restrição que leve à conclusão de que somente a lesão ao patrimônio moral do indivíduo isoladamente considerado é que seria passível de ser reparado. Além disso, a legislação ordinária vem dando mostras de que *amens legislatoris* foi exatamente dar ao disposto nos incisos V e X, do art. 5º, da Lei Maior, a abrangência mais ampla possível, alcançando, inclusive, o dano moral causado à coletividade ou a certos grupos de indivíduos.

Por essa razão, o dano moral ambiental configura-se como difuso. A conduta ilícita alcança um número indeterminado de pessoas e o sofrimento provocado pela degradação perturba a todos eles, que ficarão privados da utilização daqueles bens naturalmente seus, por um tempo determinado ou *ad infinitum*.

Deverá o degradador indenizar os danos patrimoniais expurgados ao meio ambiente, em simultaneidade à compensação

do dano extrapatrimonial: difuso, englobador, moral e ambiental. Sampaio (2004) assevera que esta faceta do dano ambiental decorre de danos sociais e, assim, os qualifica:

Estes danos devem estar consubstanciados no tempo durante o qual a sociedade fica privada da fruição dos recursos naturais lesados e das circunstâncias benéficas que tais recursos, em conjunto com os demais, lhe proporcionavam. A condenação imposta ao causador de danos ambientais pode determinar, portanto, que seja paga indenização pelos referidos danos sociais. A Constituição Federal assegura a todos o direito a meio ambiente ecologicamente equilibrado, de forma que aquilo a afetar tal equilíbrio, vulnera direito difuso constitucionalmente consagrado, impondo-se que seja o causador do dano obrigado a reconstituir o equilíbrio antes existe, in natura ou mediante o pagamento de indenização, além de ser ele obrigado a prestar indenização à coletividade pelo tempo durante o qual houver que suportar o desequilíbrio ecológico e todos os prejuízo que isso representa.

Conforme supracitado, ao degradador deverá caber algo mais, além da mera obrigação em buscar o retorno àquilo que existia antes da ocorrência do dano. Não importa apenas que busque o *status quo ante*, que, via de regra, é quase impossível de se alcançar; é preciso que ele assuma as conseqüências decorrentes de suas atitudes ilícitas e danosas. Em virtude de ter

agido irresponsável ou maliciosamente, deverá repor as perdas coletivamente sofridas. O sujeito ativo do dano, em que pese a liberdade de suas ações, deverá responder pelos prejuízos causados à natureza e à coletividade. De acordo com as escorreitas palavras de José Rubens Morato Leite (2000), tem-se:

A dor, em sua acepção coletiva, é ligada a um valor equiparado ao sentimento moral individual, mas não propriamente este, posto que concerne a um bem ambiental, indivisível, de interesse comum solidário e relativo a um direito fundamental de toda coletividade.

Trata-se de uma lesão que traz desvalorização imaterial ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e, concomitantemente, a outros valores inter-relacionados como a saúde e a qualidade de vida. A dor, referida ao dano extrapatrimonial ambiental, é predominantemente objetiva, pois se procura proteger o bem ambiental em si (interesse objetivo) e não o interesse particular subjetivo. Outrossim refere-se, concomitantemente, a um interesse comum de uma personalidade em sua caracterização coletiva .

Parece imperioso mencionar que não poderemos confundir o dano ambiental patrimonial com o dano moral ambiental. De acordo com Rodrigues (2005), as repercussões físicas nos bens ambientais, a destruição de uma mata, o desaparecer de uma espécie e até mesmo as repercussões sobre os indivíduos decorrentes da degradação ambiental, isto tudo, é dano patrimonial – sensível e palpável, que, obviamente, deverão ser indenizados.

Todavia, sob outro prisma, há de ser considerado o dano moral exsurgido do ato ilícito. Ele se faz sentir através de duas vertentes: a primeira delas se manifesta através da dor coletiva, do sentimento de angústia, da comoção em virtude da degradação. A segunda reside na privação da população da possibilidade de fruição e gozo de um patrimônio natural ecologicamente equilibrado - fonte de vida e bem de uso comum do povo. Eis o que defendemos como dano moral ambiental, deveras passivo de indenização, em cuja tutela tem-se ocupado Ministério Público e Jurisprudências, nacional e internacionalmente (VIDE ANEXOS).

Paccagnella (2004), em artigo publicado sobre o tema, aponta critérios existentes para reparação do dano moral ambiental, e de forma sublime e escorreita analisa:

Ademais, anoto que a reparação do dano moral ambiental é autônoma, em relação à reparação do patrimônio ambiental. Ainda que o dano patrimonial seja reparado por indenização (no todo ou em parte, por irreversibilidade técnica da degradação), outra indenização será devida pelo dano moral ambiental. A avaliação econômica do dano moral ambiental, tal como se dá no dano moral individual, deve ser feita por arbitramento. Primeiro pelo autor, na inicial. Afinal, pelo juiz, na sentença.

Aliás, vale lembrar que se dificuldades existem para o arbitramento do dano moral ambiental, elas são semelhantes àquelas referentes ao dano moral individual. Nem por isso a criatividade da jurisprudência deixou sem solução os casos concretos, no âmbito individual.

Para o arbitramento de valor ao dano moral individual, a jurisprudência construiu uma combinação de critérios, a saber: intensidade da culpa ou dolo; extensão do prejuízo; capacidade econômica e cultural do responsável; necessidade de ser desestimulada a reiteração da ilicitude.

Não há razão para maiores inovações dessa consolidada construção, no âmbito do dano moral ambiental. Cabe ao operador do Direito, portanto, sopesar no caso concreto: a intensidade da responsabilidade pela ação ou omissão, inclusive pelo exame do proveito do agente com a degradação; a condição econômica e cultural do degradador; valor suficiente para prevenção de futuros danos ambientais.

De igual modo, o mestre Américo Luiz Martins da Silva (2006) reitera que o requisito da existência do dano moral ambiental difuso é, justamente, a existência da comoção popular localizada ou identificável, bem como da ofensa ao sentimento coletivo causada pela agressão ao meio ambiente. O autor ressalta, ainda:

Outrossim, a unanimidade ou do grupo social não é condição *sine qua non* para a caracterização do dano moral ambiental difuso ou coletivo; basta, pois, que a agressão ambiental provoque sentimento negativo disperso em considerável número de pessoas.

4.3 A Normatividade do Dano Moral Ambiental

A Lei de Ação Civil Pública, delimitando seu objeto de tutela, assegura proteção jurisdicional ao meio ambiente, aos consumidores, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, às infrações de ordem econômica e à qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

Esta espécie normativa apenas principiou na defesa de um dano moral ambiental quando da publicação da Lei Antitruste (Lei 8.884/94), que alterou o art. 1º daquela, inovando em nosso ordenamento jurídico e aproximando-o com as doutrinas mais modernas, no Direito Comparado.

Tem-se que o dano moral é algo intrínseco à pessoa, sujeito de deveres e direitos. Sendo pessoas, possuem emoção, de modo que a tutela dessa moral ambiental passa pela defesa desses sentimentos. O dano moral ambiental não é palpável, mas existe dentro de cada um de nós, podendo crescer a ponto de causar comoção social, fruto do desgaste emocional advindo dos desastres ecológicos.

No instante de prolatar a decisão judicial, deverá o magistrado valer-se de critérios de equidade, tal qual ocorre nos chamados danos morais individuais. Caso a caso, deverá este dano ser objeto da tutela inicial e, ao final, arbitrado pelo Poder Judiciário, em uma efetiva compensação pelo prejuízo sofrido. Os recursos com ele auferidos devem ser destinados ao fundo de reparação, previsto na Lei de Ação Civil Pública, de forma que, nesta matéria, é tal a lição de Sampaio (2004):

Se a recomposição integral do equilíbrio ecológico, com a recomposição da situação anterior ao dano, depender, pelas leis da natureza, de lapso de tempo prolongado, a coletividade tem direito subjetivo a ser indenizada pelo período que mediar entre a

ocorrência do dano e a integral reposição da situação anterior de equilíbrio ecológico e fruição do bem ambiental atingido.

É cediço que qualquer desastre ou acidente ambiental pode resultar em dano moral às sociedades, sendo certo que o degradador, além de ser obrigado a reconstituir o bem, *in natura* ou de forma indenizatória, também deverá arcar com este dano que a população fora obrigada a suportar.

Já se tem visto na doutrina que cuida do dano moral o reconhecimento dessa violação à coletividade. Preleciona Yussef Cahali (2005) que o dano moral já vem se afastando apenas daquele sentimento exclusivo de dor interior para encontrar outras realidades. O dano moral ambiental, nos moldes ora definidos, é composto tanto da dor moral, do sentimento de abalo causado à toda população, como também daquela situação na qual a coletividade fica privada da fruição do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Sobre tal entendimento, se manifesta Cahali (2005):

(...) esvaindo-se paulatinamente o dano moral, na sua versão mais atualizada, de seus contingentes exclusivamente subjetivos de dor, sofrimento, angústia, para projetar objetivamente os seus efeitos de modo a compreender também as lesões à honorabilidade, ao respeito à consideração e ao apreço social, ao prestígio e à credibilidade nas relações jurídicas do cotidiano, de modo a afirma-se a indenizabilidade dos danos morais infligidos às pessoas jurídicas ou coletivas, já se caminha com fácil trânsito, para o reconhecimento da existência de danos morais reparáveis.

Discorrendo sobre o assunto, José Rubens Morato Leite (2000), após afirmar a existência deste dano, a que denomina dano extrapatrimonial, assevera que eles não repercutem apenas na esfera íntima das pessoas, extrapolando tal órbita até alcançar a relação destas pessoas com o meio em que vivem:

Isto é, aquele que atinge valores imateriais da pessoa ou da coletividade, como, por exemplo, ao degradar o meio ambiente ecologicamente equilibrado ou a qualidade de vida, como um direito intergeracional, fundamental e intercomunitário.

Por atingir a coletividade, alguns diplomas legais genéricos - de eficácia social - dentre os quais se pode destacar o Código de Defesa do Consumidor, ao tratar dos direitos dos consumidores, lhes assegura a indenização por danos materialmente e moralmente sofridos.

Destarte, o Código de Defesa do Consumidor dispõe, expressamente, acerca da possibilidade de indenização por danos morais e, ao final, assevera sua aplicabilidade a todos os interesses difusos e coletivos. Faz-nos concluir pela existência expressa e legal no sentido da reparação dos danos morais ambientais. Ou seja, através de um processo de Hermenêutica sistemática, atesta-se a possibilidade do dano moral ambiental, fato já estampado por Mazzilli (2000):

Segundo o art. 6º do Código de Defesa do Consumidor, que a propósito não apresenta rol taxativo, são direitos básicos do consumidor: g) o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou à reparação de danos

patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados.

Reitere-se nossa Carta maior, em seu art. 225, quando trata da temática ambiental e em seu art. 1º, ao mensurar a importância do princípio da dignidade da pessoa humana para nosso ordenamento jurídico. Constitucionalmente, foi aberto um espaço para a discussão e tutela dos danos morais ambientais, todavia, além desses dispositivos, tal possibilidade pode também ser auferida na análise da Lei de Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, que apesar de serem espécies normativas extravagantes, proporciona e mantém a tutela do dano citado alhures.

Interna corporis, a esse respeito firmou entendimento o Ministério Público paulista. Súmula nº. 3:

O Ministério Público tem legitimidade para ajuizar ação civil pública visando à contrapropaganda e a responsabilidade por danos morais difusos.

Fundamento: A contrapropaganda é uma das medidas que o Código de Defesa do Consumidor coloca à disposição dos legitimados à defesa de interesses difusos, para o combate da publicidade enganosa ou abusiva (art. 6º). Tratando-se conceitualmente de defesa de interesses difusos, incontestável a legitimidade do Ministério Público para propor a ação coletiva de que cuida o Código do Consumidor (ou a ação civil pública, na terminologia da Lei 7.347/ 85), com o

objetivo de obter contrapropaganda, quando necessário; igualmente, também inequívoca sua legitimidade para promover a responsabilização dos eventuais causadores de danos morais difusos.

Consoante os ensinamentos do ministro Delgado (2006), a interpretação da legislação aplicada à responsabilidade civil por dano ambiental tem merecido estudos freqüentes dos doutrinadores, tendo em vista os seus reflexos no patrimônio do poluidor e a necessidade da criação de mecanismos que contribuam para diminuir a sua prática.

Nesse ínterim, dentre aqueles que têm demonstrado interesse com a interpretação das regras voltadas para a responsabilidade civil por dano ambiental, é possível destacamos, Bruno Torquato de Oliveira Naves, que em artigo sobre a interpretação da responsabilidade civil por dano ambiental, lança idéias dignas de serem conhecidas na íntegra:

A adoção da teoria objetiva no Direito Ambiental não fez com que a aplicação da responsabilização civil nesse ramo fosse compreendida. Muito se evoluiu na busca da reparação do bem ambiental lesado, mas ainda estamos longe de atingir a reparação integral e muito disso se deve a má interpretação da responsabilidade civil dentro do contexto do Direito Ambiental.

Uma das principais formas de expressão do Direito são os princípios, que informam todo o sistema jurídico, direcionando interpretações corretas e constituindo-se das aspirações de uma determinada sociedade.

A leitura da teoria da responsabilidade civil deve ser conjugada com os princípios de Direito Ambiental, sobrelevando o interesse coletivo frente a interesses econômicos particulares, buscando a mais completa reparação do ambiente degradado.

Aplicar indenização pecuniária como forma de responsabilizar aquele que provocou o dano ambiental deve ser meio subsidiário de responsabilização. A forma primeira deve ser a recuperação do meio ambiente e só na impossibilidade desta reparação deve o agente indenizar a coletividade.

Assim, deve-se entender o Princípio poluidor-pagador como comando que traz ao poluidor a obrigação de reparar o dano causado por sua conduta, 'saldando' sua dívida para com a sociedade e restituindo o ambiente a seu estado anterior. Deve-se abandonar a idéia de pagamento em dinheiro como forma principal de satisfação. A indenização em dinheiro deve ser subsidiária.

Também não se pode entender que o pagamento, isto é, a reparação ou indenização, torna legítima a atividade lesiva, pois sua finalidade é a punição do poluidor, desestimulando condutas danosas, e a reparação do ambiente degradado para menor prejuízo da coletividade. Assim, não cabe a afirmação 'poluo, mas pago', pois o caráter ilícito e reprovável permanece, devendo a sanção civil, a fim de evitar tal

assertiva, estabelecer uma sensível punição, de forma a desestimular a conduta lesiva.

A responsabilidade civil no Direito Ambiental, diferentemente da responsabilidade do Direito Civil, não visa à satisfação de um particular, mas de grupos indeterminados de pessoas que dependem das condições naturais para sobrevivência. Isso sempre deve ser levado em consideração na responsabilização do poluidor. Trata-se de direito público, com caráter notadamente coletivo.

A responsabilidade civil por dano ambiental, como se infere do art. 14, § 10, da Lei nº 6.938/81, é objetiva, isto é, não há que se provar culpa do poluidor. Para sua caracterização há que comprovar somente o evento danoso, a conduta lesiva e o nexo causal entre o dano e a conduta do poluidor.

Evento danoso é o fato que causou prejuízo ao meio ambiente. Exige-se que o prejuízo seja grave e não eventual, sendo esta uma noção temporal diferente da comum.

Assim é que a legislação nos apresenta contornos seguros e objetivos para o reconhecimento dos danos morais ambientais. A Lei de Ação Civil Pública, como principal instrumento, se ampara na Constituição Federal de 1988, seja por questões hierárquicas, seja pelo princípio da supremacia das normas constitucionais. Também, o dano que se traz à baila respalda-se em espécies normativas vigentes em sede de alguns de nossos órgãos públicos, bem como assenta seu fulcro no Código de Defesa do Consumidor, que sabemos ser uma importante ferramenta a favor de defesa dos

interesses metaindividuais. Está engendrada a normatividade do dano moral ambiental, conquanto tenhamos de concordar com os estudiosos Antônio José Teixeira Guerra e Sandra Baptista da Cunha (2006), no instante em que ponderam que:

Na realidade o que se verifica é que o encontro entre as ciências jurídicas e as ciências ambientais ainda não produziu um quadro teórico-conceitual nitidamente capaz de abarcar a complexidade que envolve o dano ambiental. No entanto, o desafio continua frente às demandas de correta caracterização, mensuração e valoração dos danos ambientais, imprescindíveis para a reparação do bem lesado ou indenização.

CONCLUSÕES

De todo o exposto, podemos concluir, nos tempos hodiernos, do surgimento de uma nova matéria no panorama da Ciência do Direito, exurgida sob a rubrica Direito Ambiental. Muito embora, avolume-se a importância da matéria ambiental no mundo jurídico, a escassez de livros, artigos e demais produções acadêmicas, sobretudo no que concerne ao dano moral ambiental, componente dessa seara jurídica, foi uma barreira que enfrentamos, a ponto de impossibilitar a elaboração do presente trabalho em níveis mais ambiciosos.

O direito ambiental revestiu-se de autonomia, de modo tal que lhe é assegurada uma categoria peculiar, que não se confunde nem com o direito público tampouco com o privado. A doutrina tem-na incluindo, juntamente a outras matérias, em uma terceira categoria de interesses protegidos, intitulados direitos coletivos *lato sensu*.

Modus in rebus, fiel aos lineamentos traçados ao longo desta monografia, julgamos que a dignidade humana figura como razão de toda a tutela ambiental, além de ocupar papel basilar em nossa República Federativa. Não restam dúvidas de que o meio ambiente é um direito fundamental de todos nós, cuja enfiatura repousa sob o manto constitucional do art. 225 da CF/1988.

Pelo que se viu, a preservação é a única forma de evitarmos o perecer da nossa espécie, razão porque o meio ambiente deve ser protegido; pelo homem e para o homem, eis a visão antropocêntrica da finalidade do direito ambiental. Há, não se pode deixar de reconhecer, um movimento doutrinário voltado, de modo preponderante, para a defesa da responsabilidade civil por danos morais ambientais. Resta saber se tal movimento se embasa em princípios sustentáveis ou meramente econômico-antropocêntricos

A jurisprudência divide-se. A análise das decisões arroladas nos anexos vindouros revela que são dúbios os posicionamentos adotados, o que nos convence da necessidade de a convicção do julgador ser mais clara e vinculada ao verdadeiro alcance desse tipo de responsabilidade.

Aqueles que negam a possibilidade de alguém, pessoa jurídica ou física, responder, civilmente, por danos morais ambientais não alargam as suas concepções para que sejam discutidas as diretrizes científicas jurídicas do Direito Ambiental, ao passo que a outra parcela doutrinária labuta incansavelmente para desenvolver conceitos e tratados que proporcionem a reparação dos danos ambientais, morais ou patrimoniais.

Nas veredas da sustentabilidade, o meio ambiente e os recursos naturais por ele abarcados devem ser perenizados para as futuras gerações, o que somente se verificará quando se nivelar as tutelas preventivas à educação ambiental. Por mais midiática ou profética que pareça tal afirmação, há de se ressaltar que o futuro

da humanidade está em risco. As atividades humanas carecem de um novo rumo, o qual não prescinde de um processo conscientização em nível mundial e que esteja calcado em substratos sólidos, eficazes e ambientalmente viáveis.

Sabemos, e não é de hoje, que os bens da natureza são finitos, ao passo que se revelam infinitas as necessidades humanas. A busca pela riqueza, pelo desenvolvimento - a ciência pela ciência - faz com que o meio ambiente seja constante e intoleravelmente agredido, comprometendo com isto a qualidade de vida das populações e a própria sobrevivência dos seres humanos. Nesse ínterim, é fulcral o papel desempenhado pela bioética, instrumento posto a favor da causa ambiental.

Acreditamos que a única forma de vivermos de forma saudável e perpetuando nossa espécie se dará somente através da educação ambiental amparada na conscientização coletiva da população, mas não podemos deixar de reconhecer a existência deste dano moral ambiental, que afeta o sentimento de todos, causando dor e revolta, além de privar-nos de uma vida digna. E não podemos deixar de questionar a ação devastadora daqueles que não vacilam na busca pelo avanço tecnológico irracional, pelo poder, por ostentações, por riquezas. Não devemos sucumbir frente a esta desenfreada corrida que está fulminando o nosso planeta e nossas perspectivas de melhores dias.

A forma repressiva, de fato, não é a mais adequada. A consciência através educação ambiental é a esperança da perpetuação do nosso planeta, o que se vislumbra para um futuro. Enquanto ela não surge, as indenizações tornam-se, inexoravelmente, imperiosas.

Depois do que se afirmou, na ocorrência de um desastre ecológico, imprescindível se faz a sua integral reparação, quer nos aspectos patrimoniais, quer naqueles não-patrimoniais,

denominados pela doutrina como danos morais. Ocorre, e na atualidade mais do que outrora, que algumas pessoas dirigem suas condutas de maneira irresponsável, cometendo atos que lesionam bastantes bens jurídicos alheios.

Graças aos estudos e teorias acerca da Responsabilidade Civil, entende-se, via de regra, que tais atos danosos precisam ser reparados pelos seus respectivos autores, como forma de penalizá-los e de se evitar a ocorrência de novos e semelhantes atos ilícitos. Com o meio ambiente não poderia ser diferente, posto que os danos ambientais, em sua grande maioria, prejudicam a um elevado número de indivíduos.

A verdade é que sem inicia por esses tempos um novo ciclo de debates e de investigações científicas sobre o Direito Ambiental. O Direito, pelos seus métodos de pesquisa e técnicas de imposição de princípios, há de abrir espaços, em todos os ângulos onde ele é estudado, para que o tema seja solucionado, sempre atento à garantia da dignidade humana e da valorização da cidadania.

A seu turno, essa monografia tem esta finalidade: reiterar a existência do dano moral e estampar a necessidade de aqueles exauridos contra o meio ambiente serem penalizados com maior gravosidade. Não se trata de capricho nem de idiosincrasias. É a perpetuação e sobrevivência da espécie humana (e de milhares outras) que está em jogo e o trabalho em comento preocupa-se de sinalizar que a questão de nossa sobrevivência não dispensa a alteração de valores e padrões comportamentais. Mudar é preciso.

Na ocasião do esclarecimento acerca do dano moral ambiental, cogitou-se duas situações originárias: Uma relaciona-se à dor, à comoção e aos demais sentimentos negativos estimulados nas pessoas, em face do acontecimento de um desastre ecológico. A outra diz respeito à privação sentida pelo ser humano em virtude da degradação ambiental, estando, pois, vinculada à

impossibilidade do gozo e usufruto de locais saudáveis, ecologicamente equilibrados – infeliz prova do abrandamento da condição humana. Por tudo isso, concluímos pela necessidade de sanção diante destes fatos, como forma de reeducação ambiental, inclusive.

Vivemos em uma sociedade consumista e degradadora. Essa sociedade, que alguns consideram banalizadora, reverencia parâmetros comportamentais deturpados. Em virtude de ideologias nefastas e capitalistas, ela acaba incentivando e legitimando atitudes totalmente desvencilhadas da questão ambiental e do que é defendido em matéria de sustentabilidade.

Em tempos de banalização, até mesmo o âmbito jurisdicional vem se prejudicando. Matérias do porte do dano moral, por exemplo, vêm sendo cada vez mais marginalizadas por parte da Justiça brasileira. Muitos são os casos de sentenças prolatadas em desfavor daqueles que alegam ter sofrido um dano de natureza moral, psíquica e, quiçá espiritual. É como se houvesse um cartel jurisdicional que indefere, algumas vezes de maneira vexatória, a pretensão das pessoas que se sentem lesadas verem reparados os incômodos causados por outrem.

Tem-se falado bastante em meio ambiente. Temas como desenvolvimento sustentável, ecologia, gestão ambiental e outros congêneres têm sido cada vez mais focalizados no panteão midiático. Tal assertiva, muito embora soe agradável em um primeiro instante, evidencia uma possível vulgarização da questão ambiental.

O que se verifica na realidade é uma enxurrada de propostas ecológicas e raríssimas ações; muito se fala e pouco se faz. Isto, de certo modo, pode resultar numa aquiescência social, que, ao passo que deixa inerte a quase-totalidade do mundo, em nada contribui para a resolução da crise ambiental que ora se enfrenta. Além disso,

a omissão de certas autoridades públicas termina fomentando a negligência do resto da sociedade que, inconscientemente, optam pela ideologia do “ao Deus-dará”.

Destarte, por ser incerto o instante que vivemos, sobretudo em matéria de dano moral, nos prontificamos a escrever as presentes linhas a fim de hastear a bandeira pela tutela deste dano, inclusive em nível ambiental.

Vivemos dias em que se tornou muito normal poluir o ambiente e degradar a natureza. Em alguns casos, a própria Justiça e inclusive nós mesmos, componentes da sociedade civil, colaboramos com o gravame de tal situação. Essa falta de zelo com o meio ambiente, aglutinada à prática reiterada de certas condutas ofensivas, motivam-nos, constantemente, a questionar os modelos vigentes e a reciclar, sempre que possível, determinadas atitudes e modos de pensar mesmo. Dessa preocupação com o tema resultou o trabalho que ora se encerra.

É evidente a amplitude do espectro através do que meio ambiente pode ser analisado. O meio ambiente, ao menos nos níveis conceituais ora defendidos, possui vários aspectos, dentre os quais o natural se mostra como mais imperioso, razão porque fundamenta todos os demais. Deve ser preservado com a finalidade de proporcionar à espécie humana uma vida digna, salutar e prazerosa. Uma vez agredido, deverá ser reparado, tanto na esfera patrimonial quanto na seara extrapatrimonial, onde se faz sentir o dano moral coletivo, ora denominado *dano moral ambiental*.

Sabemos que o meio ambiente, seus bens e recursos não têm preço. Uma vez danificados, torna imperiosa a sanção aplicável ao ente poluidor, que pode ser tanto pessoa física quanto jurídica. Conforme visto, tal sanção poderá ser em dinheiro ou em espécie, devendo, nesse caso, o degradador ser condenado a recuperar um

outro local agredido, como forma de devolver, em dobro, o ambiente salutar que retirou da humanidade.

A afirmação de um dano moral ambiental se presta a isto: tornar maiores as penalidades e sanções impostas ao degradador, para frear a degradação ambiental e fazer valer nosso direito a um meio ambiente equilibrado. Seria, pois, uma ferramenta do judiciário a ser utilizada no instante da quantificação da pena; é instrumento cuja existência não pode escapar da sensibilidade dos juristas e, principalmente, dos magistrados.

É justamente este o mérito do trabalho. Por se tratar de tema pouco comum ao nosso dia-a-dia, a presente monografia traz à baila a importância da defesa de um meio ambiente ecologicamente equilibrado e sadio, inclusive pela via judicial. Embora simplória e amparada em princípios quase inatos ao nosso intelecto, serve para mostrar ao mundo e a quem interessar que existem pessoas, ávidas por melhores dias, pelo futuro prometido, por um planeta mais humano. Enquanto uns usurpam maliciosamente aquilo que de mais sublime possuímos, o dom da vida, outros se preocupam em arranjar meios de mitigar os impactos de tais condutas, nas hipóteses de ser impossível o impedimento. Alguns, diante de nossos desejos e esperanças, talvez digam que não passa de sonho. Pois que seja sonho então. Acredito, muito, no futuro. Penso que, se podemos desejar, então podemos conseguir. E creio que nunca nos será concedido um desejo sem que também não nos sejam fornecidas as ferramentas necessárias para concretizá-lo.

Tenho sonhado com frequência; porque acredito que, nos sonhos, conseguimos tudo o que desejamos, muito embora, diante da realidade, subsista um mundo incompleto, falho e desorganizado que nos angustia e atordoa. Costuma-se dizer que não vislumbramos aquilo que desconhecemos. Ou seja, não trabalhamos em cima do abstrato. Precisamos de um solo firme para caminhar, para que olhemos nossos passos marcados no

caminho, como prova de que o esforço está sendo realizado na busca do objetivo – o final da estrada. Haverá cachoeiras? Campos verdejantes? Pomares frondosos? Não sei. Não sabemos.

Mas devemos caminhar com consciência e convicção de que é isso o que nos espera ao final da jornada. Devemos esperar sempre o melhor, e fazer por onde ele aconteça. Os sonhos... E para que servem, afinal? Eles, juntos com a esperança, são combustíveis para que esse caminho seja percorrido mais rápido. Portanto, nessa árdua batalha, fica o convite para acelerarmos o ritmo (com sabedoria e consciência), colocando combustível e acreditando na possibilidade de um futuro melhor.

Podemos, sim, viver melhores dias. Basta que sonhemos...

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo Bessa. **Direito Ambiental**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2004.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Responsabilidade Civil por Dano ao Meio Ambiente**. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Malheiros, 1999.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Editora Livraria Almedina, 1998.

CARVALHO, Isabel Cristina de Moura. **Educação Ambiental: a formação do sujeito ecológico**. São Paulo: Editora Cortês, 2004.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Editora Malheiros, 2001.

DELGADO, José Augusto. **Responsabilidade Civil por Dano Moral Ambiental**. Interesse Público - Revista Bimestral de Direito Público. Fórum de Dir. Tributário - RFDT, São Paulo, n. 36, p. 13-59, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

FIGUEIREDO, Elio. **Políticas para Conservação Acordadas com respeito da Soberania nacional**, in revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 2000.

FREITAS, Vladimir Passos de. **O Direito Ambiental em Evolução**. Curitiba: Editora Juruá, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil, Vol. III**. São Paulo: Editora Saraiva 2003.

GUERRA, Antônio José Teixeira; CUNHA, Sandra Baptista da. **Impactos Ambientais Urbanos no Brasil**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

GUSSO, Moacir Luiz. **Dano Moral: Doutrina, Legislação, Súmulas, Jurisprudência e Prática**. São Paulo: Direito, 2001.

HOFMEISTER, Maria Alice Costa. **O Dano Pessoal na Sociedade de Risco**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano Ambiental: do Individual ao Coletivo Extrapatrimonial**. São Paulo: Revisto dos Tribunais, 2000.

LOPES, Miguel de Serpa. **Curso de Direito Civil VIII**. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 2003.

LUIZ JÚNIOR, José. **Responsabilidade Civil por Danos Ambientais**. DireitoNet, São Paulo, 25 fev. 2005. Disponível em:<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/19/34/1934/>>. Acesso em: 26 de fev.2016.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

MANZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Públicos em Juízo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

MILARÉ, Edis. **A Ação Civil Pública na Nova Ordem Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

MOTA, José Aroudo. **O Valor da Natureza**. São Paulo: Garamond Universitária, 2006.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira Naves. **Interpretação da Responsabilidade Civil por Dano Ambiental**. Disponível em:<http://buscalegis.ccj.ufsc.br/arquivos/ResponsabilidadeCA.htm>. Acesso em 14 de Janeiro de 2016.

NETO, Xisto Tiago de Medeiros. **Dano Moral Coletivo**. São Paulo: Editora Ltr, 2008.

PACCAGNELLA, Luis Henrique. Dano Moral Ambiental. Tese apresentada no 2º Congresso Estadual de Promotores de Justiça do Meio Ambiente do Estado de São Paulo. Ministério Público de São Paulo, São Paulo, Disponível em: <http://www.mp.sp.gov.br/caouma/doutrina/Amb/Teses/Dano%20Moral%20-%20Paccagnella.htm..> Acesso em: 15 de set.2016.

RODRIGUEIRO, Daniela A. **Dano Moral Ambiental:** sua Defesa em Juízo, em Busca de uma Vida Digna e Saudável. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005.

SAMPAIO, Francisco José Marques. **Responsabilidade Civil e Reparação de Danos ao Meio Ambiente.** Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2004.

SARTRE, Jean Paul. **O Existencialismo é um Humanismo.** Rio de Janeiro: Editora Globo, 2003.

SEDIN, José de Souza Cunhal. **Responsabilidade Civil por Danos Ecológicos.** Da reparação do dano através de restauração Natural. Coimbra: Editora Coimbra 2003.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional.** São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

SILVA, Luís Américo Martins da. **O Dano Moral e sua Reparação Civil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Direito do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais.**
São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Curso de Direito Civil:**
Responsabilidade Civil. São Paulo: Editora Scipione, 2007.

A EXCLUSÃO DE MILITAR EM DECORRÊNCIA DE CONDENAÇÃO PENAL: UMA ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE MILITARES ESTADUAIS E FEDERAIS

DOUGLAS PEREIRA DA SILVA: Graduação em Curso de Formação de Oficiais pela Academia Policial Militar do Guatupê (1994), graduação em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (2009), com aprovação no Exame da Ordem dos Advogados do Brasil, possui também graduação em Administração pela Faculdade Estadual de Ciências Econômicas de Apucarana (1998) e mestrando em políticas públicas pela Universidade Estadual de Maringá. Tem experiência na área de Direito, com ênfase no Direito Administrativo Militar e Polícia Judiciária Militar. Tem experiência no setor público, principalmente em gestão de pessoas e projetos.

I- Considerações preliminares

O presente artigo analisa o processo de exclusão dos militares das corporações militares, em decorrência de condenação na justiça comum ou na justiça militar.

Parte-se primeiramente do estudo do termo “resíduo” da condenação, termo bastante utilizado na linguagem castrense, mas ainda muito pouco conhecido.

Em linhas gerais, busca-se compreender o efeito da condenação penal sobre a vida do militar, em universos bastantes distintos: nas Forças Armadas e nas Polícias Militares. As diferenças encontradas, em ambas as classes de militares são muitas, principalmente, a partir da promulgação da Constituição de 1988.

O objeto de estudo refere-se somente às praças (Marinheiro, Soldado, Cabo, Taifeiro, Terceiro Sargento, Segundo Sargento, Primeiro Sargento, Suboficial e Subtenente), excluindo-se os oficiais (Almirante de Esquadra, General de Exército, Tenente-Brigadeiro, Vice-Almirante, General de Divisão, Major-Brigadeiro, Contra-Almirante, General de Brigada, Brigadeiro, Capitão de Mar e Guerra, Coronel, Capitão de Fragata e Tenente-Coronel, Capitão de Corveta, Major, Capitão-Tenente, Capitão, Primeiro Tenente e Segundo Tenente). Isso porque a demissão de oficiais, em virtude de condena o, segue uma sistemática diferenciada, principalmente em razão de dispositivos constitucionais (CF/88, art. 142,   3 , incisos VI e VII).

II- Do termo "resíduo"

O termo "resíduo", quando referente   apura o disciplinar de fatos, que foram objetos de condena es criminais, pode ser enfocado sobre dois aspectos principais.

No primeiro aspecto "resíduo" deve ser interpretado, como aquilo que resta, que remanesce, ou que sobra de uma condena o criminal, sem confundir-se com o crime em si. Ou seja, aquilo que   uma transgressão disciplinar, mas não foi objeto de qualquer aprecia o criminal (mesmo porque, não cabe a Justiça pronunciar sobre fatos que caracterizem infra es disciplinares, somente).

Propõe-se o seguinte exemplo: um militar conduzindo uma viatura policial, em alta velocidade, e sem respeitar as normas de trânsito vem a atropelar um transeunte e causa-lhe lesões graves. Obviamente, a conduta do miliciano deve ser apreciada pela justiça militar estadual, em decorrência das lesões causadas no transeunte (CPM, art. 209,   1 ).

No caso, independentemente da decisão judicial, que absolve ou condenada o militar, existe um "resíduo" administrativo que deve

ser apurado: o fato do militar desrespeitar as normas de trânsito caracteriza transgressão disciplinar, conforme previsto no Anexo I, número 82, do Regulamento Disciplinar do Exército, porque o militar desrespeitou "*regras de trânsito, medidas gerais de ordem policial, judicial ou administrativa*".

Sobre "resíduo", nesse aspecto, assim discorre Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *verbis*:

*[...]. Totalmente diversa é a situação se o funcionário público for processado na esfera penal por fato que constitui crime mas não corresponde a ilícito administrativo. Nesse caso, quer-nos parecer que a decisão absolutória proferida pelo juiz criminal, qualquer que seja a fundamentação da sentença, repercute sobre a esfera administrativa, porque, nessa matéria, a competência é exclusiva do Judiciário; o funcionário só pode ser punido pela Administração se, além daquele fato pelo qual foi absolvido, houver alguma outra irregularidade que constitua infração administrativa, ou seja, a chamada falta residual a que se refere a Súmula nº. 18 do STF, in verbis: "pela falta residual, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público". Não havendo falta residual, a absolvição na esfera criminal tem que ser reconhecida na órbita administrativa. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo**, 23 ed. - Atlas, São Paulo, 2010, p. 618, g.n.).*

Observe, portanto, que nesse aspecto o chamado "resíduo" é tão somente uma transgressão disciplinar, que, via de regra, foi praticada junto com um crime, mas que deve ser apurado pelas vias administrativas, somente.

Totalmente diferente é o significado do termo "resíduo", que decorre de uma condenação criminal. Nesse outro sentido, o "resíduo" deve ser interpretado somente como um efeito reflexo da condenação, como uma consequência, como um "acessório".

III- O efeito da condenação criminal

Antes de aprofundar nessa seara, importante destacar que ainda vigora no Código Penal Militar as temidas penas "acessórias".

São penas acessórias previstas no Código Penal Militar: a perda de posto e patente; a indignidade para o oficialato; a incompatibilidade com o oficialato; a **exclusão das forças armadas**; a perda da função pública, ainda que eletiva; a inabilitação para o exercício de função pública; a suspensão do pátrio poder [hoje, poder familiar], tutela ou curatela; a suspensão dos direitos políticos (CPM, art. 98, g. n.).

São chamadas "acessórias" porque são efeitos secundários, ou oblíquos da sentença (efeitos reflexos, indiretos ou decorrentes do principal).

No Código Penal comum as penas acessórias foram extintas, com a reforma de 1984, passando a algumas delas, entretanto, constar como "efeitos da condenação" (CP, art. 92).

Aos críticos, tanto os efeitos da condenação, como as penas acessórias, não possuem o caráter "preventivo" buscado pela norma, porque:

[....] a verdade é que as inabilitações para o exercício de certos direitos ou atividades e as interdições do exercício de profissões [...] são medidas ou sanções **estáticas**, de caráter meramente retributivo, como procurei mostrar, sobrevivência mais evidentes daquilo que o saudoso NOÉ AZEVEDO chamou de **fundo de vingança da penologia moderna** [....]. Elas não educam, nem corrigem, porque não têm mobilidade na execução; elas não estimulam, porque humilham o condenado no seio da sua família (incapacidade para o exercício do pátrio poder ou da autoridade marital), no seio da sociedade (suspensão dos direitos políticos), no meio do grupo profissional (incapacidade para a profissão ou atividade). Elas acompanham o condenado, silenciosamente, como uma sombra negra, que não o ajuda, que não lhe desperta outro sentimento senão o da própria inferioridade (LOPES, Jair Leonardo. **Reabilitação e o sistema de penas anteprojeto de reforma da parte geral do código penal**. Rev. Fac. Direito - UFG jan/dez 1981, p. 157).

Observe, que, "No caso do Código Penal Militar, claramente, no art. 98, estabelecem-se penas acessórias, que são complementos da condenação principal, nem todas recepcionadas pela Constituição de 1988. Seus efeitos são extrapenais, atingindo o âmbito administrativo, civil e político" (NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Militar comentado** – 2. ed. rev., atual.– Rio de Janeiro : Forense, 2014, p. 200).

A condenação da praça a pena privativa de liberdade, por tempo superior a 2 (dois) anos (CPM, art. 102), continua válida para as praças das Forças Armadas, todavia, deve ser expressamente imposta na decisão condenatória (CPM, art. 107).

Antes de analisar a sistemática adotada, na exclusão de praças nas forças estaduais, destaca-se a sistemática adotada nas Forças Armadas, com o objetivo de bem entender as diferenças adotadas, em ambas as situações (aquela que envolve militares federais e aquela que envolve militares estaduais).

IV- A Exclusão de praças especiais ou com estabilidade assegurada nas Forças Armadas.

A exclusão de praças, com estabilidade assegurada nas Forças Armadas, assim como a exclusão de praças especiais se procede por meio do Conselho de Disciplina (CD). O que interessa aqui é analisar a exclusão decorrente de condenação criminal, *verbis*:

Art. 2º É submetida a Conselho de Disciplina, "ex officio", a praça referida no artigo 1º e seu parágrafo único.

[...]

III - condenado por crime de natureza dolosa, não previsto na legislação especial concernente à segurança do Estado, em tribunal civil ou militar, a pena restritiva de liberdade individual até 2 (dois) anos, tão logo transite em julgado a sentença; ou

[...].

(Decreto n. 71.500, de 5 de dezembro de 1972, que dispõe sobre o conselho de disciplina e dá outras providências, g. n.).

Observe que, apenas em condenação **até dois anos** é que determinada a submissão da praça ao Conselho de Disciplina, porque em condenações **com mais de dois anos**, em crime militar importa sua exclusão, como pena acessória, prevista no Código Penal Militar (art. 102).

Em relação a crime comum, na época em que foi editada a lei do Conselho de Disciplina das Forças Armadas (em 1972), também havia previsão no Código Penal Comum da aplicação da pena "acessória", *verbis*:

Art. 67. São penas acessórias:

I - a perda de função pública, eletiva ou de nomeação;

[...]

Art. 68. Incorre na perda de função pública:

I - O condenado a pena privativa de liberdade por crime cometido com abuso de poder ou violação de dever inerente a função pública;

II - o condenado por outro crime a pena de reclusão por mais de dois anos ou de detenção por mais de quatro.

[...]

O próprio Estatuto dos Militares de 1980 estava em sintonia, com o ordenamento jurídico vigente na época, ao disciplinar que:

Art. 125. A exclusão a bem da disciplina será aplicada ex officio ao Guarda-Marinha, ao Aspirante-a-Oficial ou às praças com estabilidade assegurada:

*I- Quando se pronunciar o Conselho Permanente de justiça, em tempo de paz, ou Tribunal Especial, em tempo de guerra, ou Tribunal Civil após terem sido essas praças condenadas, **em sentença transitada em julgado, à pena restritiva de liberdade individual, superior a 2 (dois) anos ou, nos crimes previstos na legislação especial concernentes à segurança do estado, a pena de qualquer duração.***

[...](Lei Federal 6.880, de 9-12-1980, g. n.).

A aplicação da pena "acessória" nos delitos militares, no âmbito das Forças Armadas é matéria pacífica. De fato, a condenação de praça, a período superior a dois anos é motivo, por si só, que importa da exclusão da praça das FFAA, como um "resíduo", como um *plus*, como um efeito ou como uma mera consequência da condenação, *verbis*:

Peculato-furto. Concurso de agentes. Comunhão de desígnios. Gêneros alimentícios. Pena acessória de exclusão das forças armadas. Graduado que exerce a função de auxiliar de provisionador, uma vez responsável pelo controle e escrituração dos gêneros alimentícios na Unidade Militar, passa a compartilhar com um

*civil, mediante prévio acordo de vontades, o produto do furto de considerável quantidade de mantimentos vendida às escusas para terceiros. Evidenciada a intenção de aquinhoar valores advindos da venda não autorizada de bens pertencentes à Fazenda Nacional, valendo-se da facilidade propiciada pela função que exercia no quartel. Em se tratando de réus primários e de bons antecedentes, deve a pena-base ser fixada em seu mínimo legal. **A imposição de pena privativa de liberdade superior a 2 (dois) anos a militar implica impor a pena acessória de exclusão das Forças Armadas, ex vi legis (artigo 102 do CPM).** Recurso Ministerial provido. Decisão majoritária.*

(STM - AP(FO): 25920037070007 PE 0000002-59.2003.7.07.0007, Relator: José Américo dos Santos, Data de Julgamento: 30/11/2010, Data de Publicação: 25/02/2011 Vol: Veículo: DJE, g. n.).

Quanto à condenação em delitos previstos no Código Penal comum, a situação era semelhante. Mas, com a Reforma do Código Penal, em 1984, as penas acessórias foram excluídas daquele estatuto repressivo. Em substituição, foram instituídos os chamados "efeitos da condenação", os quais, em 1996, também sofreram nova alteração. Sobre essas alterações discorre Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *verbis*:

Finalmente, é importante ressaltar que no próprio Código Penal houve uma evolução no sentido de limitar os reflexos da conduta do funcionário fora do cargo sobre a situação

funcional. Antes da alteração da Parte Geral, procedida pela Lei nº. 7.209, de 11-7-84, a perda da função pública constituía pena acessória quando o servidor fosse condenado à pena privativa de liberdade por crime praticado com violação de dever inerente à função pública, **ou condenado por outro crime à pena de reclusão por mais de dois anos, ou detenção por mais de quatro anos; neste último caso, a perda decorria automaticamente da sentença, ainda que não houvesse declaração expressa** (arts. 82, I, 83 e 87). A partir da alteração decorrente daquela lei, a perda do cargo, função pública ou mandato deixou de ser pena acessória e passou a constituir efeito da condenação apenas nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública e desde que a pena aplicada seja superior a quatro anos; **além disso, esse efeito não é automático, devendo ser motivadamente declarado na sentença** (art. 92, I e parágrafo único). Mais recentemente, a Lei nº. 9.268, de 1º.-4-96, alterou o artigo 92 do Código Penal, passando a prover a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo em duas hipóteses: (a) **quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;** (b) **quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a quatro anos nos demais casos.** Manteve-se a exigência do parágrafo

*único. Os próprios Estatutos dos Funcionários Públicos admitem, em regra, possibilidade de continuar o funcionário como titular do cargo, não obstante condenado em processo criminal, determinando que, no caso de condenação se esta não for de natureza que acarrete a demissão do funcionário, ele seja considerado afastado até o cumprimento total da pena, com direito a receber parte do vencimento ou remuneração. Mais um argumento para reforçar a tese de que o ilícito penal, só por si, não enseja punição disciplinar. (Di Pietro, **ob. cit.**, p. 620)*

Não é difícil concluir que, nas Forças Armadas, a lei do Conselho de Disciplina tornou-se anacrônica e desatualizada, principalmente porque não prevê a submissão da praça ao Conselho de Disciplina, quando condenada a **pena superior a dois anos**, em caso de crime comum.

Caso ocorra a condenação de praça, por período superior a dois anos e se não houver a decretação da perda da graduação como pena "acessória" prevista no Código Penal Militar, ou como "efeito" da condenação previsto no Código Penal, a solução pode ser outra.

Ou seja, a praça pode ser submetida ao processo ético, se for acusada oficialmente, ou por qualquer meio lícito de comunicação social de ter: "a) *procedido incorretamente no desempenho do cargo; b) tido conduta irregular; ou c) praticado ato que afete a honra pessoal, o pundonor militar ou decoro da classe*"(Decreto n. 71.500, de 5 de dezembro de 1972, art. 2º, Inciso I).

Em conclusão, nota-se que a Lei do Conselho de Disciplina das FFAA, sequer prevê a possibilidade de submissão da praça condenada, por período superior a dois anos, a pena privativa de

liberdade ao processo administrativo (Conselho de Disciplina) por crer que a mera condenação já se constitui motivo para e referida exclusão (como pena "accessória", no caso de crime militar ou "efeito" da condenação no caso de crime comum).

Embora, conforme especificado anteriormente, a legislação do Conselho de Disciplina não tenha acompanhado as mudanças operadas no Código Penal comum.

Em relação às praças militares estaduais, a legislação modernizou-se, como se vê, a seguir.

V- Exclusão das praças militares estaduais, a partir da Constituição de 1988

Na sua versão original, a Constituição, promulgada em 5-10-1988 inovou ao prever no artigo 125, § 4º que, *verbis*:

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

[...]

*§ 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os policiais militares e bombeiros militares nos crimes militares definidos em lei, **cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.***

(g. n.).

A inserção de tal dispositivo causou muita polêmica, principalmente porque previu a possibilidade da perda da

graduação pelo tribunal competente, direito até, então, exclusivo dos oficiais.

Tal dispositivo concedeu aos militares estaduais um direito não extensivo aos militares federais, contrariando inclusive o Decreto Federal número 667/69, que proíbe militares estaduais possuírem direitos e condições superiores às que, por lei ou regulamento, forem atribuídas ao pessoal das Forças Armadas (art. 24).

Sobre esse dispositivo constitucional, Jorge César de Assis assim discorre, *verbis*:

Criou-se então, um impasse que tem atormentado os julgadores: as praças das Forças Armadas, se condenadas à pena privativa de liberdade superior a dois anos, têm como pena acessória, a exclusão das forças armadas, ex officio, nos termos do art. 125 e seguintes do Estatuto dos militares. Agora, se praça das Polícias Militares ou dos Corpos de Bombeiros Militares, a exclusão só será efetivada com a perda da graduação a ser decidida pela 2ª instância da Justiça Militar Estadual, Tribunal Militar ou Tribunal da Justiça do Estado. É bom que se diga que tal dispositivo constitucional é, no mínimo, impertinente, senão inusitado, fruto, com certeza, do desconhecimento dos princípios norteadores da vida militar. As garantias constitucionais sempre foram somente aos Oficiais (Comando, chefia e direção) das organizações militares, desde a Constituição do Império até hoje [...] (ASSIS, Jorge

César. Comentários ao Código Penal Militar, 7 ed. Curitiba, Juruá, 2010, p. 230).

Em que pese tais observações, o dispositivo constitucional resistiu ao tempo e manteve-se na Constituição. Hoje, a redação atual do artigo em análise, é a seguinte, *verbis*:

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

*§ 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, **cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.** (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, g. n.):*

O dispositivo constitucional chegou a ser amplamente debatido, no intuito de estendê-lo aos militares federais, o que foi negado pelos tribunais, *verbis*:

*[...] VI - A inaplicabilidade da pena acessória de exclusão das FFAA, sob o argumento de inconstitucionalidade por ofensa ao art. 5º, c/c o art. 125, § 4º, ambos da CF/88, não encontra guarida no melhor direito, **já que o referido dispositivo constitucional tem como objeto praças das polícias e bombeiros militares estaduais, não valendo para membros das Forças Armadas.** Apelos dos militares*

improvidos. Decisão uniforme em relação ao oficial e majoritária quanto às praças. Apelo parcialmente provido em relação à civil, na sua forma majoritária.

(STM - AP(FO): 2008010511970 RJ 2008.01.051197-0, Relator: José Coêlho Ferreira, Data de Julgamento: 08/06/2009, Data de Publicação: 09/09/2009, g. n.)

Na sua aplicação, no âmbito dos estados, o dispositivo constitucional sofreu limitação, devido a interpretações jurisprudenciais, que o considerou aplicável, apenas em caso de condenação criminal, não em caso de transgressões disciplinares.

Por isso, ainda cabe aos Comandantes-Gerais das corporações estaduais excluir as praças mediante processo administrativo, conforme consubstanciado no verbete número 673 do Supremo Tribunal Federal: "**o art. 125, § 4º, da constituição não impede a perda da graduação de militar mediante procedimento administrativo**".

No entanto, de acordo com a melhor interpretação, no caso de condenação criminal, prevalece o dispositivo constitucional.

Por isso, tornou-se incorreto a pena de perda "acessória" da graduação dos militares estaduais, no caso de condenação criminal, a pena privativa de liberdade superior a dois anos, prevista no Código Penal Militar (art. 98), bem como a perda da graduação como "efeito" da condenação prevista no Código Penal comum (art. 92).

A Polícia Militar do Paraná atualizou-se (embora com lapso temporal considerável, em relação à promulgação da Constituição de 1988), com a edição da Lei número 16.544, de 14 de julho de

2010, que previu, em relação às praças, duas espécies de processos administrativos: o Auto Disciplinar de Licenciamento (ADL) e o Conselho de Disciplina (CD).

O ADL é composto por um Oficial do serviço ativo, como presidente e um Primeiro-Sargento ou Subtenente, como escrivão, destinado a apurar a capacidade de praça ativa ou inativa, com menos de 10 (dez) anos de serviço prestados à Corporação, na data do fato, para permanecer, nas fileiras da PMPR, na condição em que se encontra (art. 23).

Já o Conselho de Disciplina, destinado a julgar a capacidade de praça especial ou de praça, ativa ou inativa, com mais de 10 (dez) anos de serviço prestados à Corporação para permanecer, nas fileiras da PMPR, na condição em que se encontra. É composto por 3 (três) membros: o mais antigo, no mínimo um oficial intermediário (Capitão), a quem caberá a presidência dos trabalhos e, ao mais moderno, o encargo de escrivão cuja nomeação poderá recair num Subtenente ou Primeiro-Sargento (art. 27).

Tais processos preveem *verbis*:

Art. 5º. Será submetido a processo disciplinar o militar estadual que [...]

V - for condenado por crime de natureza dolosa a pena privativa de liberdade superior a dois anos, com trânsito em julgado;

[...]

Art. 26. Recebidos os Autos da Apuração Disciplinar de Licenciamento, o Comandante-Geral, motivadamente, solucionará, determinando: [.....]

V - a remessa do processo ao Órgão de segunda instância da Justiça Militar estadual, se o processo tiver sido instaurado com fundamento no inciso V do art. 5º desta lei, e considere o acusado incapaz de permanecer na ativa ou na situação em que se encontra na inatividade.

[...]

Art. 30. Recebidos os autos do Conselho de Disciplina, o Comandante-Geral, motivadamente, solucionará, determinando: [...]

V - a remessa do processo ao Órgão de segunda instância da Justiça Militar estadual, se o Conselho de Disciplina tiver sido instaurado com fundamento no inciso V do art. 5º desta lei, e considere o acusado incapaz de permanecer na ativa ou na situação em que se encontra na inatividade

[...]

Art. 40. O Órgão de segunda instância da Justiça Militar estadual, julgando o militar estadual culpado e incapaz de permanecer na ativa ou na inatividade, deverá, conforme o caso: [...]

II - se praça, determinar a perda da graduação.

(Ob. cit., g. n.).

Portanto, no caso de condena o criminal, compete apenas ao Tribunal de Justiça decretar a perda da gradua o, em caso de condena o criminal, a pena privativa de liberdade superior a dois anos, com trânsito em julgado.

Em síntese, o processo de exclusão de praças condenadas na Corpora o (PMPR) difere daquele aplicado nas Forças Armadas. No caso da PMPR, há necessidade de se realizar um juízo de valor da condena o, e não se aplica a pena de exclusão como pena "acessória" (CPM, art. 98) ou como mero "efeito" da condena o (CP, art. 92).

Embora, o motivo para a exclusão continua sendo o mesmo, tanto na Corpora o, quanto nas Forças Armadas, ou seja, a própria condena o criminal e sua repercussão nos princípios da hierarquia e disciplina.

Eis o chamado "resíduo" da condena o.

6) Princípios da Hierarquia e Disciplina

A hierarquia e a disciplina são as bases de toda institui o militar, onde a autoridade e a responsabilidade crescem com o grau hierárquico.

No Estatuto dos militares a "*hierarquia militar   a ordena o da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas. A ordena o se faz por postos ou gradua es; dentro de um mesmo posto ou gradua o se faz pela antiguidade no posto ou na gradua o. O respeito   hierarquia   consubstanciado no espírito de acatamento   sequência de autoridade*" (Lei Federal n. 6.880, de 09-12-1980, art. 14,   1 ).

A disciplina militar   a rigorosa observância e **oacatamento integral das leis**, regulamentos, normas e disposi es, traduzindo-

se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes do organismo militar (RDE, art. 8º, g. n.).

Na legislação, existe também a preocupação do militar cumprir as regras do ordenamento jurídico, como o de "**cumprir e fazer cumprir as leis, regulamentos, instruções e ordens emanadas de autoridades competentes**" (Lei 1.943, de 23 de Junho de 1954, art. 102, letra "c").

Ademais, a lei prevê também ao militar, a submissão a um juramento ético, quando do ingresso na Corporação, *verbis*:

Alistando-me soldado na Polícia Militar do Estado, prometo regular minha conduta pelos preceitos da moral, respeitar os meus superiores hierárquicos, tratar com afeto os meus companheiros de armas e com bondade aos que venham a ser meus subordinados; cumprir rigorosamente as ordens das autoridades competentes e votar-me inteiramente ao serviço do Estado e de minha Pátria, cuja honra, integridade e instituições, defenderei com o sacrifício da própria vida.

(Ob. cit., art. 49).

Regra geral, quando se analisa a exclusão do militar como "resíduo" da condenação visa somente sopesar os efeitos da referida condenação, sobre os princípios da hierarquia, da disciplina e do juramento ético, realizado pelo militar.

Além desses aspectos acima discorridos outros devem ser avaliados, como a conduta do acusado, antes e depois da condenação, os serviços prestados por ele, a justiça da decisão,

tudo, analisado com serenidade, imparcialidade e tranquilidade, requisitos indispensáveis de uma solução justa e equânime.

Em síntese, aos militares estaduais a submissão ao processo ético, em virtude de condenação a pena privativa de liberdade superior a dois anos é obrigatória, porque decorre de lei.

Mas, a efetiva exclusão da praça não é medida obrigatória, porque inaplicável ao militar estadual as penas “acessórias” do Código Penal militar (art. 98) ou os chamados “efeitos” da condenação do Código penal comum (art. 92).

REFERÊNCIAS

ASSIS, Jorge César. **Comentários ao Código Penal Militar**, 7 ed. Curitiba, Juruá, 2010

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 07-12-1940**, Código penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>, acesso em 27-06-2015.

_____. **Decreto-Lei n 667, de 02-07-1969**, reorganiza as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0667.htm>, acesso em 23-06-2015.

_____. **Decreto-Lei n. 1.001/1969 de 21-10-1969**, Código Penal Militar. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/DEL%201.001-1969?OpenDocument>, acesso em 22-06-2015.

_____. **Lei n. 5.836, de 05-12-1972**, dispõe sobre o Conselho de Justificação. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L5836.htm>, acesso em 20-06-2015.

_____. **Decreto n. 71.500**, de 05-12-1972, dispõe sobre o Conselho de Disciplina. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d71500.htm>, acesso em 10-06-2015.

_____. **Lei n. 6.880, de 09-12-1980**, Estatuto dos Militares. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6880.htm>, acesso em 20-06-2015.

_____. **Constituição da república federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm, acesso em 15-3-2016.

_____. STM - **AP(FO): 2008010511970** RJ 2008.01.051197-0, Relator: José Coêlho Ferreira, Data de Julgamento: 08/06/2009, Data de Publicação: 09/09/2009.

_____. STM - **AP(FO): 25920037070007** PE 0000002-59.2003.7.07.0007, Relator: José Américo dos Santos, Data de Julgamento: 30/11/2010, Data de Publicação: 25/02/2011 Vol: Veículo: DJE.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo**, 23 ed. - Atlas, São Paulo, 2010.

LOPES, Jair Leonardo. **Reabilitação e o sistema de penas anteprojeto de reforma da parte geral do código penal**. Rev. Fac. Direito - UFG jan/dez 1981.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Militar comentado** – 2. ed. rev., atual.– Rio de Janeiro : Forense, 2014.

PARANÁ. **Lei Estadual n. 1943, de 23-06-1954** – Código da Polícia Militar do Paraná, publicado no Diário Oficial n. 98 de 05-07-1954. Disponível em: <<http://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/listarAtosAno.do?action=exibir&codAto=14555&indice=8&anoSpan=1960&anoSelecionado=1954&isPaginado=true>>, acesso em 28-06-2015

_____. **Lei Estadual n. 16.544 de 14-07-2010**, que dispõe que o processo disciplinar, na PMPR publicada no Diário Oficial nº. 8262 de 14-07-2010. Disponível em: <http://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/listarAtosAno.do?action=exibir&codAto=56213&codItemAto=435524>, acesso 21-06-2015