

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 795

(Ano IX)

(01/04/2017)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2017

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF) - Coordenador-Geral. Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em Direito Penal Internacional Universidade de Granda/Espanha.

MARCELO FERNANDO BORSIO (MG): Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

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

RODRIGO LARIZZATTI (DF/Argentina): Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.

MARCELO FERREIRA DE SOUZA (RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social u, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

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

SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO (Montreal/Canadá): Advogado com mais de 10 anos de experiência. Especialista em Direito Processual Civil Internacional. Professor universitário.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SHN. Q. 02. Bl. F, Ed. *Executive Office Tower*. Sala 1308. Tel. 61-991773598 ou 61-3326-1789

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.588793>

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



10/02/2017 Gisele Leite

» [Civil law versus common law](#)

ARTIGOS

31/03/2017 Jean Charles de Oliveira Batista

» [Responsabilidade socioambiental e sua utilização adequada por uma empresa.](#)

31/03/2017 Estevão Campos dos Santos

» [Novo Código de Processo Civil: do positivismo ao positivismo](#)

31/03/2017 Giovanni Campos

» [A prescritibilidade dos prazos das multas aplicadas pelo TCU - Tribunal de Contas da União](#)

31/03/2017 Dinamares Fontes de Santana

» [Ética e as carreiras jurídicas](#)

31/03/2017 Tauã Lima Verdan Rangel

» [A Incidência da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica em sede de Matéria Ambiental: Exame em consonância com o entendimento jurisprudencial do STJ](#)

30/03/2017 Mateus Cavalcanti Amado

» [Da \(in\)constitucionalidade da tramitação direta do inquérito policial entre o Ministério Público e a Polícia Judiciária](#)

30/03/2017 Felipe Teixeira Dias

» [O abuso de poder do Estado: com ênfase no poder de polícia](#)

30/03/2017 Tauã Lima Verdan Rangel

» [Das Áreas Non Aedificandi em Matéria Ambiental: Primeiras reflexões à luz do entendimento jurisprudencial do STJ](#)

29/03/2017 Rafael de Oliveira Costa

» [Democracia. Uma fórmula política exigente](#)

29/03/2017 Anderson Luiz Guimarães Cardoso

» [A nova lei de combate aos crimes contra a liberdade sexual: Uma análise acerca das modificações trazidas ao crime de estupro](#)

29/03/2017 Andressa Cruz e Silva

» [A palinologia e a investigação criminal](#)

29/03/2017 Fernanda Iatarola Barbosa Dias

» [Tutela Provisória](#)

29/03/2017 Tauã Lima Verdan Rangel

» [Das Florestas Públicas à luz do instituto da Concessão Florestal: Primeiros Comentários](#)

28/03/2017 Elder Corrêa Sena

» [A perícia no processo penal e a importância da medicina médico legal aplicado no campo do Direito](#)

28/03/2017 Rafael de Oliveira Costa

» [A defesa da Concorrência e o combate aos Cartéis](#)

28/03/2017 Anderson Luiz Guimarães Cardoso

» [Controle judicial das políticas públicas de direitos sociais](#)

28/03/2017 Tauã Lima Verdan Rangel

» [Repercussões do Recurso Especial nº 1.351.571/SP para a impenhorabilidade do bem de família](#)

27/03/2017 Priscilla Correia Simões

» [A \(im\)prescritibilidade da ação de ressarcimento de danos ao erário: o alcance do art. 37, § 5º, da Constituição Federal de 1988](#)

27/03/2017 Thiago de Oliveira Andrade Coelho

» [A indenização por danos morais na dissolução culposa do casamento decorrente do descumprimento dos deveres conjugais](#)

27/03/2017 Luiz Carlos da Cruz Iorio

» [A Responsabilidade Objetiva do Estado](#)

27/03/2017 Maria Aparecida Oliveira

» [Estatuto do idoso: eficácia na divulgação e garantias dos direitos dos idosos](#)

27/03/2017 Tauã Lima Verdan Rangel

» [Do tratamento jurisprudencial sobre a proteção e salvaguarda das dunas: Um exame à luz do Superior Tribunal de Justiça](#)

MONOGRAFIA

30/03/2017 Rafael de Oliveira Costa

» [Reflexos das gerações dos direitos humanos na evolução dos direitos e garantias fundamentais no Brasil e a importância das políticas públicas na sociedade atual](#)

27/03/2017 Maria Aparecida Oliveira

» [A importância da participação das organizações no contexto ambiental](#)

RESPONSABILIDADE SOCIOAMBIENTAL E SUA UTILIZAÇÃO ADEQUADA POR UMA EMPRESA.

JEAN CHARLES DE OLIVEIRA BATISTA:
Advogado (OAB/BA). Bacharel em Direito pela FG - Faculdade Guanambi. Pós-graduando - Interdisciplinar em Estudos Sociais e Humanidades. UNEB - Universidade do Estado da Bahia.

INTRODUÇÃO

O tema “responsabilidade socioambiental” e sua aplicação nas organizações empresariais tem por visão principal demonstrar as diversas variáveis que podem ocorrer diante de tais relações que podem gerar o dano ambiental e o conseqüente dever jurídico de reparação.

É sabido que o dano ambiental trata-se de instituto jurídico que está evoluindo de modo que é perfeitamente aceitável sua verificação diante das relações no meio ambiente empresarial/negocial, visto o leque de situações ilícitas que ocasionam o sofrimento do meio ambiente. Desde os tipos de situações que se configura com o poder diretivo expresso nas relações socioambientais, sendo que tais circunstâncias para que ocorra trata das situações relacionadas ao meio ambiente equilibrado e a dignidade da pessoa humana.

O modelo de indicador de responsabilidade socioambiental mais adequado para utilização por uma empresa é um meio que busca como qualquer outro ato cuja nocividade que possa agredir os direitos do meio ambiente, pessoal e que possam causar sofrimento psíquico, com intensa dor emocional ao homem, seja reduzido de modo drástico em benefício de ambos. Para tanto, verifica-se que com o capitalismo a intensa procura pelo aumento da lucratividade e da produtividade de baixo custo, veio a contribuir com a desvalorização ambiental, como, também, do ser humano.

Assim, este estudo aponta como problemática principal a seguinte: modelo mais adequado para utilização com responsabilidade socioambiental. Ainda, é importante para caracterizar a responsabilidade

empresarial e a devida reparação em seu aspecto pedagógico-punitivo, bem como, vislumbrar medidas efetivas para a sua coibição.

Como principal hipótese é possível apontar que o dano ambiental é um recurso fundamental para limitar o poder diretivo da submissão jurídica contratual, a fim de manter um meio ambiente sadio para as futuras gerações, devido à importância constitucional como direito primordial, a fim de estabelecer nos conflitos advindos dessas relações a devida justiça e ação educativa e reparadora do dano ambiental.

O objetivo, fundamental, deste estudo é identificar um dos modelos de utilização dos indicadores de responsabilidade social corporativa e seu Stakeholder, se não fosse suficiente, ainda, vai entender como a mídia, escrita e falada, pode contribuir com os organismos empresariais para um o meio ambiente ecologicamente equilibrado e a efetividade dessa parceria.

FUNDAMENTAÇÃO

Valemo-nos, inicialmente, do conceito de Batista para entender o conceito de Impacto Ambiental, onde aduz que:

Para conceituar impacto ambiental não é tão fácil. A variedade de conduta humana ao meio ambiente é tão diversificada que acaba por dificultar a definição de impacto ambiental devido as suas consequências. O homem por mais ambientalista que pode ser, mesmo assim, ele não poderá viver sem intervir nos recursos naturais. E toda e qualquer ação humana produzirá repercussões na natureza. Todavia, nem toda ação humana terá efeito negativo perante a natureza, podendo o homem interagir de maneira que o meio ambiente não fique prejudicado (BATISTA, 2013, p. 4).

Trazemos à baila reportagem da revista exame para um melhor entendimento do tema. Vejamos:

Amanco investe em materiais de menor impacto ambiental

São Paulo - Em busca de matérias-primas menos poluentes, a fabricante de tubos e conexões Amanco inovou na formulação de seus produtos com o uso de tecnologias mais limpas. Um destaque da empresa foi a substituição do solvente tolueno, que pode causar dependência nos trabalhadores que inalam seu vapor, por outro de menor impacto para a saúde e para o meio ambiente. Pela iniciativa, a empresa ganhou em 2009 o selo Sustentax, que certifica produtos sustentáveis. De lá pra cá, num esforço de engenharia de materiais, a empresa também alternou a fórmula de outros de seus produtos, como os estabilizantes, que deixaram de levar chumbo em sua composição, eliminando riscos de intoxicação pelo metal entre seus funcionários (Disponível em: <http://exame.abril.com.br/negocios/as-20-empresas-modelo-em-responsabilidade-socioambiental/>, Acesso em: 24 dez de 2016).

Além disso a mesma empresa, Amanco Brasil S.A., ficou dentre as “100 (cem) melhores empresas para se trabalhar”, demonstrando, assim, a responsabilidade social e ambiental dessa empresa. Vislumbrou-se ainda que a Empresa tem oferecido “Bolsas de estudo de 40% a 60% para faculdade, pós-graduação, MBA e cursos de idiomas”. E “Funcionários que apresentam boas ideias recebem prêmios em dinheiro” (ADRIANA MUELLER, 2003, p. 148).

Além dos vários atrativos empresariais, a Amanco ainda proporciona a todos os colaboradores atividades recreativas para que seu bem maior, mão de obra, fique sadio. Como exemplos temos: jogos, gincanas, olimpíadas e festas comemorativas, promovendo o lazer e a integração de todos os membros. Essas atividades são realizadas na sede da própria empresa, visando, tão somente, uma maior integração entre

seus membros. Podemos enumerar, ademais, que a organização empresarial têm restaurantes subsidiado em 80% (oitenta por cento) por meio de um programa denominado alimentação do trabalhador. A preocupação com os acidentes de trabalho também é constante, onde em 2001 lançou o “Prêmio de Prevenção de Lesões e Acidentes” com o objetivo de manter uma cultura de prevenção e de melhoria contínua.

Nesse interim:

Ainda em relação à saúde de seus colaboradores, a empresa dispõe de ambulatórios internos em suas fábricas, possibilitando o atendimento aos funcionários e a realização de exames periódicos. Além disso, na unidade de Jaboatão e na fábrica de Acessórios em Joinville, os funcionários participam da ginástica laboral, uma prática adotada pela empresa visando promover a saúde do trabalhador, prevenindo e diminuindo os fatores de risco e de acidentes de trabalho (ADRIANA MUELLER, 2003, p. 148).

Nesse sentido, percebe-se uma preocupação devotado com a saúde do seu trabalhador. Tanto no aspecto físico, como, ao mesmo tempo, psicológico.

Ao mesmo passo, a mídia tem cumprido um papel primordial nesse processo de amadurecimento de conscientização ambiental. Esse papel tem sido efetivado no momento em que influencia e impulsiona os organismos empresariais a repensar a responsabilidade que possui diante da comunidade em que detém, principalmente, suas instalações, uma vez que usam os recursos naturais pertencentes desta comunidade em seu benefício próprio, contraindo assim, uma dívida social imensurável com essa comunidade.

Nesse carreiro:

(...) a mídia pode representar um importante instrumento para as empresas que desenvolvem ações de responsabilidade social, ao propiciar que suas ações se tornem públicas por meio de propagandas, campanhas, divulgação de eventos direcionados à temática, ou ainda com a divulgação do balanço social (ADRIANA MUELLER, 2003, p. 21-22).

Podemos, então, perceber que a sistemática de mercado está ligeiramente ligada com as relações socioambiental corporativa, uma vez que as empresas estão cada vez mais convencidas de que precisam ficarem do lado da comunidade em espécie de parceria, porque dependem deles para sobreviver financeiramente (ADRIANA MUELLER, 2003).

Com todas as permissas vênias transcrevemos na integralidade o entendimento de Muller. Vejamo-lo:

A Aplicação dos Indicadores Ethos de Responsabilidade Social Empresarial em Relação aos Stakeholders

Meio Ambiente

No item Meio Ambiente, os Indicadores Ethos de Responsabilidade Social Empresarial avaliam, principalmente, o tipo e o grau do impacto causado pelas ações da empresa no seu ambiente. Para o Instituto Ethos (2002e), “uma empresa ambientalmente responsável procura minimizar os impactos negativos e amplificar os positivos”.

Assim, uma empresa que possui consciência ambiental investe recursos em projetos de compensação pelo uso dos recursos naturais, e normalmente apoia e desenvolve campanhas e

programas educativos na localidade em que está inserida.

Com vistas a garantir a qualidade de vida das gerações futuras, a empresa socialmente responsável não economiza recursos em tecnologia de ponta, além de primar pela utilização de materiais recicláveis ou biodegradáveis.

O cuidado com a questão ética também pode ser constatado na empresa ambientalmente responsável, que baliza suas ações por padrões nacionais e internacionais de proteção ambiental (como a norma ISO 14000) e que mantém um relacionamento transparente com os órgãos fiscalizadores.

Nestes quesitos, o Instituto Ethos prevê:

- O gerenciamento do impacto ambiental, por meio do conhecimento a respeito do impacto de suas ações sobre o meio ambiente, da minimização de entradas e saídas de materiais na empresa e da responsabilidade sobre o ciclo de vida dos produtos e serviços;

- A responsabilidade frente às gerações futuras, por meio do comprometimento da empresa com a causa ambiental e a educação ambiental (ADRIANA MUELLER, 2003, p. 122-123).

No que se restringe o papel da mídia, esta não tem se furtado dos inúmeros e inquietudes problemas da propagação e demonstração dos indicadores de temas relacionados com a responsabilidade socioambiental de empresas privadas.

Esse papel tem sido efetivados com a demonstração de quais empresas contribui com o meio ambiente, inserindo assim um conhecimento maior nos consumidores daquelas empresas.

O consumidor, dos dias atuais, está mais interessado e atento com esses temas. Eles buscam através da mídia escrita ou falada quais as empresas com um nível de responsabilidade maior. É nessa senda que entra a mídia com seu poder de abrangência que deixa o telespectador/ouvinte/leitor mais informado.

O papel da mídia está não apenas na transparência, mas, também, no modo de veiculação dessa mensagem a fim de educar os consumidores na busca de empresas ditas ecologicamente corretas.

Em uma sociedade onde a mídia está ligada nas questões socioambientais e ao mesmo tempo em estado de mobilização total por esses assuntos, a população fica mais interessada nesses motes. O que se percebe é que países europeus tem uma mídia mais interessadas nesses assuntos do que os americanos, fazendo desta feita consumidores mais conscientizados na busca por produtos de empresas com responsabilidade ambiental.

Dessarte, a mídia pode e deve educar seus consumidores a buscar os produtos daquelas empresas com um nível de responsabilidade socioambiental maior. Por isso, no momento em que a imprensa insere blocos de notícias de responsabilidade ambiental, surge uma via de mão dupla, pois o desejo do consumidor se desperta com o esforço da mídia na inserção da veiculação dessas questões ambientais.

EMPREENDEDORISMO E RESPONSABILIDADE SOCIAL

Primeiramente, vale anotar que:

O empreendedor é a pessoa que inicia e/ou opera um negócio para realizar uma ideia ou projeto pessoal assumindo riscos e responsabilidades e inovando continuamente.

Essa definição envolve não apenas os fundadores de empresas, mas os membros da segunda ou terceira geração de empresas Familiares e os gerentes-proprietários, que compram empresas já existentes de seus fundadores (CHIAVENATO Apud LONGENECKER & PETTY, 2007, p. 1).

Podemos, além disso, conceituar empreendedorismo de forma simples como a capacidade de idealização, a coordenação e realização de projetos, servindo de sustentação para os negócios empresariais. Podemos, ainda, dizer que empreendedorismo é a iniciativa de implemento de outros negócios numa verdadeira mudança nas empresas já preexistente. Em resumo, é a renovação com riscos.

Ademais, cada indivíduo possui uma carga significativa em seu perfil de liderança. Para isso, é preciso que haja aceleração do sistema de produção e entrega, capacidade de gerenciar talentos, capacidade de promover mudanças, inteligência conjugada com visão. Se não bastasse, é preciso ter virtualidade, aumento de eficiência, marketing cultural, capacidade de avaliar intenções corroborada com os fatores críticos, capacidade de organizar projetos e etc. Mas, acima de tudo, é preciso ter consciência com um espírito empreendedor e, acima de tudo, com liberdade criativa.

Por fim, empreendedor é a pessoa que enceta na modulação de um negócio com ideias propedêuticas de seu projeto pessoal com o conhecimento de riscos e responsabilização da inovação continuada.

Ademais, o interesse fundamental deste folhetim é delinear a extensão do espírito empreendedor com uma resenha comparativa com os temas estudados.

Também pretende averiguar as principais característica do empreendedorismo e os mecanismos necessários para uma

empresa ter sucesso no mercado brasileiro com sustentabilidade. A problemática está centrada em duas vertentes: Constatar se a estrita aplicação dos pressupostos tradicionais daqueles com perfil de liderança se sobrepõe àqueles com espírito inovador.

Avaliar de forma sucinta as maneiras de como a empresa Google e Apple, através de seus colaboradores conseguiram sucesso em um desenho fulgente e abreviado dos fundamentos empreendedor.

Especificamente é preciso classificar os preceitos aplicados nos casos concretos em relação às empresas jurídicas de direito privado. Ei-las: (i) Acomodar-se os discernimentos técnicos empresariais mais amoldados para o sucesso econômico de uma empresa; (ii) Analisar a conjectura geral das empresas sob a perspectiva empresarial; (iii) Revisar a liderança nata daquelas pessoas com espírito inovador como, também, daqueles com espírito tradicional; (iv) Avaliar aparências da aceitação do mercado como um todo; (v) Se não bastasse, ainda, será cometida uma abordagem crítica sobre àquelas empresas sem sucesso nos quais não são geridas por pessoas com anseio inovador ou com liderança.

Nesse sentido apontamos algumas das características necessária para as empresas adquirirem seus líderes. Para um perfil de liderança é preciso que haja aceleração do sistema de produção e entrega, capacidade de gerenciar talentos, capacidade de promover mudanças, inteligência conjugada com visão. Se não bastasse, é preciso ter virtualidade, aumento de eficiência, marketing cultural, capacidade de avaliar intenções corroborada com os fatores críticos, capacidade de organizar projetos. Mas, acima de tudo, é preciso ter consciência com um espírito empreendedor com liberdade criativa.

Do exposto, repise-se, que não se questiona a magnitude da importância para uma empresa um planejamento com estratégias para os futuros anseios e o caminho a ser perseguido pelas organizações empresariais. Foram confirmados ao alongado do

incremento, os verdadeiros planos estratégicos, as aparências e atmosferas dos processos organizacionais, tendo como pilar em arrimo que ampare a aceitada de disposição, admissíveis panoramas com problemas e azos para a organização.

Advertimos que é fundamental para uma empresa organizacional, uma idealização muito bem sofisticada, estruturada e deliberada para que se possa constituir com sucesso as metas e os escopos da mesma, sem abandonar de aludir que todo o plano tem que ser arquitetado no período inicial da organização.

A coesão de negócios tem que se desenvolver como maneiras para um plano estratégico em sua especificidade para que torne um comércio vantajoso e, posteriormente, fundamentando-se pelos recursos prenotados pelo alto comando administrativo. Uma aparência muito admirável do projeto estratégico é a tomada de deliberação, porque acomoda ao gestor, opções de como dimanar em determinadas circunstâncias e parábolas que a empresa possa vir a enfrentar em tempo futuro, onde essas mesmas decisões podem ser aperfeiçoadas em planificadas ou não delineadas.

Expusemos, ademais, que a cancha organizacional é estruturado pela tradição organizacional, ambiente organizacional, procedimento organizacional, diligente das organizações e dentre outros.

Deste modo, foi contextualizado um contíguo de intenções de feição do gestor futurista, dentre essas convergências, destacar-se-ia o pensamento sistemático, poder de comando e direção, aptidão de gerenciar porvindouros habilidades dentre outras. Por derradeiro, a perseverança em esquematizar de antemão, faz de toda e qualquer organização, uma força que corrobora como carece ser brotado os ações e as cátedras organizacionais.

De forma amiúde, cumpre-nos detalhar de forma pormenorizada que o tripé da sustentabilidade foi um “termo criado para representar a expansão do modelo de negócios tradicional

para um novo modelo, que passa a considerar a performance ambiental, social e econômica da organização” (Gestão Sustentável, p.7).

Assim, nota-se, em comum no que tange os temas estudados percebemos que trata-se de assuntos relacionados com o empreendedorismo num enfoque em sustentabilidade, tanto na sustentabilidade da natureza como, também, na sustentabilidade humana. Como exemplo temos a Google com uma das melhores empresas para trabalhar e a empresa Apple que não se preocupava tão somente com lançamento de aparelhos, mas sim com a sustentabilidade da empresa frente as questões ambientais, esses, segundo especialistas em sustentabilidade, foi o maior legado deixado por Steve Jobs. Jeito de criar produtos que minimizariam o impacto ambiental. Palmas!

Destarte, essas empresas procuram, ao mesmo tempo, a reutilização de materiais para um novo modelo de educação trabalhando, principalmente, a parte socioambiental, utilizando o tripé da sustentabilidade, ei-las: econômico; social; e ambiental. Lembrando que esses projetos estão focados da política nacional de resíduos sólidos.

Foi manejado, ao mesmo tempo, uma reflexão de onde estariam tais objetos, caso não fosse feito o processo adequado de renovação. Por fim, houve um destaque especial para o uso racional dos produtos, como a produção de produtos retirados da própria natureza, assim como a utilização de uma organização social, além de uma formação profissional, cidadã.

Deixar-se-ia, além disso, parceria com empresas, utilização de materiais não de forma mística, mas sim de maneira científica, avaliação dos produtos com a devida sustentabilidade, procurou de forma “velada” estimular a sociedade a pensar nos nossos recursos naturais, onde é inconcebível que ao mesmo tempo temos uma riqueza natural e uma pobreza absurda, racionalização no uso dos produtos, empresa cidadã, superestrutura sustentável, reciclagem e

reaproveitamento de materiais, uso de energia limpa, extração consciente e sustentável dos recursos, geração de emprego, renda e maiormente de novos saberes. Estes são um pequeno esboço na grandiosa contribuição das Empresas Apple e Google, em especial o fenomenal Steve Jobs.

É preciso repisar sempre que o empreendedor é aquele que se propõe a movimentar, agindo diante de algum desafio que julgou interessante, partindo dessa premissa julgamos que ecoempreendedorismo seria esta ação com um viés na sustentabilidade e na busca, incessante, da transformação paradigmática na sociedade, de modo que contribua tanto no mundo teórico (acadêmico) que é muito importante, mas paralelamente temos que ter no mundo exemplos práticos mesmo que sejam pequenos, carregando em si sementes transformadores para um mundo mais sustentável. São essas tais sementes que corroboram para trazer na sociedade uma reflexão individual e/ou coletivo, formando nessa mesma sociedade um alvo de debate para um novo repensar no modelo de negócios.

GENIAL mesmo é saber que os produtos da Apple não possui mercúrio e que suas peças poderão ser reutilizados quando descartados, assim Jobs ajudou a chamada virtualização da economia e que a Google é considerada a melhor empresa para trabalhar por investir em seus empregados a se desenvolverem elevando a moral e dignidade de cada indivíduo com um sistema motivacional.

Deste modo, a Rompante matéria, corroborou para entender que os três “p” (pessoas, planeta e lucro) serve para as empresas não ter seus olhos de rapinas somente nas questões econômicas, mas, igualmente, nas questões sociais e ambientais, foi o que percebeu na Empresa Google (social humanizado) e Apple (tecnológico sustentável). Tudo isso pode ser resumido em um substantivo: GENEROSIDADE.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, no que tange a responsabilidade social corporativa abordada nesse folhetim percebeu que a discussão a despeito do tema tem se propagada de uma forma grandiosa em benefício do povo, o que se debatia somente entre os ambientalistas, hoje, o assunto tornou-se de interesse geral. E, por fim, percebeu, também, que a falta de investimento público na área de desenvolvimento ambiental veio de forma a alavancar o interesse das organizações sociais para implementação e desenvolvimento nesse setor, ou seja, tirou a responsabilidade social do Estado e transferiu de forma implícita para o setor privado, fato percebido principalmente a partir do ano de 1990.

Como as empresas privadas estavam pressionadas pela sociedade organizada surgiu então um parceiro para assumir esse papel tão difícil em proteger o meio ambiente. Assim, as empresas além de buscar um produto de excelência, ainda, é preciso auferir um produto reconhecidamente “carimbado” com selo de responsabilidade social com toda a transparência de seu capital moral ético.

Percebeu-se, ademais, que apesar de existirem com o fim de abiscoitar lucros, os organismos privados se não estiverem totalmente engajados com a responsabilidade socioambiental estará seriamente, em um futuro não muito distante, ameaçada de ver suas atividades suspensas por falta de credibilidade da sociedade. Por isso, hodiernamente, apreendemos as empresas preocupadas com projetos sociais, interna e externamente, saindo-se em vantagem das demais.

Notou-se, além disso, que algumas empresas privadas taticamente investe no exercício da responsabilidade social, principalmente, para aquecer seus “stakeholders”, e não apenas para diminuir as desigualdades sociais, para ter assim um imagem positivada.

Em arremate, nota-se, que é preciso firmar o entendimento de que é necessário um derramamento da responsabilidade socioambiental corporativa na sociedade para que esses organismos adote-o em sua universalidade, consagrando, assim, uma nova maneira de gestão para uma credibilidade de imagem ainda maior. E, nessa escora, é indispensável a utilização de indicadores de responsabilidade social.

REFERENCIAS

BANHEIRO SUSTENTÁVEL JÁ É REALIDADE. Disponível em: <https://www.docol.com.br/pt/imprensa/ver/id/23/banheiro-sustentavel-ja-e-realidade>. Acesso em: 28 de fev. de 2017.

BATISTA, Jean Charles de Oliveira. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas: uma análise da responsabilidade por crimes ambientais por entidades privadas. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 03 jan. 2014. Disponível em: . Acesso em: 23 fev. 2017.

Bem Ambiental. Conceito e Natureza Jurídica. Disponível em: <http://www.direitoeco.com.br/2012/02/bem-ambiental-conceito-e-natureza.html>. Acesso em: 28 de fev. de 2016.

CARBONO BRASIL. Mídia ajuda consumidores a conhecer atuação social das empresas. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/acaosocial/article4767.html?id_article=453. Acesso em: 27 fev de 2017.

CHIAVENATO, I. Empreendedorismo Dando Asas ao Espírito Empreendedor: 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 3-23 p. Disponível em: http://www.posunead.uneb.br/pluginfile.php/9685/mod_resource/content/0/Empreendedorismo%20chiavenato%20texto%201.pdf. Acesso em: 26 de fev. de 2017.

DESPERDÍCIO DE PAPEL EM ESCRITÓRIOS. Disponível em: <http://www.setorreciclagem.com.br/reciclagem-de-papel/desperdicio-de-papel-em-escritorios/>. Acesso em: 27 de fev. de 2017.

FUNDAÇÃO NACIONAL DE QUALIDADE. Gestao Sustentavel Fnq. Disponível em: http://www.posunead.uneb.br/pluginfile.php/9692/mod_resource/content/0/gestao_sustentavel_fnq.pdf. Acesso em: 01 de mar. de 2017.

MUELLER, ADRIANA. **A UTILIZAÇÃO DOS INDICADORES DE RESPONSABILIDADE SOCIAL CORPORATIVA E SUA RELAÇÃO COM OS STAKEHOLDERS.** Florianópolis – SC, 2003

REVISTA EXAME. 20 empresas-modelo em responsabilidade socioambiental. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/negocios/as-20-empresas-modelo-em-responsabilidade-socioambiental/>. Acesso em: 02 mar. de 2017.

_____. As melhores empresas para você trabalhar. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/negocios/as-melhores-empresas-para-voce-trabalhar-m0058616/>. Acesso em: 02 mar. de 2017.

NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: DO POSITIVISMO AO POSITIVISMO

ESTEVÃO CAMPOS DOS SANTOS: Advogado, Consultor e Palestrante. Mestrando na Faculdade Autônoma de Direito - FADISP. Bolsista CAPES/PROSUP.

Resumo: A codificação nasce como algo necessário para a correta aplicação do direito e, afastamento das inconsistências da forma de produzir direito. A evolução da ciência jurídica introduz novo modo de positivizar a norma, através do pós positivismo. Logo, temos que analisar em qual modelo se insere a nova Codificação Processual brasileira, se no modelo clássico de positivismo ou no pós positivismo.

Palavras-chaves: Positivismo Clássico. Pós Positivismo. Processo Civil. Aplicação do art. 927. Precedentes.

Sumário: 1. Introdução: Positivismo Clássico – 2. Pós Positivismo. 3. Conclusão: Nossos Precedentes. Do Positivismo Clássico ao Positivismo Clássico. 4. Referências.

INTRODUÇÃO: Positivismo Clássico

A codificação surgida na França no ano de 1804 traduz a principal via de positivação no mundo moderno. Pensar o direito de forma estatutária ou baseada nesse não é uma premissa de Direito, tanto que em vários países de origem anglo-saxônica não se impõe codificação como sistematização do Direito, mas sim um costume. Ressalte-se, também, a importância da codificação de Justiniano, elaborada nos direitos romanos da Idade Média e Moderna.

A concepção de uma codificação na França, diferentemente de outros países que desenvolveram outros métodos interpretativos, baseou-se em uma forte tentativa de racionalizar o pensamento jurídico abstraindo desse a metafísica do direito natural, isso foi o iluminismo da Revolução Francesa de 1790 e 1800.

Duas são as características do racionalismo iluminista que se buscou imprimir na formulação e formatação da codificação: (i) a

existência de um legislador universal, capaz de produzir normas válidas no tempo e no espaço; (ii) e um direito simples e unitário passível de compreensão por todos os cidadãos.

Em Rousseau, no Discurso sobre a origem da desigualdade entre os homens, a civilização e os costumes são ópios da corrupção da natureza humana:

Inspirando-se precisamente nas concepções de Rousseau e iluministas em geral, os juristas da Revolução Francesa se propuseram a eliminar o acúmulo de normas jurídicas produzidas pelo desenvolvimento histórico e instaurar no seu lugar um direito fundado na natureza e adaptados às exigências universais humanas. (Bobbio 1995 , 65)

A escola da exegese indica uma análise mecanicista por parte do magistrado.

O Autor estabelece cinco pontos que provocaram a estruturação da escola da exegese:

a) A codificação sobreveio como forma de subsunção do fato a norma sem a necessidade de se analisar diversos costumes e verificar qual se aproxima com maior exatidão ao caso concreto, assim se posicionou Ehrlich (A lógica dos juristas).

b) O princípio da autoridade, guia o raciocínio jurídico para uma vontade do legislador que não pode ser superada pela oposição do julgador, e sim por uma nova norma modificativa.

c) Outro ponto de relevo para a teoria do jurídico-filosófico do Código, apresenta-se sobre a doutrina da separação dos poderes “como fundamento ideológico da estrutura do Estado moderno (fundada na distribuição das competências, portanto na atribuição das três funções fundamentais do Estado – a legislativa, a executiva e a judiciária – os três órgãos constitucionais distintos). Com base nesta teoria, o juiz não podia criar o direito, caso contrário invadiria a esfera de competência do poder legislativo, mas devia, de acordo com a imagem de Montesquieu, ser somente a boca através da qual fala a lei (nota-se como esta imagem reapareceu na expressão do Tribunal de Rouen, segundo o qual a reclamação por elementos normativos estranhos ao código sufocaria a voz do legislador)”

d) Princípio da certeza do direito, descreve a precisão ideológica da exatidão do direito a ser exposto pelo magistrado, pela premissa do que foi realizado com o prescrito em lei.

A exigência da segurança jurídica faz com que o jurista deva renunciar a toda contribuição criativa na interpretação da lei, limitando-se a tornar explícito, através de um procedimento lógico (silogismo), aquilo que já está implicitamente estabelecido na lei. (Bobbio 1995 , 80)

A lógica jurídica é tida como um forte ponto de interlocução entre a ciência jurídica (direito) e os fatos históricos. A codificação é produção científica da legislação.

A codificação depura e estabelece nas ordens civis o predomínio seguro da razão jurídica natural, armada de lógica, ajudada e protegida pela legalidade. Não se pode supor, no entanto, que a codificação destrua todos aqueles elementos do passado que não adotou instantaneamente: não, ela só os faz desaparecer. Posteriormente, a doutrina, a lógica do direito, a jurisprudência os retomarão individual e serenamente em exame, restaurarão a nova vida e forma daqueles que não perderam toda razão de existir, incorporando-os e coordenando-os no novo organismo (op. Cit., p. 231). (Bobbio 1995 , 80)

e) Por fim, uma motivo político, fez com que todas as instituições de ensino fossem reorganizadas a fim de se evitar o ensino do jusnaturalismo e teorias atinentes ao direito.

No entanto, na redação do art. 4º a visão era da livre criação do direito por parte do juiz.

A integração da lei deve ser o método adotado com referência a equidade, como juízo criativo do direito nas sendas cíveis e penais, como retorno ou aproximação ao direito natural.

Portalis, no seu discurso, repete quase literalmente o conceito de equidade expresso no art. 9º, ora citado (que, segundo parece, ele mesmo havia redigido):

Quando a lei é clara, é necessário segui-la; quando é obscura, é necessário aprofundar suas disposições. Na falta da lei, é

necessário consultar o uso ou a equidade. A equidade é o retorno à lei natural, no silêncio, na oposição ou na obscuridade das leis positivas (op. Cit., p. 5). (Bobbio 1995 , 73)

O Código de Napoleão teve uma revolução de pensamento quanto ao precedente histórico-jurídico, a ruptura foi algo inovador. Quanto a principal relevância interpretativa do Código este tange ao princípio da onipotência do legislador.

A redação do art. 4º talvez não imprimisse a ideia interpretativa do legislador absoluto como se consignou “O juiz que se recusar a julgar sob o pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpável de justiça denegada.” (Bobbio 1995 , 73)

Tal artigo impede a utilização da premissa do non liquet para a apreciação do direito posto. Ao mesmo tempo há de se expor os conceitos expostos no artigo em comento:

a) obscuridade da lei: o magistrado deve esclarecer a disposição legal;

b) insuficiência da lei: o magistrado deve se utilizar, quando do caso concreto, de outras normas como modo integrar e produzir o direito posto.

c) silêncio da lei: típico caso da lacuna da lei, o magistrado deve se utilizar de qualquer outra norma para produzir o direito.

No caso do silêncio (e também da insuficiência) da lei, o problema fundamental é o seguinte: o juiz, que necessita de uma regra para suprir (ou integrar) a lei, deve buscar tal regra no interior do próprio sistema legislativo (recorrendo à aplicação analógica ou aos princípios gerais do ordenamento jurídico) ou no exterior desse sistema, deduzindo-a de um juízo pessoal de equidade (o que significa: recorrendo a um sistema normativo – o moral ou aquele do direito natural – distinto dos sistema do direito positivo)? Os modernos teóricos do direito chamam a primeira solução de auto-integração e a segunda de hetero-integração do ordenamento jurídico. A solução adotada pelo positivismo jurídico em sentido estrito é a primeira: o dogma da onipotência do legislador, de fato, implica que o juiz deve sempre encontrar a resposta para todos os

problemas jurídicos no interior da própria lei, visto que nela estão contidos aqueles princípios que, através da interpretação, permitem individualizar uma disciplina jurídica para cada caso. O dogma da onipotência do legislador implica, portanto, num outro dogma estreitamente ligado ao primeiro, o da completitude do ordenamento jurídico. (Bobbio 1995 , 73)

A escola da exegese permaneceu como fonte de estudos durante um longo período na França e Países Baixos com poucas influências das novas constituições, mesmo os juristas, reconhecidamente, estabelecidos no regime anterior, não puderam esquivar de seguir as novas formas do Direito.

Várias juristas expuseram suas considerações sobre o novo Code civil receberam comentários, mas não sobre a forma de interpretar, uma vez que não havia tal necessidade. Os novos juristas exegetas consideravam direito antigo de conteúdo histórico relevante para explicar o atual posicionamento do direito francês, mas, sem nesse interferir ou influenciar:

A tensão consistia no ato de interpretação exercido pelos eruditos e que até então era praticado significativamente, não poderia criar direito. Ao interpretar uma lei, o jurista usurpava o “papel criativo” do legislador, supremacia essa que alterava, substancialmente, a engenharia de organização do Estado.

PÓS POSITIVISMO

O pós positivismo retrata uma mudança de paradigma da construção jurídica. Tal enfrentamento tem que ver com o aspecto interpretativo normativo no âmbito da ciência jurídica:

O genuíno pós-positivismo imprime significantes mudanças nos conceitos elementares para se decidir uma questão jurídica. Esse paradigma oferece novo conceito de norma que passa a ser concretizada e a subsunção é eliminada como mecanismo para aplicar o direito, deixa-se de perquirir por uma vontade (lei ou legislador) para se alcançar a correta interpretação dos enunciados jurídicos. (Abboud 2014, 52)

A viragem da visão metodológica relaciona-se ao distanciamento do direito como dever pré-imposto ou pré-

determinado antes mesmo de se conhecer o fato concreto. O positivismo jurídico constrói sua teoria fundante a partir do pressuposto de que o legislador e sua criação (lei) são a definição da norma em si só.

Mesmo Kelsen, que evoluiu o pensamento inicial do positivismo, nesse ponto afasta a possibilidade interpretativa da própria norma, por ter sido a mesma construída e estabelecida nos moldes anteriormente determinada e pronta para apresentar sua efetividade. Esse pensamento nos remete a escola exegética onde o julgador encontrava na lei a razão normativa do caso concreto:

A partir das premissas supracitadas, pode-se concluir que, em face do pós-positivismo, a norma não se confunde com o texto legal (enunciado), ela surge somente diante da problematização do caso concreto, seja real ou fictício. Com efeito, consiste em equívoco do positivismo legalista entender que a norma já está acabada e presente no texto da lei ou em um enunciado da súmula vinculante. A lei e a súmula vinculante são ante casum com o objetivo de solucionarem casos pro futuro. (Abboud 2014, 64)

Nesse ponto, o desenvolvimento da filosofia do direito permitiu a construção da viragem linguística em Gadamer e ontológica em Heidegger que afastam a vontade do legislador na seguinte medida.

Na virada linguística temos a construção da expressão como médium das mais diversas ciências, como a jurídica. Ainda, a linguagem como forma autônoma, não instrumentalizada da ciência jurídica:

Neste caso, a questão do fundamento fica deslocada para uma estrutura constituidora de mundo que é a linguagem.

Portanto, não se trata mais de perguntar pela 'essência' das coisas, tampouco por aquilo que o sujeito tem certeza de que sabe (no caso do conceito subjetivista), mas, sim perguntar pelas condições de acesso ao universo simbólico e significativo produzido pela linguagem.

[...]

Gadamer demonstra que a linguagem não é um ferramental que podemos escolher quando usar ou deixar de usar. Isso porque tudo que pensamos já é abarcado pela dimensão da linguagem. Queremos, com isso, dizer que o direito, quando visualizado como linguagem, não pode simplesmente ser instrumentalizado, sob pena de ser transformado em mera ferramenta. Não podemos fazer o direito apenas o que queremos. (Abboud 2014, 59)

No que tange a viragem ontológica o ente (Daisen), figura como ponto central para estruturação do direito que, a partir dele se pode melhor observar o ser, ou ainda, conforme afirma Heidegger essa mudança se faz necessária por ter a filosofia do direito relegado ao plano ôntico é que se traduz como ontológico, partindo-se do ser para compreender o ente. Quando na verdade, conforme afirma Georges Abboud (2014:60,61), o ente (Dasein) já tem em si uma ampla construção do mundo independente do ser:

O que precisa ficar estabelecido é que o homem (Ser-aí) se apresenta no centro do mundo, reunindo os fios deste. Ao escolher o homem (Ser-aí) como ponto central de sua filosofia. Heidegger não se concentra em um ente com exclusão de outros; o Ser-aí traz consigo o mundo inteiro. Isso é assim porque o Ser-aí é desde sempre ser-no-mundo; porque sua condição é, em si compreendendo, compreender o ser (Círculo Hermenêutico); e compreende o ser através da pergunta pelo ente (diferença ontológica). (Georges Abboud 2015, 443)

Nesse ponto, o pós-positivismo nos afirma que a construção silogística do dizer direito pela vontade pré-concebida pelo legislador/lei não mais pode ser observada ou aceita.

A teoria desenvolvida por Muller, propõe uma cisão no entender o texto de norma (viragem linguística) e a norma (viragem ontológica).

Reconhecer a obsolescência do silogismo equivale a constatar que não se pode produzir uma norma em abstrato que permitirá a solução de multiplicidade de casos por subsunção. A subsunção cai por terra juntamente com a existência de norma abstrato. A norma é concreta e coconstitutiva do caso concreto, logo ele nunca pode ser subsumida ao caso de forma mecânica. Não é possível cindir

interpretação da aplicação. Não podemos decidir e depois buscar fundamento. Decidir e interpretar não são momentos distintos

Conforme o autor, sua teoria estruturante do direito, retira do texto de lei à visão de norma ainda, integra ao ato julgar ao caso concreto a interpretação. Assim, julgar e interpretar são fatores concomitantes não dissociativas.

E nesse aspecto, o positivismo – que constrói o mecanismo-silogismo, merece ser apontado, por afastar a possibilidade interpretativa do julgador. Retornando, o texto de lei, assim, se torna o delimitador da construção da decisão judicial. Enquanto a norma se extrai da construção interpretativa do caso concreto.

Ou ainda, temos na norma o recorte social de aspectos historicista e fático, que não mais são afastados quando da decisão judicial. Há de se observar ainda que o pós positivismo se afasta do silogismo, consecutivamente do positivismo mecanicista, não suportando o entendimento de que a teoria estruturante não absorve a construção legislativa de modelo common law ou civil law.

CONCLUSÃO: NOSSOS PRECEDENTES. DO POSITIVISMO CLÁSSICO AO POSITIVISMO CLÁSSICO

O positivismo clássico, nascido no Revolução Francesa, previa uma aplicação textual livre de qualquer interpretação, ainda, sem vícios ou máculas que prejudicassem a legalidade.

Uma análise interessante da positivação da revolução francesa consiste que as mudanças mais sensíveis e que diretamente está relacionada a premente necessidade de positivação, relaciona-se ao fechamento das faculdades de direito. O hiato criado impulsionou a criação do sistema de normas unificados.

A interpretação da norma foi freada com a fidelidade dos artigos dos códigos e uma adequação das normas a mentalidade e formas da França revolucionária. O direito era, assim, uma expressão que pudesse ser expressa na forma de codificação sem nuances interpretativas dos doutrinadores da época.

Tal ponto constata-se pelo fechamento das universidades e sua reabertura em 1808 sob um estandarte da Universidade Imperial

que ligava todas as outras instituições em uma administração central.

Frederich Muller expõe que o pós positivismo imprime significativa mudança na base de avaliação da norma, sendo a norma individualizada de acordo com o caso concreto, sendo afastado o silogismo e a busca pela vontade da lei ou do legislador.

Norma só acontece com a interpretação do caso concreto. A ideia de norma existente através da lei abstrata prolatada pelo legislador é retrógada e positivista, aplica-la, nada mais seria do que uma subsunção de fatos a lei. Ainda, a aplicação desse silogismo na decisão judicial afeta drasticamente uma correta aplicação do texto normativo, por faltar um atribuir sentto à norma diante de um caso concreto.

Posto isso, o atual código de processo civil prevê um novo mecanismo para o nosso direito designado como precedente. O grande destaque do precedente é que apenas a ratio decidendi tem obrigatoriedade e persuasividade em sua aplicação nos casos posteriores. Daí, decorre que estritamente precedente é a própria ratio decidendi.

A tese jurídica de escolha do direito abstrato para aplicação ao caso concreto é a ratio decidendi. Mas, a tese jurídica alcança contornos gerais por se desprender do caso concreto e ser aplicada em casos análogos, mas concretos. Essas, a grosso modo, são orientações gerais da teoria do precedente.

No entanto, o Código de Processo Civil brasileiro no seu art. 927 prevê a aplicação do “precedente” de forma extremamente vinculante, em que o caso julgado servirá de norma autoaplicável ao caso concreto. O precedente é vinculante (binding precedent), ou binding authority (autoridade vinculante quando todos os casos análogos posteriores se aproximar do caso de origem que foi julgado pelo Tribunal e estabeleceu o efeito vinculante.

“No mais, exatamente por ser obrigatória sua observância, os juízes e tribunais, independentemente de provocação, deverão conhecê-los de ofício, sob pena de omissão e denegação de justiça - mas não sem antes ouvir as partes as e u respeito (cf. arts. 10 e 927, §1o, CPC). Por isso, é oportuna a previsão d o art. 1.022,

parágrafo único, I, CPC, de que é omissa a decisão que" deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento", que são precedentes obrigatórios na forma do art. 927, 111, CPC. (DIDIER JÚNIOR 2015, 455)

A crítica principal, consiste na vinculação obrigatória de aplicação das formas de precedentes introduzidas pelo texto normativo de forma imperativa. Não consiste a crítica na impossibilidade de vencer o precedente; procedimento que dificilmente ocorrerá na atuação sistemática, mas sim, na impossibilidade de interpretação do precedente sumular pelo magistrado que analisa o caso concreto.

O Juiz, assim, não pode ser só a boca da jurisprudência (como já fora da lei, ao tempo dos exegetas), repetindo ementas ou trechos de julgados descontextualizados dos fatos, ou usar julgados pontuais porque precisa ter uma noção do que os julgadores do passado fizeram coletivamente. Não dá para se usar julgados isolados como se estes representassem a completude do entendimento de um tribunal. (FREIRE, BARROS e PEIXOTO 2015, 5)

O adotado pelo Código Civil como precedente em nada tem que ver com modelo adotado nos países de common law, em que a decisão é construída de acordo com o caso concreto. Os pronunciamentos dos Tribunais nos moldes escolhidos pelo legislador têm características de generalidade, abstralidade próprios dos textos legais.

Os precedentes do sistema common law não permite uma decisão do Tribunal abstrata e aberta, seguindo, de certo modo a estruturação metódica de Muller, sendo o caso resolvido um início de reflexão para a posteridade.

A decisão correta deve se pautar única e exclusivamente na teoria jurídica, afastando-se uma interpretação enrijecida dos fatos pretéritos.

Ainda:

[...] A resposta correta não é metafísica, ela se impõe construtivamente, quando o julgador evidencia as razões pelas quais a decisão por ele alcançada é melhor do que todas as outras vislumbráveis na comunidade. Nas palavras de Dworkin, “uma proposição interpretativa é verdadeira porque as razões de sua admissão são melhores do que as razões de admissão de qualquer outra proposição interpretativa rival.”

[...]

A resposta correta é, antes de tudo, uma veemente negação do relativismo, mais precisamente da utilização da discricionariedade para solução das questões jurídicas.

[...]

Ato contínuo, a resposta correta exige do julgador a demonstração, mediante fundamentação da sentença, de porque aquela decisão é a melhor em relação às outras soluções trazidas pelas partes no caso concreto e outras que por ventura existam em outros tribunais ou tão somente em sede teórica-doutrinária. (Abboud, 2014:469)

Diametralmente, o sistema adotado pelo nosso legislador estabeleceu um modo de inflexibilizar as decisões em casos concretos. Os parâmetros são pré-estabelecidos e o caso concreto é relegado ao silogismo, outrora superado pela filosofia do direito. Nossa legislação indica que estamos a buscar uma aplicação do direito na forma do positivismo clássico.

BIBLIOGRAFIA:

Abboud, Georges. Discricionariedade Administrativa e Judicial . São Paulo: Revista dps , 2014.

Bobbio, Norberto. A Teoria das Formas de governo. Brasília: UnB, 1997.

— . O POSITIVISMO JURÍDICO. Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Cone, 1995 .

Caenegem, R. C. Van. UMA INTRODUÇÃO HISTÓRICA AO DIREITO PRIVADO. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DIDIER JÚNIOR, Fredie Didier. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de Oliveira. CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL 2: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015.

FREIRE, Alexandre, Lucas Buril de Macedo BARROS, e Ravi PEIXOTO. Precedentes no CPC-2015: por uma compreensão constitucionalista adequada do seu uso no Brasil. Salvador: Juspodivm, 2015.

Georges Abboud, Henrique Gaberllini Carnio, Rafael Tomaz de Oliveira. Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Kelsen, Hans. Teoria geral do direito e do Estado. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

Müller, Friedrich. Teoria Estruturante do Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

A PRESCRITIBILIDADE DOS PRAZOS DAS MULTAS APLICADAS PELO TCU - TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

GIOVANNI CAMPOS: Graduado em Ciências Contábeis (UnB) e Pós Graduado (Lato Sensu) em Gestão em Controladoria Governamental (Faculdade JK)

RESUMO: O trabalho foi fundamentado em pesquisa documental descritiva, com análise doutrinária e jurisprudencial adotadas no Brasil, tem por finalidade identificar qual(is) o(s) prazo(s) prescricional(is) das multas aplicadas pelo TCU – Tribunal de Contas da União. É verificado que em razão de a LOTCU – Lei Orgânica do TCU (Lei n.º 8.443/1992) deixar lacunas sobre a prescrição das sanções nela previstas, atualmente, coexistem três vertentes acerca da prescribibilidade das multas previstas nos arts. 57 e 58 da LOTCU: a imprescribibilidade propriamente dita; a utilização decenal que compõe a regra geral do CC – Código Civil brasileiro (Lei n.º 10.406/2002), constante em seu art. 205; e o uso do prazo quinquenal previsto em inúmeras normas de Direito Público. Por fim, baseando-se princípios básicos do ordenamento jurídico, defende-se o período de cinco anos para que ocorra a prescrição, contados do conhecimento do ilícito pelo respectivo Tribunal de Contas.

Palavras-chave: Prescrição. Multa. Ilícito. Prazos. Tribunal de Contas da União.

ABSTRACT: This article was based on descriptive documentary research, specially about doctrinal thoughts and jurisprudential analysis usually adopted in Brazil, the central focus of this study is to identify what is the limitation period of fines imposed by TCU – Brazilian Court of Auditors. This work shows that, although the LOTCU – TCU Organic Law (Law n. 8.443/1992) doesn't deal with deadlines period of sanctions therein, nowadays coexist three positions about deadline for the statute of limitations for fines which are contained in Articles 57 and 58 of the same law, these are: the imprescriptibility itself; the application of ten-years term existing in the general rule of CC – Brazilian Civil Code (Law n. 10.406/2002); and the use of five-year term provided on several public law rules.

Lastly, according to the principles of unity and the coherence of the community legal order, argues in favour of the limitations period of five years, calculated from the moment at TCU became aware of the unlawful fact.

Keywords: Limitation period. Fines. Unlawful fact. Deadlines. Brazilian Court of Auditors.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. OS PRINCÍPIOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. 2.1.1. O princípio da prescritibilidade. 2.1.2. A imprescritibilidade como exceção. 2.2. O princípio do devido processo legal. 2.3. O princípio da razoável duração do processo. 3. O PRAZO PRESCRICIONAL DAS MULTAS APLICADAS PELO TCU – TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. 3.1. A imprescritibilidade. 3.2. A prescrição decenal. 3.3. A prescrição quinquenal. 4. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

Incorrer em ilícito é hipótese para a incidência de norma jurídica que tem como intuito repelir tal conduta. No mundo jurídico há diversos instrumentos corretivos para esta situação, dentre as quais: medidas para restaurar a situação anterior, quando possível, reparar o lesado com uma compensação (no Processo Civil é denominado “perdas e danos”); e penalizar desvios de condutas (este denomina-se pena ou sanção).

Para os dois primeiros casos, o objetivo é a recomposição patrimonial do lesado, sendo que a finalidade da sanção é atingida por via oblíqua, por vezes, há casos em que o prejudicado não se beneficia diretamente. A CF/88 – Constituição Federal de 1988 – atribuiu ao TCU ambas as funções (reparatória e punitiva), em seu art. 71 é explanado, de forma clara, estas competências:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

II - **julgar** as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e **as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;**

VIII - **aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;**

(Grifo meu).

Os assuntos tratados pelo TCU são de tanta importância que a própria CF/88, em seu art. 71, § 3º, confere que: “As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo”. Ou seja, o TCU prescinde de recorrer ao Poder Judiciário para dar validade (efetividade) às suas decisões.

Contudo, a LOTCU – Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União – Lei nº 8.443 de 1992, que dispõe sobre todo o aparato organizacional do TCU, versa em seus arts. 57 e 58 sobre sanções, da espécie multa administrativa, que poderão ser aplicadas pelo próprio TCU em determinados casos. Entretanto, é válido ressaltar que existem outras espécies de sanções das quais o TCU pode se valer, como: o afastamento provisório do cargo, o arresto dos bens de responsáveis julgados em débito e a inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública. Trataremos no presente artigo não somente das previstas no capítulo V (de sanções) da LOTCU, como, também, dos outros supracitados.

O foco do trabalho desenvolvido é em torno do instituto da prescrição, tendo em vista a lacuna existente na LOTCU (A Lei nº 8.443/92 é omissa quanto ao instituto da prescrição/decadência), o princípio da

prescritibilidade adotado pela CF/88 e a regra geral de prescrição estabelecida no CC (art. 205), bem como apresentar uma análise crítica da jurisprudência do TCU acerca da matéria.

A temática é bastante relevante pois, assim como o instituto da decadência, é utilizado por gestores públicos e por outros como pressuposto na tentativa de afastar a aplicação de sanções sobre eles – provocação esta que tem cominado em fortes debates nas deliberações atuais do TCU. A decisão do Tribunal não põe fim à controvérsia, pois a matéria é frequentemente submetida à apreciação do Poder Judiciário, que não raras vezes reforma o julgado administrativo. Nesse contexto, o artigo objetiva descrever as principais teses jurídicas atualmente em discussão para, ao final, posicionar-se acerca de cada uma delas.

A análise crítica abordará a importância dos princípios como parte integrante do Direito – elementos essenciais para a perfeita orientação legislativa, judicial e administrativa – e descreverá alguns previstos na CF/88.

2. OS PRINCÍPIOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Para o estudo foram escolhidos quatro princípios, com base na proximidade destes com o assunto a ser tratado e, principalmente, por priorizar o fator tempo para sua realização. Os princípios são: da segurança jurídica, da proteção da confiança, do devido processo legal e da razoável duração do processo.

2.1. O princípio da segurança jurídica e a proteção à confiança

A proteção à confiança é considerada um valor inerente ao princípio da segurança jurídica que visa garantir, por meios normativos, que o Estado não frustrará as legítimas expectativas concedidas aos indivíduos. Com isso, é razoável que o Estado induza à estabilidade e à permanência em seus atos praticados, mesmo que estes atos sejam considerados ilegais posteriormente; pois, em qualquer caso, foram produzidos, no indivíduo, uma legítima expectativa frente a um determinado comportamento

estatal. Isso não quer dizer que o Estado deva incorrer em ilegalidades, e sim assegurar a boa-fé subjetiva.

A segurança jurídica pode ser considerada um dos elementos fundamentais que justificam a existência de um ordenamento jurídico e, praticamente, do próprio Estado de Direito. Canotilho^[1] anota que, há muito os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança são considerados elementos constitutivos do Estado de Direito.

Apesar de haver divergências doutrinárias, para Canotilho, a segurança jurídica é um gênero da espécie proteção da confiança. Ainda, segrega didaticamente que a proteção da confiança está relacionada a questões subjetivas do ordenamento jurídico, em especial a previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos atos praticados; enquanto a segurança jurídica vincula-se aos elementos objetivos, como a estabilidade jurídica e a preocupação com a concretização do direito.

Canotilho ainda destaca que para o entendimento sobre segurança jurídica deve ser observado três tipos de atos: os normativos, os jurisdicionais e os administrativos.

Os atos normativos têm como objetivo impor condições àqueles que criam as normas^[2]. Desta forma, as leis devem ser elaboradas em linguagem clara, compreensível e não contraditória, gerando nos intérpretes um sentido incontroverso de aplicação, de modo que as consequências jurídicas dos atos praticados sejam de conhecimento dos indivíduos. Neste sentido, a regulamentação deve permitir a identificação das situações concretas nas quais devem ser aplicadas. Caso contrário, não será possível trazer segurança às relações sociais e jurídicas, conseqüentemente, haverá dúvidas a respeito da atuação do Poder Público e isto impossibilitará o controle da atuação administrativa pelo Poder Judiciário. Neste ponto, como previsto na própria CF/88, art. 5º, inciso XXXVI, temos que as normas não podem retroagir para prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Para os atos jurisdicionais temos a figura da coisa julgada que não pode ser confundida com a eventual necessidade de se respeitar a uniformidade da jurisprudência. Canotilho ressalta que “sob o ponto de vista do cidadão, não existe um direito à manutenção da jurisprudência dos tribunais, mas sempre se coloca a questão de saber se e como a proteção da confiança pode estar condicionada pela uniformidade, ou, pelo menos, estabilidade, na orientação dos tribunais”^[3]. Ou seja, trazendo para o caso concreto, cabe ao Juiz de Direito avaliar o caso e os possíveis princípios aplicáveis, decidir a relevância e importância destes diante da situação, para que seja buscada a melhor decisão.

No caso dos atos administrativos temos outra vertente. Ainda que as manifestações da Administração Pública não possuam força de uma sentença judicial e sequer sejam protegidas pela coisa julgada, elas devem possuir estabilidade a ponto de vincular o autor ao ato, a ponto evitar o comportamento contraditório. Esta estabilidade deve ser relativa, para que permita adaptações futuras nos entendimentos, muitas vezes causadas por descobertas técnicas e científicas.

2.1.1. O princípio da prescritibilidade

A prescrição é um instituto que guarda íntima harmonia com o princípio da segurança jurídica, na qual sua aplicabilidade se restringe em casos em que houver discussão no espectro patrimonial e subjetivo. Faz-se necessário, por ora, distinguir o instituto da prescrição e o da decadência; para Câmara Leal, o prazo decadencial inicia-se no momento em que o direito nasce. Por outro lado, o prazo prescricional começa a fluir no momento em que a ação nasce, ou seja, no momento em que o direito é violado, ameaçado ou desrespeitado^[4]. A legislação brasileira tem se posicionado com entendimento diverso, a respeito dos prazos prescricionais, reconhece que a contagem do prazo prescricional se inicia quando a violação de direito se torna conhecida pela autoridade competente para que seja exigida o cumprimento de uma obrigação específica, este modelo intitula-se: princípio da *actio nata*, no Direito Administrativo.

Adaptando este último entendimento ao processo de controle externo, temos que o ponto de partida para a contagem do prazo prescricional ocorre com o efetivo conhecimento da irregularidade pelo TCU, órgão competente para tratar da matéria nestas circunstâncias. Então, em regra, o conhecimento se dará com a instauração do processo interno.

Utilizar-se da prescrição pode contribuir para geração de duas possíveis hipóteses: tanto para a criação de um direito, consolidando situações jurídicas contínuas e duradouras; quanto para a extinção de pretensões jurídicas.

Entretanto, para que este instituto seja devidamente invocado, faz-se necessário o cumprimento das seguintes etapas:

- I) existência de um direito patrimonial subjetivo violado (fator primordial ao nascimento da pretensão); e
- II) inércia do titular em não exercer sua pretensão por um prazo pré-determinado, curso temporal que pode variar dependendo do direito em questão e das circunstâncias do caso concreto (possibilidade de ocorrer suspensão e interrupção).

No que tange à renúncia, segundo entendimento da doutrina e conforme posição firmada no CC, é plenamente possível aplica-las à prescrição. Podendo esta ser tácita ou expressa (vigente no art. 191 do CC). Contudo, a renúncia só poderá ser concretizada caso não venha a prejudicar terceiro. Além disso, a abdicação não pode ser prévia, por motivo lógico de sistemática, não há possibilidade de os sujeitos renunciarem a um direito que ainda não possuem.

O CPC – Código de Processo Civil, que tem aplicação subsidiária nos processos perante ao TCU, versa, em seu art. 219, § 5º, que “O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição” (alteração realizada pela Lei n.º 11.280/2006). Isto é, prescinde de provocação das partes para que o juiz decida sobre prescribibilidade.

Com o advento desta alteração no CPC iniciou-se reiteradas críticas sobre a temática. Nelson Rosendal e Cristiano Chaves de Farias^[5] reconhecem que a inovação acompanha a economia e a celeridade processuais instituídas na CF/88 por meio da EC – Emenda Constitucional – Nº 45/2004. Entretanto, questionam o equívoco do legislador em permitir que um juiz reconheça de ofício a prescrição. A crítica fundamenta-se no fato de que não é razoável que o juiz adentre na autonomia privada da pessoa e, por conseguinte, nas liberdades individuais – direito fundamental assegurado pela CF/88.

2.1.2. A imprescritibilidade como exceção

A prescrição é vista como um dos inúmeros vetores do princípio da segurança jurídica, como discorre Pontes de Miranda que o instituto “em princípio, atinge a todas as pretensões e ações, quer se trate de direitos pessoais, quer de direitos reais, privados ou públicos. A imprescritibilidade é excepcional”.^[6]

A partir deste ensinamento, trazendo para o tema em abordagem, é possível interpretar que, no ordenamento jurídico brasileiro, a imprescritibilidade decorre de duas fontes:

- I) da existência de direitos extrapatrimoniais; ou
- II) do rol taxativo de exceções na CF/88.

São três as hipóteses constantes do item II:

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:

XLII - a **prática do racismo constitui crime** inafiançável e **imprescritível**, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.(Grifo meu).

As decisões do TCU que se pautam pela imprescritibilidade fundamentam-se especialmente na omissão legislativa a respeito do prazo prescricional. Por outro lado, tem-se toda uma lógica do ordenamento jurídico para afastar a aplicação desta possibilidade, pois, não existindo uma lei expressa, destarte, o intérprete não seria competente para se valer da analogia, costumes ou da interpretação extensiva das normas jurídicas para regular direitos do credor. Ademais, sendo esta matéria do ramo de Direito Administrativo, o Estado tem o dever de seguir estritamente o que está previsto em normal legal (princípio da legalidade). Esta posição tem adeptos da doutrina, José Cretella Jr. expôs ser ilegítimo “à doutrina, quando é omissa o direito positivo, criar direito novo e conceder benefícios que só o legislador pode outorgar. Cabe à lei fixar, de modo absolutamente preciso, o prazo prescricional” [7].

Corroborando com a posição defendida por Cretella Jr., o jurista e Ministro do STF – Supremo Tribunal Federal – Luis Roberto Barroso fez a seguinte ponderação:

O fato de não haver uma norma dispendo especificamente acerca do prazo prescricional, em

determinada hipótese, não confere a qualquer pretensão a nota da imprescritibilidade. Caberá ao intérprete buscar no sistema normativo, em regra através da interpretação extensiva ou da analogia, o prazo aplicável.

Com efeito, o argumento de que o tema da prescrição seria de “direito estrito”, não admitindo por isso analogia, não tem fundamento[8].

Logo, pelo entendimento da sistemática do ordenamento jurídico, é bastante plausível sopesar que a prescrição é a regra, e a imprescritibilidade exceção, mesmo diante de hipóteses em que haja omissão legislativa.

2.2. O princípio do devido processo legal

O princípio do devido processo legal está previsto na seção de direitos fundamentais da CF/88 (vide art. 5º, inciso LIV), traz o seguinte texto: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Historicamente, este princípio teve como fundamento a garantia dos cidadãos jurisdicionados em face ao exercício abusivo do poder, entretanto seu significado sofreu diversos ajustes ao longo dos séculos.

Além disso, este princípio:

a) gera a garantia de que todo e qualquer processo se dá em relação a fatos cuja ocorrência é posterior às leis que os regulamentam;

b) significa também que o Poder Judiciário deve apreciar as lesões e ameaças à liberdade e aos bens dos indivíduos[9].

Quanto ao primeiro quesito (letra “a”), o processo tem de se submeter a um ordenamento preexistente e, se este se alterar, estando em curso o processo, os atos já realizados serão respeitados (em prol da segurança jurídica e da proteção ao direito adquirido)[10]. José Frederico

Marques *apud* Acquaviva (2001) pondera no sentido de que o princípio do devido processo legal permite, ainda, a necessária imparcialidade do juiz.

Atualmente o princípio é subdividido em duas dimensões, a saber: substancial e processual (formal ou procedimental).

O devido processo legal substancial (*substantive due process*) visa o direito material e pressupõe uma produção legislativa com *proporcionalidade e razoabilidade*, ou seja, as leis devem satisfazer ao interesse público, na medida em que sejam atendidos os seus anseios e expectativas. É especificamente na proporcionalidade e razoabilidade das leis que se delimita o poder legiferante do Estado, a fim de evitar o abuso de poder por parte do próprio Governo, de modo a garantir ao cidadão que as leis a serem instituídas estarão adequadas e comprometidas aos reais interesses sociais. Cabe, logo, ressaltar que este instituto não se limita à seara legislativa, é perceptível sua vasta aplicabilidade no exercício da função jurisdicional.

Sob outra perspectiva, o devido processo legal processual (*procedural due process*), de cunho mais tradicional, é empregado em sentido estrito, referindo-se tanto ao processo judicial quanto ao processo administrativo, e tem como alicerce assegurar ao litigante vários direitos no âmbito do próprio processo. É neste contexto processual que emprega-se a nomenclatura “devido processo legal” (no Brasil) e se insere o contraditório que, paralelamente, ao direito de ação, a ampla defesa e ao tratamento isonômico (formal e material), enfeixa o acesso à justiça.

A observância do princípio do devido processo legal tem relevância para o TCU, principalmente, por ser matéria discutida pelo STF. Conforme entendimento do STF, editou-se a Súmula Vinculante Nº. 3 que trouxe a seguinte redação: “Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.”

Contudo, se faz necessário que este princípio seja, compulsoriamente, observado na aplicação das sanções previstas na LOTCU, inclusive no tocante à aplicação de eventual prescrição.

2.3. O princípio da razoável duração do processo

O princípio da razoável duração do processo, também, integrante do rol direito fundamentais da CF/88 (incluído pela EC Nº 45/2004, conforme art. 5º, inciso LXXVIII) traz a seguinte assertiva: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Outrossim, há a presença deste princípio na EC Nº 45/2004:

Art. 7º. O Congresso Nacional instalará, imediatamente após a promulgação desta Emenda Constitucional, comissão especial mista, destinada a elaborar, em cento e oitenta dias, os projetos de lei necessários à regulamentação da matéria nela tratada, bem como promover alterações na legislação federal objetivando tornar mais amplo o acesso à Justiça e mais célere a prestação jurisdicional.(Grifo meu).

Podemos citar, no mesmo sentido, a *Exposição de Motivos do CPC/2015* (Lei n. 13.105/2015) disserta que “a ausência de celeridade, sob certo ângulo, é ausência de Justiça”.

Seguindo o mesmo ideal, Welsch^[11] leciona que:

A morosidade processual apresenta-se como uma das principais causas de descrédito do Judiciário. É pacífico o entendimento de que “justiça tardia não é justiça”. Grande parcela desta demora deve-se às diversas formas e possibilidades de recursos existentes no ordenamento jurídico e que impedem a rápida e eficiente entrega da prestação jurisdiciona. (...)

A introdução do prazo razoável na prestação jurisdicional como princípio constitucional traz um compromisso do Estado para com o cidadão a fim de dar maior efetividade ao processo, em respeito ao direito fundamental de acesso à justiça, que merece ser festejado. Sua importância destaca-se como pressuposto para o exercício pleno da cidadania nos Estados Democráticos de Direito, garantindo aos cidadãos a concretização dos direitos que lhes são constitucionalmente assegurados.

A demora na prestação jurisdicional causa às partes envolvidas ansiedade e prejuízos de ordem material a exigir a justa e adequada solução em tempo aceitável. (...)

A prescrição pode ser analisada como uma medida asseguratória da segurança jurídica, do devido processo legal e da razoável duração do processo. Visto que, não há motivos justificáveis para que a Administração Pública procrastine demasiadamente suas deliberações, o perigo da utilização desregrada da burocracia (morosidade) nos traz sensação de pessoalidade (parcialidade) e impunidade. No entanto, exige-se da Administração Pública o cumprimento dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência (conforme previsão no art. 37 da CF/88).

3. O PRAZO PRESCRICIONAL DAS MULTAS APLICADAS

PELO TCU – TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Tomando como ponto de partida o estabelecido no art. 71, inciso VIII, da CF88; observa-se claramente que o texto constitucional não fixou prazos e, ademais, não regulamentou sobre o regime jurídico das sanções aplicadas pelo TCU.

Neste momento, é oportuno discernir a natureza jurídica dos “débitos” e das “multas”.

O débito está associado à ação de ressarcimento do dano causado ao erário, uma vez que o administrador público foi responsabilizado por gestão ruínosa, o prejuízo causado deverá ser recomposto ao patrimônio público. Pela natureza jurídica do débito, tanto a jurisprudência do TCU^[12] quanto a do STF entendem que é imprescritível. Vale enfatizar que deve-se fazer interpretação conjugada com o explicitado no art. 5º, XLV, da CF/88: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”. Isto é, pode um herdeiro responder por débito que decorreu de dano cometido pelo *de cuius*, quando ainda em vida.

Em contraposição, a multa constitui instrumento de sanção ao ato ilícito, ou seja, é inerente à ela o poder punitivo. Nesta situação, não é cabível a aplicabilidade do art. 5º, XLV, da CF/88. Por conseguinte, caso o gestor seja condenado e venha a falecer, extingue-se a punibilidade.

Retomando ao aspecto prescricional das sanções, atualmente, existem basicamente três diferentes entendimentos doutrinário a respeito da aplicação deste instituto. São eles:

- I) os que sustentam a imprescritibilidade das sanções;
- II) os que defendem a utilização da regra geral do Código Civil, sendo o prazo de dez anos (CC, art.205);
- III) os que dispõem do emprego do prazo de cinco anos (estabelecido em diversas normas aplicáveis ao Direito Público).

3.1. A imprescritibilidade

Os que defendem a *imprescritibilidade da pretensão punitiva* aplicadas pelo TCU baseiam-se, principalmente, na ressalva

contida no art. 37, §5º da CF/88[13]. Nota-se claramente que a ressalva é destinada à *imprescritibilidade das ações de ressarcimento em favor do erário* e não da imprescritibilidade das sanções aplicadas pela Corte de Contas. Desta forma, como ainda não existe a referida lei citada neste § 5º, esta corrente doutrinária, aproveitando da lacuna legislativa, aposta na imprescritibilidade das sanções aplicadas pelo Tribunal.

Como vimos anteriormente, prescrição é fruto da observância do princípio da segurança jurídica, do devido processo legal e da razoável duração do processo, e que manifesta-se em todas as pretensões e ações. A CF/88 positivou, taxativamente, as exceções à prescritibilidade, tal como fez para os crimes de racismo, a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático e as ações de ressarcimento de danos causado ao erário.

Diversas demandas judiciais de MS – Mandado de Segurança – transitaram pelo STF, em que o impetrante solicita o afastamento do instituto da imprescritibilidade adotada pelo TCU. Analisando o teor processual de algumas decisões monocráticas (por exemplo: MS 26.210/DF[14], MS26.745/DF[15], MS 27.440/DF[16] e MS 31.035/DF[17]) proferidas pelos Ministros da Suprema Corte, é seguro afirmar que não houve discriminação entre reparação de dano (débito) e aplicação de sanção (multa). Pode-se observar que no embasamento dos votos dos relatores é julgado somente o critério “débito” em face do art. 37, §5º da CF/88; sendo negligenciado o fator “multa”, que, por sua vez, tem deveras importância.

Por se tratar de uma norma constitucional de eficácia limitada (conhecida como relativa complementável ou, ainda, dependente de complementação legislativa), isto é, para o exercício do direito ou benefício consagrado, dependem de lei ordinária ou complementar que o regulamente. Então, a definição das regras de prescrição de multa não seria de competência do próprio TCU. Pedro Lenza (2015)[18], em sua obra, define com clareza as normas constitucionais de eficácia limitada:

São aquelas normas que, de imediato, no momento que a Constituição é promulgada, ou entra

em vigor (ou diante da introdução de novos preceitos por emendas à Constituição, ou na hipótese do art. 5º, § 3º), não têm o condão de produzir todos os seus efeitos, precisando de uma lei integrativa infraconstitucional, ou até mesmo de integração por meio de emenda constitucional (...) São, portanto, de **aplicabilidade indireta, mediata e reduzida**, ou, segundo alguns autores, **aplicabilidade diferida**.

(Grifo original).

Diante da omissão legislativa identificada, uma alternativa razoável seria utilizar-se do remédio constitucional MI – Mandado de Injunção, previsto no art. 5º, inciso LXXI, da CF/88: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. Nesta mesma linha, a então Ministra do STF Cármen Lúcia^[19], em diversos julgamentos de MI, conceitua este instituto como “ação constitucional de natureza mandamental, destinada a integrar a regra constitucional ressentida, em sua eficácia, pela ausência de norma que assegure a ela o vigor pleno”. Ademais, o MI só será admitido caso atenda a dois requisitos constitucionais:

- I) norma constitucional de eficácia limitada, prescrevendo direitos, liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania; e
- II) falta de norma regulamentadora, tornando inviável o exercício dos direitos, liberdades e prerrogativas acima mencionados (omissão do Poder Público).

A CF/88, também, previu taxativamente a quem compete decidir sobre MI:

Art. 102. Compete ao **Supremo Tribunal Federal**, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;

II - julgar, em recurso ordinário:

a) o habeas corpus, o mandado de segurança, o habeas data e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

h) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal;

Art. 121. Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais.

§ 4º - Das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais somente caberá recurso quando:

V - denegarem habeas corpus, mandado de segurança, habeas data ou mandado de injunção.

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 1º A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do **Tribunal de Justiça**.

(grifo meu).

Conforme exposto, o rol dos competentes para utilizar-se do MI para suprir lacunas não foi extensivo ao TCU, portanto o Tribunal de Contas não está apto a processar e julgar, originariamente, por meio deste remédio constitucional.

Contudo, considerando a sistemática hermenêutica do ordenamento jurídico, a imprescritibilidade das multas não é uma escolha acertada a ser adotada.

3.2. A prescrição decenal

A parcela doutrinária que defende a prescrição decenal fundamenta-se no art. 205 do CC, impõe que: “A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor”. Para esta vertente, mesmo que se trate de matéria tipicamente de direito privado, o proposto neste artigo legal transcende a qualquer espécie de relação jurídica^[20]; independentemente de quais as partes envolvidas (seja pessoa física, jurídica ou o próprio Estado). Opostamente à esta concepção, Chaves (2009)^[21] entende que uma vez constituído título executivo que comine multa, aplica-se à pretensão de executá-la judicialmente o prazo prescricional de cinco anos (conforme art. 206, § 5º, inciso I, do CC), afastando de qualquer maneira a regra geral que consta do art. 205 do CC. Entretanto, uma vez constituído título executivo que impute débito, há a imprescritibilidade da pretensão para executá-lo, ou seja, o débito imputado em um acórdão condenatório pode ser cobrado a qualquer tempo.

Para aprofundar nesta discussão, é oportuno recorrer à LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (antiga LICC – Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro), especificamente, em seu art. 4º é posto que “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Observando por esta perspectiva, para suprir a omissão presente na LOTCU não seria adequado a imprescritibilidade das multas, visto que nesta situação há outra lei que trata de prescrição, de modo a afastar a aplicação da analogia, dos costumes, ou dos princípios gerais de direito.

Os defensores desta linha alegam como principal justificativa que, por se tratar de dano contra a *res pública* (coisa pública) e de interesse coletivo (afeta a todos), qualquer atitude ilícita deveria ser tratada com maior relevância, rigor e, por sua vez, ter maior elasticidade dos prazos prescricionais para responsabilizar com mais severidade todos que concorram com o ato lesivo.

Sob o novo contexto trazido pela Constituição Federal de 1988, é que devemos interpretar a regra geral prevista no Código Civil. No atual ordenamento jurídico brasileiro, todas as normas (*lei lato sensu*) – que constam dos atributos: da generalidade (abrange o máximo de número de casos em concreto possível), da impessoalidade (pressupõe aplicação a todos que nela se enquadra) e da abstração (não foi criada com vistas um caso específico apenas) – devem prevalecer a consonância com a CF/88, não se limitando apenas à interpretação textual do documento, mas inclusive a ideia principiológica e a lógica jurídica adotada pelo legislador originário ao editar a norma. Em outras palavras, o intérprete deve atentar-se ao “espírito” do documento normativo no intuito de chegar ao objetivo pretendido pelo legislador (a princípio, este representa o povo) sempre com vistas a máxima efetividade às normas constitucionais.

Como se não bastasse, a concepção de pretender uniformizar a aplicabilidade de um determinado prazo prescricional, muitas vezes, desconsideram princípios estruturantes do ordenamento jurídico. A consequência é imediata, levaria a uma incoerência no ordenamento jurídico, afetando negativamente a noção de direito, além de violar os princípios do devido processo legal, concordância prática e da isonomia.

Traduzindo para um exemplo prático, caso um gestor público incorra em ilicitudes que sejam enquadradas na lei de improbidade administrativa (Lei 8.429/92), o processo administrativo do órgão competente terá prazo prescricional de cinco anos a contar da data do conhecimento do fato. Por outra via, não teria nexos, sequer seria justo, alongar-se o prazo somente pelo fato de a matéria ser de competência do TCU. Este tratamento diferenciado para situações idênticas fere frontalmente o princípio da isonomia. Diante disso, é flagrantemente despropositado utilizar a disciplina do Código Civil para extrair a norma jurídica aplicável à prescrição da pretensão punitiva afeta às relações de Direito Público.

Como exemplo, de aplicação do prazo prescricional de cinco anos no Direito Público, temos a lei de improbidade administrativa (Lei 8.429/92) – que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública – trata de prescrição em seu art. 23, trazendo o prazo de 5 anos. Consonante com este prazo, a lei do servidor público federal (Lei 8.112/90) – que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais – prevê prazos prescricionais que estão presentes nos arts. 110, 142, 219 e tem como regra o prazo de cinco anos. Nesta mesma sistemática, o CTN – Código Tributário Nacional (Lei 5.172/66) – que dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios – constam os prazos prescricionais de cinco anos, em seus arts. 168 e 173.

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao abordar o assunto, elucida:

Não há regra alguma fixando genericamente um prazo prescricional para as ações judiciais do Poder Público em face do administrado. (...)

(...) Remeditando sobre a matéria, parece-nos que **o correto não é a analogia com o Direito Civil**, posto que, sendo as razões que o informam tão

profundamente distintas das que inspiram as relações de Direito Público, nem mesmo em tema de prescrição caberia buscar inspiração em tal fonte. Antes **dever-se-á, pois, indagar do tratamento atribuído ao tema prescricional ou decadencial em regras genéricas de Direito Público**[\[22\]](#).

(Grifo meu).

De maneira acertada, Celso Antônio Bandeira de Mello leciona, em sua obra, que o mais coerente é aplicar o prazo prescricional de Direito Público, invocando analogia e a simetria sistêmica. De fato, é primordial resguardar a segurança jurídica e o tratamento isonômico.

3.3. A prescrição quinquenal

Com o objetivo de buscar de uma solução mais eficiente para este impasse, deve-se considerar o Direito como um todo, visando a coerência e a integridade do composto normativo em geral, perpassando pela aplicação adequada da hermenêutica jurídica, sem afastar a importância dos princípios norteadores de toda esta conjuntura.

Diversas normas destinadas ao direito público tratam, como regra, da prescrição com prazo de cinco anos. As normas vão desde decretos do poder executivo anteriores à nossa atual Constituição até leis *stricto sensu* pós Constituição Federal de 1988 (a exemplo do art. 23, inciso II, da Lei 8.429/1992, do art. 142, inciso I da Lei 8.112/1990, do art. 1º do Decreto 20.910/1932, do art. 174 do Código Tributário Nacional, do art. 1º da Lei 9.873/1999 e art. 1º da Lei 6.838/1980 e do art. 46 da Lei 12.529/2011). Apesar de o exercício do controle externo previsto no art. 71 da CF/88 ser de titularidade do Congresso Nacional e exercido com auxílio do TCU e que não há margem para que outro ente o exerça, é bem verdade que inúmeros órgãos e entidades espalhados por toda a Administração Pública desempenham diversas atribuições similares a este controle, entretanto, neste caso, estão sob a regra do prazo prescricional de cinco anos. Ou seja, as consequências jurídicas para os casos são distintas daqueles tratados pelo TCU, porém, a norma prevê condutas

(causas) semelhantes às examinadas pelo TCU, tais como: atentar contra os Princípios da Administração Pública (art. 11 da Lei 8.429) ou atos que cominem em prejuízo ao erário (art. 71, inciso II, da CF/88).

Deste modo, se faz bastante pertinente, razoável e lógico enfatizar as noções de unidade, coerência e integridade do sistema jurídico. Isto posto, o mais congruente e satisfatório é acatar a prescrição quinquenal. Além de considerar o (quase) óbvio, por outro lado, por via oblíqua, coaduna com os princípios da razoável duração, do processo do devido processo legal, e da segurança jurídica e a proteção da confiança.

No que tange à aplicação de multas pelo TCU, Jorge Ulisses, ciente da locuna legislativa na LOTCU, propõe utilizar da analogia a fim de dirimi-la, mediante a observância e aplicação da seguinte ordem normativa:

- I) de direito administrativo;
- II) de direito tributário;
- III) de direito penal; e finalmente
- IV) de direito privado.

Diversos importantes doutrinadores administrativista do Brasil defendem essa posição, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, leciona que:

Dentre as várias normas, a que guarda maior identidade com as situações do controle externo e com a matéria de direito público, notadamente administrativo, é a lei que estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta, por regular norma bastante semelhante, pertinente à prescrição da ação punitiva diante do poder de polícia (...)[23].

Nesta mesma perspectiva, Hely Lopes Meirelles dita:

(...) quando a lei não fixa o prazo da prescrição administrativa, esta deve ocorrer em cinco anos, à semelhança da prescrição das ações pessoais contra

a Fazenda Pública (Dec. 20.910/32), das punições dos profissionais liberais (Lei 6.838/80) e para cobrança do crédito tributário (CTN, art. 174)[24].

Como não poderia ser diferente, Celso Antônio Bandeira de Mello ensina:

Vê-se, pois, que este prazo de cinco anos é uma constante nas disposições gerais estatuídas em regras de Direito Público, quer quando reportadas ao prazo para o administrado agir, quer quando reportadas ao prazo para a Administração fulminar seus próprios atos. Ademais, salvo disposição legal explícita, não haveria razão prestante para distinguir entre Administração e administrados no que concerne ao prazo ao cabo do qual faleceria o direito de reciprocamente se proporem ações.

Isto posto, estamos em que, *faltando regra específica que disponha de modo diverso*, ressalvada a hipótese de comprovada má-fé em uma, outra ou em ambas as partes de relação jurídica que envolva atos ampliativos de direito dos administrados, o prazo para a Administração proceder judicialmente contra eles é, como regra, de cinco anos, quer se trate de atos nulos, quer se trate de atos anuláveis (...) [25].

(Grifo original).

Em sede recursal às decisões proferidas pelo TCU, os tribunais integrantes do Poder Judiciário tem decidido (recorrendo ao art. 5º, inciso XXXV, da CF/88: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”) em favor da prescrição quinquenal. Como principal exemplo tem-se o REsp – Recurso Especial [26] – julgado pelo STJ – Superior Tribunal de Justiça – (órgão de uniformização da legislação infraconstitucional) que, de fato, reconheceu a imprescritibilidade do débito, como prescrito na CF/88, porém adotou a vertente da aplicação

do prazo geral da prescrição administrativa para a multa (sendo de cinco anos) nos casos em que não existisse regra enunciada em lei.

4. CONCLUSÃO

O problema apresenta-se em torno da lacuna presente na LOTCU, sendo que esta não previu prazo prescricional para multas aplicadas pelo TCU no auxílio ao Congresso Nacional do exercício do controle externo. A discussão em torno desta temática toma espaço não somente na doutrina como também nos tribunais de justiça, como se não bastasse, até mesmo no próprio TCU não há entendimento pacífico. Diversos estudiosos e doutrinadores tentam buscar uma solução mais justa e razoável para a problemática, sob observância da hermenêutica constitucional brasileira, com foco na sistemática principiológica, ponderando aqueles princípios fundamentais que mais impactam na discussão.

Por vezes, o TCU tem aplicado, majoritariamente, o prazo previsto na regra geral do CC (art. 205 do CC), aplicável no direito privado, como ocorreu nas seguintes decisões: Acórdão 510/2005 – TCU – Plenário; Acórdão 1.803/2010 – TCU – Plenário; Acórdão 474/2011 – TCU – Plenário; Acórdão 3.036/2006 – TCU – 1ª Câmara; Acórdão 2.073/2011 – TCU – 1ª Câmara.

Não tantas vezes, o TCU tem optado pela imprescritibilidade das multas aplicadas aos gestores faltosos, da mesma forma em que foi delineada para as ações destinadas ao ressarcimento dos danos causados ao erário (art. 37, § 5º, da CF/88).

Por outra face, tem reiteradas vezes rechaçado a aplicação do prazo quinquenal (compreendido como prazo “padrão” do Direito Público) para esta circunstância, mas, atualmente, há nova uma corrente sendo estudada por esta Corte de Contas que aplicaria o prazo prescricional de cinco anos, como é observado no Acórdão 1.314/2013 – TCU – Plenário. Como foi exposto, relevantes doutrinadores do direito administrativo, dentre eles: Celso Antônio Bandeira de Mello e Hely Lopes Meirelles tem defendido veementemente a aplicação do prazo quinquenal. Neste

espeque, o Ministro do TCU Benjamin Zymler, constante do Voto condutor do Acórdão 1.314/2013 – TCU – Plenário, versou sobre a prescritibilidade da multa imposta em processos de controle externo, que considera que o prazo prescricional de cinco anos deve ser contado a partir do conhecimento do fato pelo TCU.

O presente trabalho visa enriquecer a discussão dos prazos prescricionais para sanções aplicadas pelo TCU, no exercício do controle externo. Ao passo que defende a aplicação do período de cinco anos, por entender que melhor se adaptaria às situações jurídicas e principiológicas propostas na CF/88 e, também, às realidades do Brasil. Para se chegar a esta conclusão recorreu-se aos princípios constitucionais da razoável duração do processo, o devido processo legal e a segurança jurídica; com vistas à integridade e a coerência do ordenamento jurídico *lato sensu*.

A prescrição decenal, com fundamento na regra geral do CC, sequer conduz à melhor interpretação jurídica. A pretensão de regular indeterminadamente uma ampla gama de assuntos – previsto no art. 205 do CC – esbarra em limites principiológicos, afetando a integridade e coerência do ordenamento jurídico. Sobretudo, deve-se respeitar os princípios da concordância prática, do devido processo legal e da isonomia (igualdade). Nesse sentido, recepcionar dez anos como o prazo para a perda da pretensão punitiva pelo TCU, em que pese outras instituições públicas disporem de tão somente cinco anos, conduz a uma assimetria de Poderes, desequilíbrio certamente não pretendido pelo constituinte originário.

Da mesma maneira, seria um contrassenso aceitar a multa como imprescritível, principalmente no escopo do princípio da segurança jurídica, que acrescenta entendimento que a prescrição é a regra, e a imprescritibilidade é a exceção. Conforme a sistemática da própria CF/88, o legislador originário optou por expor taxativamente as situações cabíveis de imprescritibilidade, como ocorreu para os crimes de racismo (art. 5º, inciso XLII), na ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, inciso XLIV) e nas ações de ressarcimento cometidas por qualquer agente que causem prejuízos ao erário (art. 37, § 5º). Contudo, o TCU não é competente para

utilizar-se de métodos de integração normativa. Caso contrário, seria mitigada a pacificação das relações sociais, podendo, descabidamente, a qualquer tempo ser obrigado a quitar uma dívida não liquidada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário acadêmico de direito*. 2. ed. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2001.

AMORIM, Agnelo Filho. *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*. In *Revista dos Tribunais*, [s.l.], vol. 300, out. de 1960.

BAPTISTA, Sônia Márcia Hase de Almeida. *Direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

BARROSO, Luis Roberto. A prescrição administrativa no direito brasileiro antes e depois da lei nº 9.873/99. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 4, 2001. Disponível em: <www.direitopublico.com.br/pdf_4/DIALOGO-JURIDICO-04-JULHO-2001-LUIS-R-BARROSO.pdf>. Acesso em: 04/01/2016.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil – 1988*.

_____. Lei nº 8.443, de 16 de jul. de 1992. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 17 jul. 1992.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Traduzido por Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BRINDEIRO, Geraldo. O devido processo legal e o estado democrático de direito. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, [S.l.], n. 19, [199-?].

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7ª Ed. 8 reimp. Coimbra: Almedina, 2010.

CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho. *Controle Externo da Gestão Pública*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Dicionário de direito administrativo*. 5ª Ed. Ver. E aum. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LEAL, Antônio Luís da Câmara. *Da prescrição e da decadência*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

Lenza, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 19. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015.

LIMA, C. C. M. *O conhecimento do fato pela autoridade competente para instaurar o procedimento disciplinar como marco inicial para a contagem do prazo prescricional da pretensão punitiva do Estado*. 2014. Monografia (Especialização em Direito Público) – Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

MELLO, Maria Chaves de. *Dicionário jurídico português-inglês – inglês-português*. 7. ed. Rio de Janeiro: Elfos, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado - Tomo VI*. 4ª ed. RT, 1974.

MOREIRA, D. M. B. *O prazo prescricional das multas aplicadas pelo Tribunal de Contas da União*. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso) - Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 6. ed. [S. I.]: Revista dos Tribunais, [S.d.].

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil – Teoria Geral*. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

Santos, Arides Leite. *O reconhecimento da prescrição pelo Tribunal de Contas da União*. Portal TCU, Brasília, 29 de agosto de 2008 Disponível em: . Acesso 08/01/2016

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. 3.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Devido processo legal e tutela jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

WELSCH, Gisele Mazzoni. A Razoável Duração do Processo (art. 5º, LXXVIII da CF/88) como Garantia Constitucional. Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 8, nº 789, 24 de junho de 2008. Disponível em: . Acesso em: 05/01/2016.

NOTAS:

[1] CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7ª Ed. 8 reimp. Coimbra: Almedina, p. 257, 2010.

[2] CANOTILHO. *Ob. cit.* p. 257-64.

- [3] CANOTILHO. *Ob. cit.* p. 265.
- [4] LEAL, 1978, p. 100-1
- [5] ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil – Teoria Geral*. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p. 797.
- [6] MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado - Tomo VI*. 4ª ed. RT, 1974, p. 127.
- [7] CRETELLA JÚNIOR, José. *Dicionário de direito administrativo*. 5ª Ed. Ver. E aum. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- [8] BARROSO, Luis Roberto. A prescrição administrativa no direito brasileiro antes e depois da lei nº 9.873/99. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 4, 2001. Disponível em: . Acesso em: 04/01/2016.
- [9] ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário acadêmico de direito*. 2. ed. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2001.
- [10] BAPTISTA, Sônia Márcia Hase de Almeida. *Direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- [11] WELSCH, Gisele Mazzoni. A Razoável Duração do Processo (art. 5º, LXXVIII da CF/88) como Garantia Constitucional. *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 8, nº 789, 24 de junho de 2008. Disponível em: . Acesso em: 05/01/2016.
- [12] Súmula-TCU nº 282.
- [13] Neste sentido: Acórdão 510/2005 – Plenário; 208/2005 – 1ª Câmara; 511/2005 – 1ª Câmara [*idem*].
- [14] STF – MS 26.210/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Pleno, j. 04/09/2008, DJe 09/10/2008.
- [15] STF – MS 26.745/DF, Rel. Min. Celso de Melo, j. 24/10/2013, DJe de 29/10/2014.

[16] STF – MS 27.440/DF , Rel. Min. Celso de Melo, j. 01/08/2013, DJe de 07/08/2013.

[17] STF – MS 31.035/DF , Rel. Min. Celso de Melo, j. 17/12/2014, DJe de 30/01/2015.

[18] Lenza, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 19. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015.

[19] STF – MI 828/DF, MI 841/DF, MI 850/DF, MI 857/DF, MI 879/DF, MI 905/DF, MI 927/DF, MI

938/DF, MI 962/DF, MI 998/DF.

[20] TCU – TC 007.822/2005-4, Rel. do recurso de reconsideração: Min. Benjamin Zymler, Voto do Min. Walton Alencar Rodrigues, p. 10.

[21] CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho. Controle Externo da Gestão Pública. 2. ed. Niterói: Impetus, 2009.

[22] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. P. 1078-9.

[23] Fernandes, 2003, p. 561 e 563.

[24] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 654.

[25] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. P. 1080.

[26] STJ - REsp 894.539/PI, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, j. 20/08/2009, DJe 27/08/2009.

ÉTICA E AS CARREIRAS JURÍDICAS

DINAMARES FONTES DE SANTANA:
Acadêmica do curso de Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais - AGES. Auxiliar de departamento pessoal.

RESUMO: O presente artigo tem por finalidade abordar sobre as carreiras jurídicas e a ética, sabe-se que o Bacharel em Direito irá optar quais atividades profissionais seguir, advogar ou destina a uma carreira jurídica como advogado, caso opte pela carreira jurídica pode tornar-se Delegado de Polícia, Juiz de Direito, Promotor entre outros, desse modo, em qualquer dessas carreiras o profissional será norteado pela ética no âmbito jurídico. Diante do exposto e tendo como base o congresso Nacional da UNIT e o CONADI, na qual, teve grandes assuntos de suma importância debatidos como: direitos humanos, direito de defesa, punição entre outros, será feito um estudo tendo por embasamento conceitos de doutrinadores da matéria.

PALAVRAS-CHAVE: Ética, Justiça, Carreira, Defesa, Sociedade.

I-INTRODUÇÃO

O direito intervém em todos os campos da vida social, seja causando, modificando-se e condicionando as condutas dos indivíduos, desse modo à consciência ética e social dos juristas são imprescindíveis, no convívio em sociedade. Assim, Remédio fez menção na palestra “O desenvolvimento do direito é muito mais que vantagem econômica, pois conseguimos hoje conciliar com a cidadania” (2014).

Nota-se que o direito é antes de tudo uma criação ética que precisa pôr as leis a serviço de valores morais como: a verdade, igualdade e justiça para resolver conflitos e contradições de valores, assim o direito encontra-se contido na esfera da ética e aos seus profissionais incube o serviço de produzir verdadeira e sábia compreensão às normas para garantir a relação do direito e a ética.

Nesse passo, após sair da faculdade o bacharel em direito tem a necessidade de depois sua formação obter êxito na prova da ordem e assim

seguir sua carreira jurídica, pois sem o exame da ordem é quase que impossível ingressar no mercado de trabalho, a respeito desse tema quem tratou no CONADI, foi o palestrante Tiago Chohfi, expondo a grande dificuldade que o estudante de direito tem até a sua formação e logo após a dificuldade para se inserir no mercado de trabalho já que está muito abarrotado, ou seja, as dificuldades de se encontrar um emprego, logo em seguida faz um comparativo, através de índices sobre faculdades de direitos em todos os países e que o Brasil é o país que mais tem faculdades de direito.

Ao longo deste trabalho iremos perceber que as carreiras jurídicas é um campo muito abrangente e que a ética é indispensável nesta profissão estando interligados.

III- A ÉTICA E AS CARREIRAS JURÍDICAS.

Compreendemos que nas carreiras jurídicas os princípios éticos têm uma elevada vinculação normativa por abarcar questões de acentuado interesse social, necessitando o operador de direito agir em acordo com a realidade social que o cerca, atentando não apenas com o aspecto da norma, mas, principalmente com a sua aplicabilidade prática e a finalidades que se propõe o direito para que seja alcançado.

Segundo Nalini “Não se pode admitir que quem optou pela função do direito, do correto, venha a se comportar incorretamente no desempenho profissional, as infrações profissionais são muito graves, pois constituem traição do infrator com seu projeto de vida, um compromisso que não soube honrar”. (P. 514, 2014).

No direito, entende-se por ética jurídica sendo a ética profissional, ou seja, a ética é um conjunto de normas de conduta que condicionam a atividade jurisdicional, tendo em vista a boa prática da função e a cautela da imagem do próprio profissional e de sua categoria.

O palestrante José Antônio remédio mencionou que às carreiras jurídicas tem relação com o desenvolvimento e a economia está interligada, Segundo Naline “A ciência do direito é a que guarda maior intimidade com a moral, pois ética não é senão a ciência do comportamento moral do

homem na sociedade, comportamento é regulado por normas”. (P.187,2014)

O direito é um estabelecimento ético que deve assentar as leis a serviço de valores morais tais como a verdade, igualdade e justiça para resolver conflitos, os profissionais do direito tem a obrigação de se preparar adequadamente, com o intuito de melhor proteger aqueles que recorrerem a seus préstimos, o fundamental dever moral do Estado é a justiça na distribuição de cargas fiscais entre os cidadãos. É, dessa forma, a orientação da prática jurídica que se encontra equivalente à orientação definida pelas normas processuais e normas objetivas do direito.

Segundo Nalini “Profissão é uma atividade pessoal, desenvolvida de maneira estável e honrada, ao serviço dos outros e a benefício próprio, de conformidade com própria vocação e em atenção à dignidade da pessoa humana”. (511, 2014). Portanto, é necessário avaliar a ideia de profissão sob a vertente ética, pois a profissão carece ser exercida de maneira estável e honrosa. O que se percebe que a ética está em regra em todas as profissões, e no âmbito das carreiras jurídicas está bem visível.

IV- JUSTIÇA E O DIREITO DE DEFESA.

Nas carreiras jurídicas temos a figura da Justiça, na qual todo operador do direito idealiza e quer colocar em prática, seja um juiz, promotor ou advogado, bem como o direito de defesa que todo cidadão, as normas apenas poderão ser consideradas moralmente adequadas se assegurar os direitos básicos dos indivíduos, ou seja, não somente os direitos humanos, mas também os direitos econômicos para a efetiva realização da justiça, pois a justiça apenas se justifica se consistir em equilibrar as relações entre desiguais, já que o conceito de justiça esta atrelada a noção do bem comum e de promoção dos interesses coletivos levando em conta a necessidade de toda sociedade, de tal modo não pode a justiça ser idealizada a partir de uma perspectiva que toda pessoa goza de igualdade de condições.

Segundo Dworkin, “A concepção do Estado de Direito deve ser centrada nos direitos pressupondo que os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e perante o Estado e incorporando a

justiça como ideal, onde todos os cidadãos e Estado agem conforme as regras”. (P. 35, 2005). Por tais razões, os indivíduos não partilham das mesmas ideias sobre o que é bom e justo, por isso, a justiça é um ideal e desejável para todas as relações dos indivíduos e compete ao direito regulamentar o que seja justo, nesse passo, o direito intervém em todos os campos da vida social. O judiciário se vê convocado a resolver vários litígios afinal recorre-se ao judiciário por que embora acredite nele.

Segundo Baroni “As sanções impostas pelo não cumprimento das regras morais acarretam uma sanção da consciência, arrependimento, sabedores de que a moral é a fonte maior da lei, fazer ou deixar de fazer alguma coisa por fim, percebe-se que o conceito de justiça deve se ligar antes de tudo aos princípios morais”. (P.24, 2001)

Vale ressaltar que Andrea Depieri na palestra deu ênfase sobre “a obrigação de punir do Estado”, afirmando que a punição é uma dose de sofrimento e que o individuo ver na prisão como a obrigação de punir, pois e que enquanto não afastar essa obrigação irá ter uma pedra no caminho, assim temos que mudar e tirar da mente que não é necessário sempre a obrigação de punir, pois está obrigação deve ser removida.

No entanto a Constituição Federal assegura o direito de defesa 5º, inciso LV, tendo como fundamento a Palestra de Luiz Gustavo na qual afirmou que os seres humanos foram constituídos a base na presunção de culpa e que a sociedade condena logo o individuo sem lhe dar um direito a defesa. Desse modo a população acorrenta o réu perante os tribunais pedindo a condenação sem ao menos ter foleado o processo. .

Assim, a urgência ética do brasileiro é colaborar para que a justiça exerça o principio fundante da eficiência, já que não é admissível a manutenção de um conjunto disfuncional como ora registrado.

CONCLUSÃO

Diante de tais argumentos tivemos uma visão abrangente acerca de ética e a carreira jurídica, sendo observado que os mesmos andam juntos com o individuo, no que concerne a ética

este é um dever de qualquer cidadão agir eticamente, pois é o caráter do indivíduo, ou seja, o modo de ser de cada pessoa. É possível perceber a grande responsabilidade que o profissional do direito tem, pois temos que fazer o justo, as carreiras jurídicas são fantásticas e como Tiago mencionou para você ser um bom profissional tem que se destacar “ter nome”, acredito que no início de qualquer carreira profissional não seja fácil para ninguém, no entanto se agirmos com ética e com nossos valores morais com o próximo conseguimos alcançar nossos objetivos, já que profissionais ruins temos em todas as áreas, mas a sociedade cobra mais quanto se trata de carreiras jurídicas.

REFERÊNCIAS:

NALINI, José Renato: **Ética Geral e profissional**, revista dos tribunais, São Paulo, 2014.

MESSA, Ana Flávia: **Exame da OAB Unificado 1º fase**, Saraiva, São Paulo, 2013.

BARONI, Robison: **Cartilha de ética Profissional do advogado**, LTR, São Paulo, 2001.

VALLS, Alvaro: **O que é ética**: brasiliense, 1994.

A INCIDÊNCIA DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM SEDE DE MATÉRIA AMBIENTAL: EXAME EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO STJ

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: Em uma primeira plana, a fim de sedimentar conceitos essenciais para a compreensão do instituto em destaque, revela-se imperioso compreender a acepção de pessoa jurídica, a partir das concepções estruturadas tanto pela legislação como pela doutrina. Pois bem, impende assinalar que a pessoa jurídica é descrita como uma ficção jurídica, estruturadas pela legislação com o escopo de suprir a inquietação humana. Denota-se, desse modo, que os sócios da pessoa jurídica, com personalidade diversa da natural, passam a atuar no mundo dos negócios. Verifica-se que a personalidade da pessoa jurídica afigura-se como verdadeiro escudo, que oculta os protagonistas das relações jurídicas. Logo, no ordenamento jurídico pátrio, há duas espécies de pessoas: a pessoa natural do sócio e a pessoa jurídica. Ao lado disso, há que se assinalar que, em razão da distinção supra, se desfralda como flâmula orientadora o princípio da separação patrimonial entre os bens do sócio e os bens da sociedade, o qual tem como fito precípuo traçar linhas limitadoras no que concerne à responsabilidade do sócio, resguardando, por conseguinte, o patrimônio pessoal de eventuais intempéries. Nesta linha, o presente debruça-se sobre a análise da desconsideração da personalidade jurídica em sede de Matéria Ambiental, colocando em destaque as situações legislativas autorizadas do levantamento do véu da personalidade jurídica.

Palavras-chaves: Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica. Matéria Ambiental. Levantamento do Véu da Personalidade.

Sumário: 1 Comentários Introdutórios: Notas ao Aspecto de Mutabilidade da Ciência Jurídica; 2 A Valoração dos Princípios: A Influência do Pós-Positivismo na Aplicação do Ordenamento Brasileiro; 3 A Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código Civil; 4 A Incidência da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica em sede de Matéria Ambiental: Exame em consonância com o entendimento jurisprudencial do STJ

1 Comentários Introdutórios: Ponderações ao Característico de Mutabilidade da Ciência Jurídica

Em sede de comentários inaugurais, ao se dispensar uma análise robusta sobre o tema colocado em debate, mister se faz evidenciar que a Ciência Jurídica, enquanto conjunto plural e multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as pujantes ramificações que a integra, reclama uma interpretação alicerçada nos múltiplos peculiares característicos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste diapasão, trazendo a lume os aspectos 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, em razão do burilado, infere-se que não mais prospera a ótica de imutabilidade que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática. É verificável, desta sorte, que os valores adotados pela coletividade, tal como os proeminentes cenários apresentados com a evolução da sociedade, passam a figurar como elementos que influenciam a confecção e aplicação das normas.

Com escora em tais premissas, cuida hastear como pavilhão 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]. Deste modo, 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 fundamental está assentado em assegurar que inexista a difusão da prática da vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras, nas quais o homem valorizava os aspectos estruturantes da Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Afora isso, volvendo a análise do tema para o cenário pátrio, é possível evidenciar que 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, primacialmente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral voto proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental N.º. 46/DF, “*o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza*”^[2]. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz justamente na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais.

Ainda nesta senda de exame, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdan, “*esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação*”^[3]. Destarte, a partir de uma análise profunda de 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.

2 A Valoração dos Princípios: A Influência do Pós-Positivismo no Ordenamento Brasileiro

Ab initio, tendo como pilares de apoio as lições apresentadas por Marquesi^[4] que, com substancial pertinência, diciona que os postulados e dogmas se afiguram como a gênese, o ponto de partida ou mesmo o primeiro momento da existência de algo. Nesta trilha, há que se gizar, com bastante ênfase, que os princípios se apresentam como verdades fundamentais, que suportam ou asseguram a certeza de uma gama de juízos e valores que norteiam as aplicações das normas diante da situação concreta, adequando o texto frio, abstrato e genérico às nuances e particularidades apresentadas pela interação do ser humano. Objetiva, por conseguinte, com a valoração dos princípios vedar a exacerbação errônea do texto da lei, conferindo-lhe dinamicidade ao apreciar as questões.

Com supedâneo em tais ideários, salientar se faz patente que os dogmas, valorados pelas linhas do pós-positivismo, são responsáveis por fundar o Ordenamento Jurídico e atuar como normas vinculantes, verdadeiras flâmulas desfraldadas na interpretação do Ordenamento Jurídico. Desta sorte, insta obtemperar que *“conhecê-los é penetrar o âmago da realidade jurídica. Toda sociedade politicamente organizada baseia-se numa tábua principiológica, que varia segundo se altera e evolui a cultura e modo de pensar”*^[5]. Ao lado disso, em razão do aspecto essencial que apresentam, os preceitos podem variar, de maneira robusta, adequando-se à realidade vigorante em cada Estado, ou seja, os corolários são resultantes dos anseios sagrados em cada população. Entrementes, o que assegura a característica fundante dos axiomas é o fato de estarem alicerçados em cânones positivados pelos representantes da nação ou de regra costumeira, que foi democraticamente aderida pela população.

Nesta senda, os dogmas que são salvaguardados pela Ciência Jurídica passam a ser erigidos à condição de elementos que compreendem em seu bojo oferta de uma abrangência mais versátil, contemplando, de maneira singular, as múltiplas espécies normativas que integram o

ordenamento pátrio. Ao lado do apresentado, com fortes cores e traços grosso, há que se evidenciar que tais mandamentos passam a figurar como super-normas, isto é, “*preceitos que exprimem valor e, por tal fato, são como pontos de referências para as demais, que desdobram de seu conteúdo*”[6]. Os corolários passam a figurar como verdadeiros pilares sobre os quais o arcabouço teórico que compõe o Direito se estrutura, segundo a brilhante exposição de Tovar[7]. Com efeito, essa concepção deve ser estendida a interpretação das normas que integram ao ramo Civilista da Ciência Jurídica, mormente o Direito das Famílias e o aspecto afetivo contido nas relações firmadas entre os indivíduos.

Em decorrência de tais lições, destacar é crucial que o Código de 2002 deve ser interpretado a partir de uma luz emanada pelos valores de maciça relevância para a Constituição Federal de 1988. Isto é, cabe ao Arquiteto do Direito observar, de forma imperiosa, a tábua principiológica, considerada como essencial e exaltada como fundamental dentro da Carta Magna do Estado Brasileiro, ao aplicar a legislação abstrata ao caso concreto. A exemplo de tal afirmativa, pode-se citar tábua principiológica que orienta a interpretação das normas atinentes ao Direito das Famílias. Com o alicerce no pontuado, salta aos olhos a necessidade de desnudar tal assunto, com o intento de afasta qualquer possível desmistificação, com o fito primordial de substancializar um entendimento mais robusto acerca do tema.

3 A Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código Civil

Tendo por sedimento as ponderações aduzidas, é possível assinalar que, em decorrência da grande independência e autonomia, devido à exclusão da responsabilidade dos sócios, a pessoa jurídica, por vezes, tem-se desviado de seus corolários e fitos, cometendo fraudes e atos eivados de desonestidade, provocando, por conseguinte, reações legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais, que objetivam coibir tais abusos, desconsiderando a sua personalidade jurídica. Nesta linha de exposição, pode-se salientar que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, ou ainda teoria da penetração, também denominada de *disregard theory*, surgiu com o escopo primevo de coibir os abusos praticados pelos agentes que, cobrindo-se com o véu proporcionado pelo

princípio da separação patrimonial. Tratava-se de situação em que se tornava impossível o ressarcimento de prejuízos ocasionados a terceiros, em razão de atos ilícitos praticados pelos controladores das pessoas jurídicas, ou ainda pelo simples esvaziamento de bens do patrimônio de suas sociedade que garantissem o pagamento das dívidas sociais.

Quadra colocar em destaque que a legislação pátria, ressoando a paulatina construção da teoria em testilha, bem como aprimorando a acepção atribuída pelo revogado Código Civil de 1916, estabeleceu este expediente repressivo à má utilização do ente moral, partindo do pressuposto da autonomia da pessoa jurídica diante a personalidade e patrimônio distintos dos membros que a integram. Sob essa inspiração é que se abriu a possibilidade do órgão judicante desconsiderar a personalidade jurídica quando esta se desviar de suas finalidades e também quando houver confusão patrimonial de bens dos sócios e de bem da pessoa jurídica, a fim de que a responsabilidade advinda desses atos negociais obscuros seja atribuída aos sócios ou administradores que deverão responder pela malversação com seus bens particulares.

Cogente se faz sublinhar que a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica não visa a anulação da personalidade jurídica, mas somente objetiva desconsiderar a pessoa jurídica no caso concreto, dentro de seus limites, em relação às pessoas e aos bens que atrás dela se escondem. “*É caso de declaração especial da personalidade jurídica para determinados efeitos, prosseguindo, todavia, a mesma incólume para seus outros fins legítimos*”^[8]. O Código Civil de 2002, em seu artigo 50, aprimorando o artigo 20 do Diploma Civilista revogado, consagrou a Teoria Maior da Desconsideração da Personalidade Jurídica. Para tanto, há que se citar a redação do artigo vigente, que assim diciona:

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. (destaquei).

O Enunciado nº. 51 da Jornada de Direito Civil realizada no Superior Tribunal de Justiça assentou sobre a desconsideração tratada no art. 50 do Código Civil: *“a Teoria da desconsideração da personalidade jurídica disregard doctrine fica positivada no novo Código Civil, mantidos os parâmetros existentes nos microssistemas legais e na construção jurídica sobre o tema”*. E mais: *“Só se aplica a desconsideração da personalidade jurídica quando houver a prática de ato irregular e, limitadamente, aos administradores ou sócios que nela hajam incorrido”* (Enunciado n. 7 da Jornada do Superior Tribunal de Justiça).

Em uma acepção conceitual, impende assinalar que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica é conhecida como aquela que concede ao juiz a possibilidade de desconsiderar a autonomia jurídica da personalidade da empresa e da personalidade de seus sócios, desde que a sociedade tenha sido utilizada para escopos ilegais ou ainda que tenham o condão de causar prejuízos a seus credores. Em ocorrendo tal situação, o juiz poderá determinar a constrição sobre os bens dos sócios, a fim de adimplir a dívida da empresa, ou também sobre os bens da empresa para pagar dívidas particulares dos sócios, ou, ainda, sobre bens de uma empresa para pagar dívidas de outra empresa do mesmo grupo. Trata-se do episódico levantamento do véu que distingue a pessoa jurídica das pessoas naturais que a compõem. Sobre o art. 50 do Código Civil de 2002, há que se trazer à colação os comentários de Maria Helena Diniz:

Desconsideração da pessoa jurídica. [...] Por isso o Código Civil pretende que, quando a pessoa jurídica se desviar dos fins determinantes de sua constituição, ou quando houver confusão patrimonial, em razão de abuso da personalidade jurídica, o órgão julgante, a requerimento da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, está autorizado a desconsiderar, episodicamente, a personalidade jurídica, para coibir fraudes de sócios que dela se valeram como escudo, sem importar essa medida numa dissolução da pessoa jurídica. Com isso subsiste o princípio da autonomia subjetiva da pessoa coletiva, distinta da pessoa de seus sócios, mas tal distinção é afastada, provisoriamente,

para dado caso concreto, estendendo a responsabilidade negocial aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica (RT, 786:163, 778:211, 711:117, 614:109, 657:120, 457:141, 342:181, 387:138, 418:213, 484:149, 580:84, 492:216, 511:199, 673:160, 713:138, JB, 147:286, 152:247, 164:294)[9].

Há que se frisar que a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica – *disregard theory* –, pela qual se autoriza o episódico levantamento do véu da sociedade, excepcionando-se o princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica em relação aos sócios, é medida que excetua à regra. Muito embora, como regra geral na aplicação da *disregard doctrine*, parte-se do pressuposto que responde o sócio com seu patrimônio particular pela obrigação da empresa. Embora exista uma regra geral diferenciadora do patrimônio da empresa e o de seus sócios, como titulares de patrimônios diferentes, este princípio da separação patrimonial deve ser superado e ceder em face de circunstâncias especiais e excepcionais.

Obviamente, por necessário, é imperioso assinalar que essas circunstâncias devem ser embasadas em provas robustas de fraude, de prática de atos com finalidade premeditadamente ilícita, de abuso de direito, de desonestidade, se escondendo o sócio sob a máscara societária com o objetivo de desfrutar de seus inegáveis benefícios, ocultando atos contrários a qualquer regra ética, jurídica e social. Saliente-se, por oportuno, que o ente jurídico não pode servir de escudo para frustrar a satisfação do crédito quando presente a hipótese legal que permite a desconsideração de sua personalidade. Nesta linha, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça segue a teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica, conforme se vislumbra do seguinte acórdão:

Ementa: Processual civil e civil. Recurso especial. Ação de execução de título judicial. Inexistência de bens de propriedade da empresa executada. Desconsideração da personalidade jurídica. Inviabilidade. Incidência do art. 50 do CC/02. Aplicação da Teoria Maior da Desconsideração da Personalidade Jurídica. [...] - A

regra geral adotada no ordenamento jurídico brasileiro é aquela prevista no art. 50 do CC/02, que consagra a Teoria Maior da Desconsideração, tanto na sua vertente subjetiva quanto na objetiva . - Salvo em situações excepcionais previstas em leis especiais, somente é possível a desconsideração da personalidade jurídica quando verificado o desvio de finalidade (Teoria Maior Subjetiva da Desconsideração), caracterizado pelo ato intencional dos sócios de fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica, ou quando evidenciada a confusão patrimonial (Teoria Maior Objetiva da Desconsideração), demonstrada pela inexistência, no campo dos fatos, de separação entre o patrimônio da pessoa jurídica e os de seus sócios. Recurso especial provido para afastar a desconsideração da personalidade jurídica da recorrente. (Superior Tribunal de Justiça – Terceira Turma/ Recurso Especial nº 970.635-SP/ Relatora. Ministra Nancy Andrighi/ Julgado em 10 nov. 2009/ Publicado no DJe 01 dez. 2009).

Pelo Código Civil em vigor, quando restar configurado que a pessoa jurídica se desviou dos fins que estabeleceram sua constituição, em decorrência dos sócios ou administradores a utilizarem para alcançarem o escopo distinto do objetivo societário com o intento de prejudicar outrem ou mesmo fazer uso indevido da finalidade social, ou quando houver confusão patrimonial, ou seja, mistura do patrimônio social com o particular do sócio, que tem o condão de causar dano a terceiro, “em razão de abuso da personalidade jurídica, o magistrado, a pedido do interessado ou do Ministério Público, está autorizado, com base na prova material do dano, a desconsiderar, episodicamente, a personalidade jurídica”^[10], com o intuito de coibir fraudes e abusos dos sócios que dela se valeram como defesa, sem que essa medida se desdobre numa dissolução da pessoa jurídica.

Em razão do exposto, denota-se que subsiste o dogma da autonomia subjetiva da pessoa coletiva, não se confundindo com a pessoa

de seus sócios, entretanto, tal distinção é rechaçada, ainda que em caráter provisório, em decorrência de uma determinada situação concreta. Verifica-se uma reprimenda pelo uso indevido da personalidade jurídica, por intermédio do desvio de seus objetivos ou ainda confusão patrimonial social, que é destinado para a perpetração de atos abusivos ou ilícitos, afastando-se, por tal fato, a distinção existente entre os bens dos sócios e da pessoa jurídica, admitindo-se, por conseguinte, que os efeitos de cunho patrimonial, relativos a determinadas obrigações, alcancem os bens particulares dos administradores ou, ainda, dos sócios.

Trata-se de situação em que restará materializada a desconsideração da personalidade jurídica, porquanto os bens da pessoa jurídica não bastam para a satisfação das obrigações contraídas, já que a pessoa jurídica não será dissolvida nem objeto de liquidação. Nesta esteira, prima anotar que a desconsideração da personalidade tem o escopo de transferir a responsabilidade para aqueles que, de modo indevido, utilizaram a sociedade. O Código Civil enumera dois pressupostos em que, em restando configurados, autorizarão a desconsideração da personalidade jurídica, a saber: a fraude e o abuso de direito.

4 A Incidência da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica em sede de Matéria Ambiental: Exame em consonância com o entendimento jurisprudencial do STJ

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^[11], 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. Para 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”[12].

Nesta senda, ainda, Fiorillo[13], 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. Nesta linha de exposição, insta ponderar que o Ministro Luiz Fux, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N°. 4.029/AM, salientou 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[14].

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”[15]. Nesta toada, ainda, é observável que o caput do artigo 225 da Constituição Federal[16] 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, inclusive, o Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ, destacou, com bastante pertinência, 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[17].

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, quadra ponderar que, em razão da referida corresponsabilidade, são titulares do meio ambiente os cidadãos da presente e da futura geração.

Tecidas tais considerações, ao volver um olhar analítico para o Direito Processual Ambiental, cuida destacar que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica passou a afigurar como instrumento de grande valia no Direito Pátrio. Neste aspecto, a Lei de Crimes Ambientais, albergou em seu artigo 4º, a possibilidade da utilização da desconsideração da personalidade jurídica, quando sua personalidade se revelar como óbice para que haja o ressarcimento do prejuízo causado ao meio-ambiente. A adoção da teoria em testilha pela Lei Nº. 9.605, de 13 de fevereiro de 1998, revela-se como dotada de grande importância, porquanto ambiciona inibir a fraude de pessoas que empregam as regras jurídicas da sociedade para se furtar de suas responsabilidades ou mesmo atuando de modo fraudulento. *“Ademais, não podemos esquecer que no caso dos crimes o bem tutelado é o meio ambiente que é considerado como bem de uso comum do povo (art. 225 da Constituição Federal), ou seja, é um bem difuso de interesse de todos, que deve ser defendido por todos”* [18].

A Lei Ambiental, regulamentando preceito de cunho constitucional, passou a prever, com clareza solar, a possibilidade de penalização criminal das pessoas jurídicas por danos ao meio-ambiente.

Nesta senda, cuida anotar que a responsabilização penal da pessoa jurídica pela prática de delitos ambientais advém de uma escolha política, como modo não apenas de punição das condutas lesivas ao meio-ambiente, mas como forma mesmo de prevenção geral e especial. É fato que a imputação penal às pessoas jurídicas esbarra em suposta incapacidade de perpetrarem uma ação dotada de relevância penal, assim como de serem culpáveis e, por extensão, de sofrerem as penalidades cominas nos diplomas legais. Com destaque, é possível colacionar o paradigmático aresto:

Ementa: Processual Civil, Administrativo e Ambiental. Adoção como razões de decidir de parecer exarado pelo Ministério Público. Inexistência de nulidade. Art. 2º, parágrafo único, da Lei 4.771/65. Dano ao meio ambiente. Responsabilidade civil do Estado por omissão. Arts. 3º, IV, c/c 14, §1º, da Lei 6.938/81. Dever de controle e fiscalização. 1. A jurisprudência predominante no STJ é no sentido de que, em matéria de proteção ambiental, há responsabilidade civil do Estado quando a omissão de cumprimento adequado do seu dever de fiscalizar for determinante para a concretização ou o agravamento do dano causado pelo seu causador direto. Trata-se, todavia, de responsabilidade subsidiária, cuja execução poderá ser promovida caso o degradador direto não cumprir a obrigação, "seja por total ou parcial exaurimento patrimonial ou insolvência, seja por impossibilidade ou incapacidade, por qualquer razão, inclusive técnica, de cumprimento da prestação judicialmente imposta, assegurado, sempre, o direito de regresso (art. 934 do Código Civil), com a desconsideração da personalidade jurídica, conforme preceitua o art. 50 do Código Civil" (REsp 1.071.741/SP, 2ª T., Min. Herman Benjamin, DJe de 16/12/2010). 2. Examinar se, no caso, a omissão foi ou não "determinante" (vale dizer, causa suficiente ou concorrente) para a "concretização ou o agravamento do dano" é juízo que envolve exame das

circunstâncias fáticas da causa, o que encontra óbice na Súmula 07/STJ. 3. Agravos regimentais desprovidos. (Superior Tribunal de Justiça – Primeira Turma/ AgRg no REsp 1.001.780-PR/ Relator: Ministro Teori Albino Zavascki/ Julgado em 27 set. 2011/ Publicado no DJe em 04 out. 2011).

Ementa: Recurso especial. Ação civil pública. Poluição ambiental. Empresas mineradoras. Carvão mineral. Estado de Santa Catarina. Reparação. Responsabilidade do Estado por omissão. Responsabilidade solidária. Responsabilidade subsidiária. [...] 5. A desconsideração da pessoa jurídica consiste na possibilidade de se ignorar a personalidade jurídica autônoma da entidade moral para chamar à responsabilidade seus sócios ou administradores, quando utilizam-na com objetivos fraudulentos ou diversos daqueles para os quais foi constituída. Portanto, (i) na falta do elemento "abuso de direito"; (ii) não se constituindo a personalização social obstáculo ao cumprimento da obrigação de reparação ambiental; e (iii) nem comprovando-se que os sócios ou administradores têm maior poder de solvência que as sociedades, a aplicação da disregard doctrine não tem lugar e pode constituir, na última hipótese, obstáculo ao cumprimento da obrigação. 6. Segundo o que dispõe o art. 3º, IV, c/c o art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81, os sócios/administradores respondem pelo cumprimento da obrigação de reparação ambiental na qualidade de responsáveis em nome próprio. A responsabilidade será solidária com os entes administrados, na modalidade subsidiária. 7. A ação de reparação/recuperação ambiental é imprescritível. 8. Recursos de Companhia Siderúrgica Nacional, Carbonífera Criciúma S/A, Carbonífera Metropolitana S/A, Carbonífera Barro Branco S/A, Carbonífera Palermo Ltda., Ibramil - Ibracoque

Mineração Ltda. não-conhecidos. Recurso da União provido em parte. Recursos de Coque Catarinense Ltda., Companhia Brasileira Carbonífera de Ararangua (massa falida), Companhia Carbonífera Catarinense, Companhia Carbonífera Urussanga providos em parte. Recurso do Ministério Público provido em parte. (Superior Tribunal de Justiça – Segunda Turma/ REsp 647.493-SC/ Relator: Ministro João Otávio de Noronha/ Julgado em 22 mai. 2007/ Publicado no DJ em 22 out. 2007, p. 233).

Ao lado disso, assinala-se que se a pessoa jurídica goza de existência própria, conferida pelo ordenamento jurídico, e pratica atos no meio social, por meio da atuação de seus administradores, poderá, igualmente, praticar condutas típicas e, portanto, ser passível de responsabilização penal. A culpabilidade, no conceito moderno, é a responsabilidade social, e a culpabilidade da pessoa jurídica, neste contexto, limita-se à vontade do seu administrador ao agir em seu nome e proveito. Deste modo, a pessoa jurídica só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral. Trata-se, com efeito, de visão alicerçada que busca materializar o ideário irradiado pelo princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado, refletindo a ótica que os direitos humanos de terceira dimensão, calcados na solidariedade transindividual, valorando a coletividade, não como um somatório de indivíduos, mas sim como uma unidade que reclama uma ótica pautada na materialização da fraternidade transgeracional, atentando-se tanto para as presentes quanto para as futuras gerações. Neste sentido, colhem-se os seguintes precedentes jurisprudenciais:

Ementa: Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. Direito Processual Penal. Crime Ambiental. Responsabilização da Pessoa Jurídica. Possibilidade. Trancamento da Ação Penal. Inépcia da Denúncia. Ocorrência. 1. Admitida a responsabilização penal da pessoa jurídica, por força de sua previsão constitucional, requisita a *actio*

poenalis, para a sua possibilidade, a imputação simultânea da pessoa moral e da pessoa física que, mediata ou imediatamente, no exercício de sua qualidade ou atribuição conferida pela estatuto social, pratique o fato-crime, atendendo-se, assim, ao princípio do nullum crimen sine actio humana. 2. Excluída a imputação aos dirigentes responsáveis pelas condutas incriminadas, o trancamento da ação penal, relativamente à pessoa jurídica, é de rigor. 3. Recurso provido. Ordem de *habeas corpus* concedida de ofício. (Superior Tribunal de Justiça – Sexta Turma/ RMS 16.696/PR/ Relator: Ministro Hamilton Carvalhido/ Publicado no DJ de 13 mar. 2006/ pág. 373).

Ementa: Processual Penal. Recurso Especial. Crimes contra o Meio Ambiente. Denúncia rejeitada pelo E. Tribunal a quo. Sistema ou Teoria da Dupla Imputação. Admite-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício, uma vez que "não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio" cf. Resp nº 564960/SC, 5ª Turma, Rel. Ministro Gilson Dipp, DJ de 13/06/2005 (Precedentes). Recurso especial provido. (Superior Tribunal de Justiça – Quinta Turma/ REsp 889.528-SC/ Relator: Ministro Felix Fischer/ Publicado no DJ de 18 jun. 2007/ pág. 331).

É possível verificar, desta sorte, que a pessoa jurídica responderá, juntamente com a pessoa natural causadora do dano, pelos atos praticados em seu nome. De igual modo, aquele que se valer da pessoa jurídica para perpetrar atos delituosos contra a qualidade do meio ambiente, compreendendo-se em tal vocábulo natural, artificial, cultural e do trabalho,

será sujeitado às sanções administrativas, civil e penal, ocasião que haverá a incidência da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Ao lado do expendido, denota-se, portanto, à luz do entendimento jurisprudencial consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça que a incidência da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, em sede de matéria ambiental, como mecanismo processual robusto para assegurar, quando cabível, a aplicação da legislação penal ambiental, sobretudo no que concerne à responsabilização dos sócios-proprietários pelo cometimento de ações que causam dano ou lesão ao meio ambiente.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 15 abr. 2016.

_____. **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 15 abr. 2016.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em: . Acesso em 15 abr. 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: . Acesso em 15 abr. 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado.** São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro: 8. Direito de Empresa.** São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

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

MARQUESI, Roberto Wagner. Os Princípios do Contrato na Nova Ordem Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 513, 2 dez. 2004. Disponível em: . Acesso em 15 abr. 2016.

REIS, Jair Teixeira dos. Desconsideração da personalidade jurídica na questão ambiental. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 40, 30 abr. 2007. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

REQUIÃO, Rubens. **Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais N°. 410.

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.

TOVAR, Leonardo Zehuri. O Papel dos Princípios no Ordenamento Jurídico. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 10, n. 696, 1 jun. 2005. Disponível em: . Acesso em 15 abr. 2016.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: . Acesso em 15 abr. 2016.
NOTAS:

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: . Acesso em 15 abr. 2016.

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental N°. 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 ago. 2009. Disponível em: . Acesso em 15 abr. 2016.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] MARQUESI, Roberto Wagner. Os Princípios do Contrato na Nova Ordem Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 513, 2 dez. 2004. Disponível em: . Acesso em 15 abr. 2016.

[5] MARQUESI, 2004, s.p.

[6] VERDAN, 2009, s.p.

[7] TOVAR, Leonardo Zehuri. O Papel dos Princípios no Ordenamento Jurídico. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 696, 1 jun. 2005. Disponível em: . Acesso em 15 abr. 2016.

[8] REQUIÃO, Rubens. **Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais Nº. 410, p. 14.

[9] DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 68.

[10] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: 8. Direito de Empresa**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 571.

[11] 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 15 abr. 2016.

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

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

[14] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 4.029/AM. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Federal N° 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 N° 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 15 abr. 2016.

[15] 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.

[16] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 15 abr. 2016: “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”.

[17] Idem. **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 15 abr. 2016.

[18] REIS, Jair Teixeira dos. **Desconsideração da personalidade jurídica na questão ambiental**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 40, 30 abr. 2007. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA TRAMITAÇÃO DIRETA DO INQUÉRITO POLICIAL ENTRE O MINISTÉRIO PÚBLICO E A POLÍCIA JUDICIÁRIA

MATEUS CAVALCANTI AMADO: graduado em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB) e Advogado, ex-Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe (TJSE).

Resumo: Após a Constituição de 1988, nosso processo penal mudou significativamente. Reformulou-se o Ministério Público, órgão encarregado da acusação e da produção probatória na esfera criminal. O juiz se afastou da investigação, de incumbência da Polícia Judiciária sob controle externo do parquet. Nesse cenário, o trabalho aborda as previsões normativas reguladoras da tramitação do inquérito policial, especialmente quando dispõem sobre a participação do magistrado nesta fase. É realizada abordagem dos sistemas processuais existentes, apontando aquele adotado no Brasil, discutindo-se, ainda, o controle externo da atividade policial pelo Ministério Público. O trabalho se justifica pela necessidade de otimização das investigações, sem olvidar direitos fundamentais. Houve extensa pesquisa bibliográfica, sendo a problemática contextualizada e abordada pelo método descritivo-analítico. Por meio do estudo, possível depreender que vigora em nosso ordenamento o sistema acusatório. Ademais, como fruto do controle externo imposto constitucionalmente, cabe ao Ministério Público fiscalizar a atividade-fim da Polícia Judiciária. Destarte, a tramitação direta do inquérito policial entre o parquet e a Polícia Judiciária, sem a participação do magistrado senão para medidas sob reserva jurisdicional, é procedimento adequado à nova realidade constitucional, especialmente pelo sistema acusatório, pelo controle externo da atividade policial pelo Ministério Público, e pela razoável duração do processo, garantia fundamental.

Palavras-chave: Inquérito policial. Ministério Público. Polícia Judiciária. Tramitação direta. Constitucionalidade.

Abstract: After the 1988 Constitution, our criminal proceedings have changed significantly. The Public Prosecutor's Office, the body responsible for prosecution and evidence production in the criminal sphere, was

reformed. The judge turned away from the investigation, which was the responsibility of the Judiciary Police under external control of the parquet. In this scenario, the paper deals with the normative provisions regulating the police investigation process, especially when they provide about the participation of the magistrate at this stage. The approach of the existing procedural systems is carried out, pointing to that adopted in Brazil, also discussing the external control of the police activity by the Public Prosecution Service. The work is justified by the need to optimize investigations, without forgetting fundamental rights. There was extensive bibliographical research, being the problematic contextualized and approached by the descriptive-analytical method. Through the study, it is possible to understand that the accusatory system is in force in our system. In addition, as a result of the external control constitutionally imposed, it is the responsibility of the Public Prosecutor's Office to supervise the final activity of the Judiciary Police. Thus, the direct investigation of the police investigation between the parquet and the Judiciary Police, without the participation of the magistrate but for measures under judicial reserve, is an appropriate procedure to the new constitutional reality, especially by the accusatory system, by the external control of the police activity by the Public Ministry, and for the reasonable duration of the process, fundamental guarantee.

Keywords: Policial investigation. Attorney's Office. Judicial Police. Direct processing. Constitutionality.

Sumário: 1. Introdução. 2. Dos sistemas processuais penais: o modelo adotado pela Constituição Federal de 1988. 3. Do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público. 4. Da razão da necessidade de releitura do Código de Processo Penal a partir da nova ordem constitucional. 5. Tramitação direta do inquérito policial entre o Ministério Público e a Polícia Judiciária: da compatibilidade com o texto constitucional. 6. Conclusão. 7. Referências.

1. Introdução

O objeto geral do trabalho realizado se fundamenta na contextualização e abordagem crítica no que concerne às disposições elencadas no Código de Processo Penal no tocante à tramitação do inquérito policial no processo penal brasileiro. A análise das disposições normativas sobre a tramitação do inquérito policial é de grande importância, visto que o momento pré-processual de investigação representa ponto norteador para a atuação do órgão acusador, que formará sua opinio delicti através da atividade da Polícia Judiciária.

Assim sendo, analisam-se assuntos relativos à atuação do juiz, do Ministério Público e da autoridade policial na investigação, delimitando o espaço de ação de cada um desses sujeitos, tão importantes para a atividade de prestação jurisdicional na esfera criminal.

Tendo como objetivo a completa compreensão do presente trabalho, faz-se necessária a análise dos sistemas processuais existentes, visto que, assim, serão apresentados os modelos relativos à gestão da prova processual penal e ao grau de participação do julgador em cada momento da persecução criminal. Após, impõe-se a análise do modelo constitucional vigente em nosso país, o qual tomaremos como elemento norteador para toda a discussão.

Da mesma forma, é necessária a análise de outro relevante instrumento constitucionalmente estabelecido e que também toca umbilicalmente o tema aqui discutido. Trata-se do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público, assunto que também influencia na atuação dos órgãos estatais na apuração de infrações penais e na relação entre a Polícia Judiciária e o Ministério Público, órgãos que gerem e executam a colheita pré-processual de elementos de informação que servirão de base para a deflagração da persecução penal em juízo.

Neste contexto, o trabalho se mostra de elevada importância em um momento em que a sociedade brasileira clama por mais celeridade na atuação dos órgãos judiciários, bem como por mais efetividade na prestação jurisdicional penal, reclamações estas motivadas pelas crescentes ondas de criminalidade e de impunidade em nossa sociedade.

A relevância da pesquisa também se faz transparente quando constatamos que atualmente se discutem grandes temas acerca da atuação institucional de diversos órgãos, assuntos dos quais são exemplos a autonomia da Polícia Judiciária, os poderes instrutórios do juiz criminal e as atribuições investigatórias do Ministério Público.

Assim, a discussão acerca da possibilidade de tramitação direta do inquérito policial entre o Ministério Público e a Polícia Judiciária, tendo como pano de fundo normas constitucionais e infraconstitucionais, procura legitimar e corroborar a integração entre as diversas instituições envolvidas na persecução criminal.

A construção do artigo acerca do assunto suscitado objetiva, além do que foi exposto até aqui, despertar na academia a análise da desconformidade de normas processuais penais com o texto constitucional, análises estas que buscam legitimar a atuação estatal na repressão e prevenção de delitos, protegendo os bens jurídicos mais relevantes.

2. Dos sistemas processuais penais: o modelo adotado pela Constituição Federal de 1988

O Direito Penal tutela bens jurídicos que foram elencados pelo Estado como os mais importantes para a convivência harmônica entre os indivíduos da sociedade, razão pela qual se dotou esse ramo do direito com a mais grave espécie de sanção estatal, qual seja, a privação da liberdade. Dada tal força com que conta o Direito Penal, este é tratado como ultima ratio, somente sendo aplicado quando todos os demais ramos do direito são insuficientes para a proteção de bens jurídicos.

Tratando-se, pois, o Direito Penal do instrumento que estabelece as sanções estatais mais violentas, para que estas sejam aplicadas é necessária a construção de um processo dialético em que sejam respeitados os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório e todos os mecanismos a eles inerentes, legitimando, pois, a atuação estatal de proteção a bens jurídicos.

O processo dialético necessário para a aplicação das sanções penais pode se dar de formas diferentes, sendo estas, por sua vez, denominadas sistemas processuais penais.

Rangel (2010, p. 50) define o sistema processual penal como sendo “o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto”.

Há, segundo a doutrina majoritária, dois grandes sistemas processuais penais, o inquisitivo e o acusatório, sendo apontada a existência, ainda, de um sistema intermediário, o misto, que mescla características dos dois sistemas anteriores.

O sistema inquisitivo tem como característica principal a concentração das funções de acusar, defender e julgar em uma única pessoa, que assume, dessa forma, as vestes de um juiz acusador, que também pode ser denominado juiz inquisidor. Tal personagem conta com ampla iniciativa probatória, independentemente do momento em que se encontra a persecução penal, antes ou depois da formação do processo propriamente dito, ou seja, até mesmo na etapa de investigação.

Segundo Rangel (2012, p. 151), também são características do sistema inquisitivo o tratamento conferido ao acusado de mero objeto de investigação, perdendo seu status de sujeito de direitos, bem como o caráter secreto do procedimento, não havendo a publicidade típica dos estados democráticos nem o amplo debate entre as partes, tolhendo-se, assim, o contraditório e a ampla defesa.

Discorrendo acerca de tal sistema, Lima afirma:

Essa concentração de poderes nas mãos do juiz compromete, invariavelmente, sua imparcialidade. De fato, há uma nítida incompatibilidade entre as funções de acusar e julgar. Afinal, o juiz que atua como acusador fica ligado psicologicamente ao

resultado da demanda, perdendo a objetividade e a imparcialidade no julgamento. (LIMA, 2011, p. 3-4)

No sistema acusatório, por sua vez, os princípios da ampla defesa, do contraditório e da publicidade, regem todo o processo. Há imparcialidade do órgão julgador e o livre convencimento motivado é o sistema adotado para a apreciação das provas. Para além disso, aqui, o acusado não é mero objeto de investigação, mas, sim, sujeito de direitos, participando ativamente da formação da opinião do julgador, seja se expressando através de sua defesa técnica e da autodefesa, seja através da produção de provas que se mostrem de seu interesse.

Rangel (2012, p. 157) nos ensina que “o sistema acusatório, diante dos direitos e das garantias constitucionais assegurados nos países civilizados, deve ser a mola-mestra para que o indivíduo perca sua liberdade de locomoção e tenha cerceados os demais direitos que dela decorram”.

Capez, por seu turno, explicando o sistema acusatório de acordo com dispositivos em vigor do nosso ordenamento jurídico, preleciona:

É que, no sistema acusatório, a fase investigatória fica a cargo da Polícia Civil, sob controle externo do Ministério Público (CF, art. 129, VII; Lei Complementar n. 73/93, art. 103, XIII, a e e), a quem, ao final, caberá propor a ação penal ou o arquivamento do caso. A autoridade judiciária não atua como sujeito ativo da produção de prova, ficando a salvo de qualquer comprometimento psicológico prévio. O sistema acusatório pressupõe as seguintes garantias constitucionais: da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV), do devido processo legal (art. 5º, LIV), da garantia do acesso à justiça (art. 5º, LXXIV), da garantia do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII), do tratamento paritário das partes (art. 5º, caput e I), da ampla defesa (art. 5º, LV, LVI e LXII), da publicidade dos atos processuais e motivação dos

atos decisórios (art. 93, IX) e da presunção de inocência (art. 5º, LVII). É o sistema vigente em nosso país. (CAPEZ, 2011, p. 85).

Por fim, temos o sistema misto, também chamado de acusatório formal ou francês, em virtude de suas raízes remontarem à Revolução Francesa do século XVIII. Tal sistema se caracteriza pela existência de uma instrução preliminar, secreta e escrita, a cargo do juiz, com poderes inquisitivos, no intuito de colheita de provas, e por uma fase contraditória (judicial) em que se dá o julgamento, admitindo-se o exercício da ampla defesa e de todos os direitos dela decorrentes.

Analisando o sistema misto, Rangel preleciona:

Entendemos que o sistema misto (juizado de instrução), não obstante ser um avanço frente ao sistema inquisitivo, não é o melhor sistema, pois ainda mantém o juiz na colheita de provas, mesmo que na fase preliminar à acusação. Como já dissemos antes, sua adoção no Brasil constituiria um retrocesso social. (RANGEL, 2012, p. 154).

Pela análise dos conceitos apresentados, vê-se que a distinção fundamental entre os sistemas analisados se dá no campo da gestão da prova. Enquanto no sistema inquisitivo o juiz é o gestor da prova, comandando sua colheita em todas as fases da persecução penal (até mesmo na fase pré-processual, de investigação), e comprometendo, assim, sua imparcialidade, no sistema acusatório, a iniciativa probatória é conferida às partes, que, em igualdade de direitos, têm a liberdade de produzir as provas que melhor se adequem às suas estratégias processuais e à busca da verdade real. No sistema misto, por sua vez, o magistrado comanda a produção probatória na instrução preliminar, havendo contraditório apenas na fase judicial, oportunidade em que haverá o julgamento, o que certamente compromete a imparcialidade do julgador, tendo em vista que, como dito, o magistrado participa da colheita de elementos probatórios na investigação.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, em que pese a existência de respeitáveis entendimentos em sentido contrário, adotou-se, em nosso ordenamento jurídico, o sistema acusatório, visto que, conforme preleciona Lima (2011, p. 7), o art. 129, inciso I, da Carta Maior, ao atribuir privativamente ao Ministério Público o exercício da ação penal de iniciativa pública, estipulou, expressamente, a separação das funções de acusar e julgar, atribuindo aquela ao parquet e esta ao juiz.

Neste sentido também se posiciona Rangel (2010, p. 56), quando afirma que “hodiernamente, no direito pátrio, vige o sistema acusatório, pois a função de acusar foi entregue, privativamente, a um órgão distinto: O Ministério Público, e, em casos excepcionais, ao particular”. Esse também é o entendimento de Pacelli (2011, p. 10), que, ao se debruçar sobre o sistema processual penal acusatório, conclui que “o nosso processo é mesmo acusatório”.

Reforçando tal entendimento, afirma Távora:

Com origem que remonta ao Direito Grego, o sistema acusatório é adotado no Brasil, de acordo com o modelo plasmado na Constituição Federal de 1988. Com efeito, ao estabelecer como função privativa do Ministério Público a promoção da ação penal (art. 129, I, CF/88), a Carta Magna deixou nítida a preferência por esse modelo que tem como características fundamentais a separação entre as funções de acusar, defender e julgar, conferidas a personagens distintos. (TÁVORA, 2013, p. 41)

Avena, por seu turno, elucidando bem o tema, assim se manifesta:

Analisando estas duas linhas de pensamento, aderimos à primeira delas, considerando que, de fato, vigora no Brasil o sistema acusatório, entendimento este respaldado em diversas decisões do STF e do STJ. Ora, todos concordam que, embora inexistam um dispositivo legal expresso na Constituição

Federal de 1988, é dela que se extrai o conjunto de princípios e normas que conduz ao entendimento de que o direito brasileiro agasalhou o sistema acusatório. Por outro lado, também não há dúvidas de que os dispositivos legais pelos quais muitos autores sustentam ter sido adotado o sistema inquisitivo garantista encontram-se incorporados à legislação infraconstitucional. Neste contexto, espelhando a Lex Fundamentalís o modelo acusatório e inserindo a legislação infraconstitucional normas que sugerem o modelo inquisitivo, duas soluções se apresentam: ou se considera inconstitucional, por violação do sistema acusatório, todo e qualquer dispositivo infraconstitucional que consagre procedimento incompatível com as regras desse modelo; ou, então, busca-se conferir a tais previsões legislativas interpretação conforme a Constituição Federal. Cogitar de uma terceira possibilidade, qual seja, a coexistência do sistema inquisitivo previsto em dispositivo de legislação infraconstitucional juntamente com o sistema acusatório assegurado em normas constitucionais, a nosso ver, implica negar vigência à Constituição Federal enquanto Lei Maior. (AVENA, 2012, p. 14)

Diante de tal opção do legislador constituinte, o processo penal brasileiro passou a contar com sujeitos processuais com funções claramente distintas. Enquanto o Ministério Público, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, é incumbido da função de acusar, colhendo as provas e elementos de informação necessários para a execução de seu mister, ao juiz cabe o julgamento dos casos concretos trazidos ao conhecimento do Poder Judiciário, agindo de forma imparcial e somente quando provocado.

Para além disso, a iniciativa probatória cabe precipuamente às partes, que buscarão, sempre em conformidade com os direitos fundamentais estabelecidos constitucionalmente, a reconstituição da verdade para que se proporcione um justo julgamento, devendo o juiz se afastar da produção de provas, em especial no momento de investigação, visto que, estando ausente o contraditório nesse momento da persecução penal, a imparcialidade do magistrado restaria seriamente comprometida quando este tomasse contato com elementos formulados sem o enriquecedor debate formulado com o acusado e sua defesa técnica.

3. Do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público

O mesmo art. 129 da Constituição Federal, analisado anteriormente, que, em seu inciso I, estabelece, conforme posição doutrinária majoritária, o sistema acusatório, aponta diversas atribuições do Ministério Público em nossa nova ordem constitucional.

A Carta de 1988, efetivamente, consagra o Ministério Público com todas as funções institucionais necessárias à proteção da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. De todas as constituições brasileiras, a de 1988 é a que, realmente, consagra o Ministério Público com funções típicas de um Estado Constitucional Democrático de Direito.

Celso Ribeiro Bastos, citado por Rangel, afirma:

Nenhuma das Constituições pretéritas deu ao Ministério Público o tratamento extensivo de que goza na Constituição de 1988. E não é de minúcias de que se trata. Mas sim de revesti-lo de prerrogativas e competências inéditas no passado. O Ministério Público tem a sua razão de ser na necessidade de ativar o Poder Judiciário em pontos em que este remanesceria inerte porque o interesse agredido não diz respeito a pessoas determinadas, mas a toda a coletividade. (RANGEL, 2012, p. 111)

Dada sua nova feição, a Constituição cidadã dotou o parquet de instrumentos necessários ao exercício de suas nobres funções institucionais. Entre as armas com que conta o Ministério Público está o exercício do controle externo da atividade policial, previsto no inciso VII do art. 129 da Carta da República.

Citando Rodrigo Régner Chemim Guimarães, Lima afirma:

O controle externo da atividade policial deve ser compreendido como o 'conjunto de normas que regulam a fiscalização exercida pelo Ministério Público em relação à Polícia, na prevenção, apuração e investigação de fatos tidos como criminosos, na preservação dos direitos e garantias constitucionais dos presos que estejam sob responsabilidade das autoridades policiais e na fiscalização do cumprimento das determinações judiciais' (LIMA, 2011, p. 229).

Rangel, por seu turno, discorre da seguinte forma:

Não se trata de controle interna corporis como se corregedor fosse dos atos administrativos (in)disciplinares dos servidores policiais. Não. A palavra controle nos é definida como sendo: '1. Ato de dirigir qualquer serviço, fiscalizando-o e orientado-o do modo mais conveniente. [...] 4. Fiscalização e domínio de alguém ou alguma coisa' (Michaelis. Moderno dicionário da língua portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, 1998, p. 578). Portanto, a fiscalização, o domínio que exerce o Ministério Público é sobre a atividade-fim da polícia, qual seja: a investigação policial com o escopo de apurar a prática de uma infração penal. O destinatário final das investigações policiais é o Ministério Público e, por isso, tem ele que exercer controle sobre as diligências que serão

desempenhadas pela polícia no sentido de determinar as que são imprescindíveis para formação de sua opinio delicti. (RANGEL, 2012, p. 139)

Pelos conceitos apresentados, vê-se que a atividade de controle exercida pelo Ministério Público decorre do sistema de freios e contrapesos previsto pelo regime democrático. Assim, impõe-se ao parquet um comprometimento maior com a investigação criminal e, conseqüentemente, um amplo domínio e lisura na produção da prova, a qual lhe servirá de respaldo na eventual propositura da ação penal pública.

Entre as diversas tarefas insertas no amplo conceito de atividade policial, está o instrumento pelo qual a Polícia Judiciária apura as infrações penais que chegam ao seu conhecimento, qual seja, o inquérito policial, conforme se depreende do ensinamento de Greco:

Conforme esclarece o Manual de Formação em Direitos Humanos para as Forças Policiais, ‘a investigação do crime constitui a primeira etapa fundamental da administração da justiça. Trata-se do meio pelo qual aqueles que são acusados de um crime podem ser levados a comparecer perante a justiça a fim de determinar a sua culpabilidade ou inocência. É também essencial para o bem-estar da sociedade, pois o crime causa sofrimento entre a população e compromete o desenvolvimento econômico e social. Por estas razões, a condução das investigações criminais de forma eficaz e em conformidade com a lei e com os princípios éticos é um aspecto extremamente importante da atividade policial. (GRECO, 2013, p. 68)

Destarte, tendo em vista que, exercendo o controle externo da atividade policial, cabe ao Ministério Público a fiscalização sobre a atividade-fim da Polícia Judiciária, qual seja, a apuração de infrações penais, e que o inquérito policial materializa a tarefa de investigação

realizada pela autoridade policial, é incumbência do parquet o controle sobre o instrumento investigatório aqui analisado, isto para que o destinatário do inquérito forme sua opinião delicti com todos os elementos necessários para uma eficaz persecução penal em juízo, bem como para afastar o juiz da investigação pré-processual, deixando-se de comprometer, assim, sua imparcialidade.

4. Da razão da necessidade de releitura do Código de Processo Penal a partir da nova ordem constitucional

O Código de Processo Penal atualmente vigente em nosso país ingressou no ordenamento jurídico através da promulgação, em 03 de Outubro de 1941, do Decreto-Lei nº. 3.689, cuja entrada em vigor se deu em 01 de Janeiro de 1942, conforme art. 810 do diploma aqui analisado.

Vê-se, portanto, que a elaboração de nosso Código se deu em um contexto peculiar. Vejamos.

No Brasil, imperava o Estado Novo, regime ditatorial liderado por Getúlio Vargas que se consolidou com a Constituição Federal de 1937, chamada de Constituição Polaca. No cenário global, por seu turno, em 1941 vivia-se período de grande efervescência totalitária, pois os regimes nazista e fascista da Alemanha e da Itália, respectivamente, demonstravam seu poder militar e doutrinário durante a primeira metade da II Guerra Mundial.

Getúlio Vargas, então, contando com amplo apoio da força integralista brasileira, flertava com as forças nazi-fascistas, com cujas ideias totalitárias compactuava.

Nesse contexto, então, é promulgado o Código de Processo Penal, cuja inspiração foi a legislação processual fascista italiana, que concentrava poderes nas mãos de um juiz inquisidor, rejeitava um órgão acusador forte e independente como o Ministério Público, e deixava de lado direitos fundamentais do acusado, relegando-o à posição de mero objeto de investigação.

Os paradigmas reinantes durante a promulgação do Código de Processo Penal, que, logicamente, influenciaram na sua elaboração, foram rompidos com o advento da Constituição Federal de 1988, que elencou diversos direitos fundamentais relativos ao processo criminal, conferindo aos acusados em geral relevantes garantias contra o arbítrio estatal presente outrora no exercício do jus puniendi. O réu, agora, já não mais gozava do status de objeto de investigação, mas, sim, de sujeito de direitos.

Além do novo tratamento conferido aos acusados, a nova ordem constitucional, conforme já explanado, atribuiu o exercício da ação penal pública a um órgão forte e independente, essencial à função jurisdicional do Estado, qual seja, o Ministério Público, que, para a boa execução do seu mister, conta com inúmeros instrumentos, como o papel de exercer o controle externo da atividade policial.

Constata-se, pois, que, enquanto a Constituição Federal de 1988, em consonância com as premissas básicas de um Estado Democrático, instituiu, entre nós, um modelo processual penal em que se respeitam direitos humanos fundamentais e em que se separam, claramente, as funções de acusar e julgar, o Código de Processo Penal, em sua gênese e em muitas das disposições ainda vigentes, nos transmite uma ideia totalitária, anti-democrática, sendo necessária, portanto, uma releitura de muitas de suas normas, que devem passar por uma filtragem constitucional.

5. Tramitação direta do inquérito policial entre o Ministério Público e a Polícia Judiciária: da compatibilidade com o texto constitucional

Visto, pois, que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu o sistema processual penal acusatório, afastando, destarte, o juiz da função de colheita de elementos probatórios, em especial durante a fase investigatória, apontou o Ministério Público como o titular exclusivo da ação penal pública e atribuiu também ao parquet a função de exercer o controle externo da atividade policial, cabe-nos, agora, apontar as razões pelas quais compatibiliza-se com o texto constitucional a tramitação direta do inquérito policial entre a Polícia Judiciária e o Ministério Público,

devendo haver, nessa fase da persecução criminal, participação do Poder Judiciário tão somente para a apreciação de medidas sobre as quais incide a chamada reserva de jurisdição.

Deve-se ressaltar, inicialmente, que, além do art. 10, §§ 1º e 3º, do Código de Processo Penal (que rechaçam a tramitação direta ora defendida), outros dispositivos do Código de Processo Penal que permitem ao magistrado uma atuação bastante ativa durante a fase de investigação também são veementemente criticados pela doutrina. Moscovici, por exemplo, analisando o art. 5º, inciso II, do Código de Processo Penal, que permite ao magistrado requisitar a instauração de inquérito policial, assim se manifesta:

Quanto às principais disposições textuais elencadas acima, destaca-se que, no que concerne à possibilidade de instauração do inquérito policial de ofício, pelo magistrado, é imperioso afirmar-se pela não recepção de tal dispositivo processual, por clara afronta à sistemática Acusatorial elencada na Carta de 1988.

Em face desse dispositivo processual penal, deve-se aplicar o art. 40, também do CPP, no sentido de se remeter as informações recebidas ao Ministério Público para que esse órgão cumpra as determinações cabíveis no caso concreto, respeitando-se sua atribuição constitucional elencada no art. 129 da Carta Maior. (MOSCOVICI, 2013, p. 13)

Analisando, agora, o art. 13, inciso II, do Código de Processo Penal, que prevê a possibilidade de determinação de diligências, pelo magistrado, ainda em fase de inquérito policial, continua Moscovici:

Quanto à determinação de diligências, pelo magistrado, ainda em fase de inquérito policial, entende-se que 'se ainda não há o exercício pleno do

direito de agir, não deve haver intervenção do Estado-juiz'. A fase instrutória prévia, qual seja, o inquérito em sede policial, não tem espaço para a atuação jurisdicional, até por ser concebido como uma fase que antecede tal esfera de poder, estando a cargo da autoridade policial, que sofre o controle externo do Ministério público, determinar o que entende pertinente, no âmbito das investigações travadas no caso concreto. Se não há ação, a legislação não deveria determinar a possibilidade de atuação do juiz, uma vez que ainda sequer houve a provocação do poder Judiciário. (MOSCOVICI, 2013, p. 13-14)

Vê-se, pois, que, com base nas disposições constitucionais que dizem respeito ao sistema acusatório e ao papel do Ministério público de exercer o controle externo da atividade policial, o magistrado deve se afastar das atividades desenvolvidas durante a investigação prévia realizada pela Polícia Judiciária, isto para que não seja comprometida a imparcialidade necessária para sua correta atuação jurisdicional. Neste sentido, assim preleciona Pacelli:

O juiz, nessa fase, deve permanecer absolutamente alheio à qualidade da prova em curso, somente intervindo para tutelar violações ou ameaça de lesões a direitos e garantias individuais das partes, ou para resguardar a efetividade da função jurisdicional, quando, então, exercerá os atos de natureza jurisdicional. (PACELLI, 2010, p. 57)

Hamilton é outro que prega um total afastamento do juiz criminal da fase que antecede à ação penal, razão pela qual assim discorre:

Em tal etapa do procedimento, só encontra justificativa a presença do magistrado quando pratica atos jurisdicionais que tenham por fim assegurar direitos fundamentais não relacionados,

diretamente, com o fato em apuração. É o caso, por exemplo, das cautelares de natureza pessoal ou real, em que (...) a presença do juiz se faz necessária. É o caso, *verbi gratia*, quando da decretação de uma prisão preventiva, e um arresto ou, ainda, por ocasião do arbitramento de uma fiança. Ao juiz, na fase preparatória da ação penal, só compete a prática de atos de natureza jurisdicional, devendo, em razão disso, ficar afastado da prática de providências que não lhe competem, designadas, na doutrina, como atividades judiciárias em sentido estrito, ou, ainda, pela expressão mais difundida, de funções judiciárias anômalas. Puro eufemismo: perdoem-me os doutos, para indicar uma anomalia processual. (HAMILTON, 1998, p. 243-262)

Diferente não pode ser o raciocínio aplicado quando da análise do disposto nos §§ 1º e 3º do art. 10 do Código de Processo Penal, que estabelecem, respectivamente, que o inquérito policial concluído deve ser remetido ao juiz e que cabe ao magistrado deferir a prorrogação de prazo para a continuidade das investigações.

Ora, sendo adotado, entre nós, o sistema acusatório, o objetivo do inquérito policial é colher elementos de informação acerca de autoria e materialidade suficientes para formar a *opinio delicti* do membro do Ministério Público. Ademais, sendo a investigação policial um procedimento inquisitório, realizado sem a observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, a participação do magistrado nessa fase poderia comprometer sua imparcialidade, visto que teria contato com provas produzidas unilateralmente pelos órgãos de acusação, prejudicando a qualidade da futura prestação jurisdicional.

Outro ponto que merece ser destacado é o fato de que, durante a investigação, o simples deferimento de prorrogação de prazo pelo magistrado para continuidade das apurações, que, na prática forense, é sempre uma concordância com a manifestação do Ministério Público, não é uma atividade de natureza jurisdicional, mas, sim, meramente

administrativa, desvirtuando-se, portanto, das finalidades institucionais do Poder Judiciário e colaborando para a morosidade da Justiça.

Para além desses aspectos, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 129, inciso VII, claramente estabelece que é atribuição do Ministério Público exercer o controle externo da atividade policial, gênero no qual se inclui, logicamente, o inquérito policial.

Corroborando tal entendimento, Rangel, com maestria, assim preleciona:

A regra constitucional do controle externo da atividade policial é um reforço ao sistema acusatório, pois deixa nítido e claro que ao Ministério Público é endereçada a persecutio criminis, afastando o juiz de qualquer ingerência na colheita de provas. Destarte, as regras dos §§ 1º e 3º, ambos do art. 10, bem como do art. 23, todos do CPP, estão revogados por força do disposto no inc. VII do art. 129 da CRFB. O inquérito policial, hoje, tem um único endereço: o Ministério Público. Cabe ao promotor de justiça receber os autos do inquérito e, analisando-os, determinar seu retorno, no prazo que estipular, à delegacia de origem, para a consecução de alguma diligência imprescindível ao oferecimento da denúncia. Não estamos com uma visão corporativista, mas, sim, fazendo uma interpretação sistemática de todo o arcabouço jurídico-constitucional e processual vigente. O juiz deve afastar-se da persecução preparatória da ação penal e somente se manifestar quando for provocado para decretar qualquer medida cautelar, seja real ou pessoal. (RANGEL, 2010, p. 202)

No mesmo sentido, Pacelli:

Embora o nosso código em vigor defira ao judiciário a competência para a prorrogação do prazo para encerramento do inquérito, deve-se observar que o inquérito dirige-se exclusivamente à formação da opinio delicti, isto é, do convencimento do órgão responsável pela acusação. O juiz, a rigor, nem sequer deveria ter contato com a investigação, realizada que é em fase anterior à ação penal, quando não provocada, até então, a jurisdição. Somente quando em disputa, ou em risco, a lesão ou ameaça de lesão a direitos subjetivos ou à efetivação da jurisdição penal é que o judiciário deveria – e deve – manifestar-se na fase investigatória, como juiz das garantias individuais, no exercício do controle judicial da legalidade dos atos administrativos. (PACELLI, 2011, p. 64)

Lima (2011, p. 82), corroborando tal entendimento, nos ensina que, a despeito de o art. 10, § 1º, do Código de Processo Penal, dispor que os autos do inquérito policial devem ser encaminhados primeiramente ao Poder Judiciário e somente depois ao Ministério Público, não há como se admitir, por conta da adoção do sistema acusatório pela Constituição Federal, que ainda subsista a necessidade de remessa inicial dos autos ao Poder Judiciário, razão pela qual o dispositivo aqui analisado não foi recepcionado pela Constituição Federal.

Ainda segundo Lima (2011, p. 82), para além das razões de ordem institucional que pregam o afastamento da incidência dos dispositivos em comento, há também um fundamento de natureza prática, visto que a tramitação direta do inquérito policial entre o Ministério Público e a Polícia Judiciária transforma a investigação em um procedimento mais célere, em respeito à razoável duração do processo, direito fundamental previsto no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal. Essa também é a posição de Avena, que nos ensina:

Preceitua o art. 10, § 1º, do CPP que o inquérito policial, uma vez concluído e relatado, deverá ser

encaminhado pela autoridade policial ao juiz competente. Cabe ressaltar, entretanto, que parcela expressiva da doutrina considera que o referido dispositivo não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, pois esta, no art. 129, incisos I e VIII, estabelece, dentre as funções institucionais do Ministério Público, o ingresso da ação penal pública e a requisição de diligências investigatórias e de inquérito policial. Não bastasse este argumento de natureza jurídica, um outro, agora de caráter prático, aconselharia a remessa do inquérito pelo delegado diretamente ao Ministério Público e não ao juiz, qual seja, evitar o tempo morto dos autos do inquérito policial no cartório judicial, afastar a burocratização e a chamada 'indústria da prescrição' e liberar o Juiz e o próprio cartório de atividades anômalas, para que possam dedicar seu tempo e sua energia ao desempenho de sua atividade-fim – aquela ligada à presidência e operacionalização dos processos judiciais. (AVENA, 2012, p. 199)

Pois bem, atento à nova sistemática constitucional, o Estado do Rio de Janeiro promulgou a Lei Complementar nº. 106/2006, intitulada Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Tal diploma normativo, em seu art. 35, inciso IV, estabeleceu a tramitação direta do inquérito policial entre o Ministério Público e a Polícia Judiciária, dispondo que, ao concluir a investigação, a autoridade policial deveria remeter os autos ao parquet, e não ao juiz.

Entretanto, contra tal dispositivo foi ajuizada a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 2.886, ocasião em que a parte autora, qual seja, o Partido Liberal (agora chamado Partido da República), alegou que o Estado do Rio de Janeiro, ao promulgar a lei em questão, acabou por invadir a competência privativa da União para legislar sobre processo, estabelecida no art. 22, inciso I, da Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal (STF), então, em apertada votação, declarou inconstitucional o dispositivo em comento, porém, não o fez nos termos da petição inicial, mas, sim, alegando que inquérito policial não é processo, mas, sim, procedimento, cabendo, dessa forma, ao Estado-membro legislar de forma concorrente à União, complementando as normas gerais estabelecidas por esta última, na forma do art. 24, inciso XI, da Constituição Federal. Ocorre que, no entendimento do STF, a norma geral em questão é o art. 10 do Código de Processo Penal, que rechaça a tramitação direta do inquérito entre os sujeitos que dele efetivamente participam, sendo, pois, a norma estadual inconstitucional por contrariar a norma geral com que se relaciona.

Vê-se, pois, que a inconstitucionalidade declarada foi apenas de ordem formal, entendimento este que, em nosso sentir, resta equivocado. Isto porque, conforme exaustivamente demonstrado, os §§ 1º e 3º do Código de Processo Penal não foram recepcionados pela Constituição Federal, logo, não há que se falar em norma geral editada pela União, o que faria incidir o § 3º do art. 23 da Constituição Federal, atribuindo ao Estado-membro a competência legislativa plena.

Em que pese o entendimento adotado, cabe destacar que na própria ementa do julgado aqui analisado, o Supremo Tribunal Federal demonstrou que a tramitação direta do inquérito policial é o procedimento mais adequado à sistemática vigente. Vejamos:

O procedimento do inquérito policial, conforme previsto pelo Código de Processo Penal, torna desnecessária a intermediação judicial quando ausente a necessidade de adoção de medidas constritivas de direitos dos investigados, razão por que os projetos de reforma do CPP propõem a remessa direta dos autos ao Ministério Público. No entanto, apesar de o disposto no inc. IV do art. 35 da LC 106/2003 se coadunar com a exigência de maior coerência no ordenamento jurídico, a sua inconstitucionalidade formal não está afastada, pois insuscetível de superação com base em avaliações

pertinentes à preferência do julgador sobre a correção da opção feita pelo legislador dentro do espaço que lhe é dado para livre conformação. (STF, ADIn nº. 2.886/RJ, Rel. Min. Eros Grau – DJU 04 de Agosto de 2014)

Em suma, a referida decisão do Supremo Tribunal Federal chegou às seguintes conclusões: (i) a competência para legislar sobre o inquérito não é privativa da União porque não se trata de direito processual (art. 22, inciso I, da CF/88), e sim de mero procedimento em matéria processual, tratando-se, portanto, de competência legislativa concorrente entre a União e os Estados (art. 24, inciso XI, da CF/88); (ii) a inconstitucionalidade reconhecida foi apenas de ordem formal, já que, existindo norma geral da União estabelecendo a remessa do inquérito ao juízo competente (art. 10, § 1º, do CPP), o Estado do Rio de Janeiro não poderia, no exercício da competência suplementar, estabelecer tramitação direta, pois ao fazê-lo violou norma geral da União; (iii) para o STF, conforme já mencionado, o procedimento do inquérito policial, na sistemática atualmente vigente, torna desnecessária a intermediação judicial em casos que não sejam excepcionais, o que significa dizer que o excelso pretório afirmou ser constitucional a matéria de fundo, ou seja, a possibilidade de tramitação direta.

Cabe destacar, ainda, que, obedecendo à nova ordem constitucional, vários atos administrativos foram editados por órgãos ligados ao Poder Judiciário para estabelecer a tramitação direta do inquérito policial entre o Ministério Público e a Polícia Judiciária. Podemos citar, por exemplo, o Provimento nº. 119/2007 do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, o Provimento nº 05/2010 do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, a Resolução Administrativa nº. 05/2012, do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, o Provimento nº. 37/2009, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, o Provimento nº. 01/2001, do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, o Provimento nº 01/2009, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e o Provimento nº 01/2009, do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

Contudo, o mais completo ato administrativo editado sobre o tema em questão é a Resolução nº 63/2009, do Conselho de Justiça Federal (CJF), que, em seus dez artigos, regula o tema no âmbito de toda a Justiça Federal brasileira. Conforme apontado no corpo da própria Resolução, o CJF normatizou o tema pelo seguintes motivos: adoção do sistema acusatório adotado pela Constituição Federal de 1988, por ser o Ministério Público o destinatário do inquérito policial e o órgão incumbido de exercer o controle externo da atividade policial, por restarem os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa devidamente respeitados na medida em que o Poder Judiciário continua sendo responsável pela apreciação de medidas constritivas de natureza acautelatória, por não haver exercício de atividade jurisdicional no simples deferimento de prorrogação de prazo para a conclusão das investigações policiais, bem como por ser a tramitação direta o modelo que mais se coaduna com a razoável duração do processo elencada como direito fundamental pelo inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal.

A Resolução em comento foi atacada pela Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal (ADPF) através da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.305, ainda pendente de julgamento.

Deve ser ressaltado que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já se manifestou no sentido da possibilidade de que magistrado federal pode determinar, com base na Resolução do CJF n. 063/2009, a tramitação direta do inquérito policial entre o Ministério Público Federal e a Polícia Federal. Vejamos a ementa do Recurso em Mandado de Segurança n. 46.165-SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 19/11/2015 pela 5ª Turma do STJ:

PROCESSUAL PENAL. FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS. OBSERVÂNCIA DO ART. 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INQUÉRITO POLICIAL. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. TRAMITAÇÃO DIRETA ENTRE A POLÍCIA JUDICIÁRIA E O MINISTÉRIO PÚBLICO. ATO ATACADO FUNDADO EM RESOLUÇÃO DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. 1. Compete ao magistrado fundamentar todas as suas decisões, bem

como afastar qualquer dúvida quanto à motivação adotada – em respeito ao disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal –, não estando obrigado, entretanto, a responder, ponto a ponto, todas as alegações das partes. 2. O inquérito policial "qualifica-se como procedimento administrativo, de caráter pré-processual, ordinariamente vocacionado a subsidiar, nos casos de infrações perseguíveis mediante ação penal de iniciativa pública, a atuação persecutória do Ministério Público, que é o verdadeiro destinatário dos elementos que compõem a "informatio delicti" (STF, HC 89837/DF, Segunda Turma, Relator Min. Celso de Mello, DJe 20/11/2009). 3. A tramitação direta de inquéritos entre a polícia judiciária e o órgão de persecução criminal traduz expediente que, longe de violar preceitos constitucionais, atende à garantia da duração razoável do processo, assegurando célere tramitação, bem como aos postulados da economia processual e da eficiência. Essa constatação não afasta a necessidade de observância, no bojo de feitos investigativos, da chamada cláusula de reserva de jurisdição. 4. Não se mostra ilegal a portaria que determina o trâmite do inquérito policial diretamente entre polícia e órgão da acusação, encontrando o ato indicado como coator fundamento na Resolução n. 63/2009 do Conselho da Justiça Federal. 5. Estando expressamente previsto, na Resolução do CJF, que os advogados e os estagiários de Direito regularmente inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil terão direito de examinar os autos do inquérito, devendo, no caso de extração de cópias, apresentar o seu requerimento por escrito à autoridade competente, não há a configuração de ofensa ao princípio do contraditório, ao da ampla defesa e tampouco ao exercício da

advocacia. 6. Recurso desprovido. (STJ. 5ª Turma. RMS 46.165-SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 19/11/2015 - Info 574)

No mesmo sentido, o Plenário do Conselho Nacional do Ministério Público aprovou a Proposta de Resolução n. 0.00.000.001045/2013-24, elaborada em conjunto com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e que admite e disciplina em âmbito nacional a tramitação direta do inquérito policial entre o Ministério Público e a Polícia Judiciária. Observemos a ementa da reunião de aprovação:

PROPOSTA DE RESOLUÇÃO CONJUNTA. CNMP E CNJ. REGULAMENTAÇÃO DE PROCEDIMENTO DE NATUREZA ADMINISTRATIVA. TRAMITAÇÃO DIRETA DO INQUÉRITO POLICIAL ENTRE O MINISTÉRIO PÚBLICO E A POLÍCIA JUDICIÁRIA. POSSIBILIDADE. PRESCINDIBILIDADE, EM REGRA, DA INTERMEDIÇÃO JUDICIAL. RACIONALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO. CELERIDADE E EFICIÊNCIA. APROVAÇÃO DA PROPOSTA DE RESOLUÇÃO. PUBLICAÇÃO E VIGÊNCIA CONDICIONADAS À APROVAÇÃO DE RESOLUÇÃO PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. 1. Trata-se de Proposta de Resolução Conjunta com o Conselho Nacional de Justiça – CNJ apresentada pelo então Conselheiro Nacional Fabiano Augusto Martins Silveira, durante a 10ª Sessão Ordinária de 2013 deste Órgão de Controle, realizada em 30 de julho de 2013, visando regulamentar procedimento de natureza administrativa sobre a tramitação direta do Inquérito Policial entre o Ministério Público e a Polícia Judiciária. 2. Em observância ao modelo acusatório adotado pela Constituição Federal, visualizamos que não há razão que justifique a imersão do Juiz nos autos das investigações penais pré-processuais, ressalvadas as hipóteses sujeitas à reserva de jurisdição (a exemplo da interceptação telefônica, da

busca e apreensão, da quebra de sigilo fiscal, bancário ou de comunicações, do sequestro e da produção antecipada de provas não repetíveis). 3. Com efeito, é forçoso reconhecer que há um inegável risco de que o Juiz tenha o seu conhecimento influenciado pela narrativa de fatos formulada pelos órgãos de persecução penal, sem um contraponto imediato da defesa (contraditório). Destarte, torna-se premente afastar o julgador dos elementos de convicção colhidos em momento apuratório desprovido da paridade de armas. Ao Ministério Público, órgão responsável pelo controle externo da atividade policial e destinatário natural das conclusões reunidas no procedimento investigatório, cabe velar pela celeridade da apuração preliminar, prevenir e corrigir desvios e coibir diligências desnecessárias ou inadequadas. Nesse sentido, tem-se que a intermediação/supervisão judicial do inquérito, que na prática se limita, majoritariamente, a atos pro forma, mostra-se despicienda. 5. Destarte, o inquérito policial não necessitaria ser dirigido primeira ao Juiz e depois ao Órgão Ministerial. O caminho seria direto entre a Autoridade Policial e o titular da ação penal, incumbindo a esse último autorizar ou não a dilação de prazo para investigações. Também assim, caso fosse necessária a realização de outras diligências, ao Membro do MP bastaria a devolução do acervo apuratório à Polícia Judiciária, com a respectiva requisição. 6. Além disso, cumpre destacar que o modelo de tramitação direta proposto nos presentes autos não causa nenhum prejuízo para o controle da legalidade do inquérito policial e para a defesa do investigado, sobretudo porque não afasta do Poder Jurisdicional a possibilidade de analisar o inquérito, a pedido da defesa, em caso de eventual ofensa às garantias

constitucionais. 7. Por fim, considerando a necessidade de racionalizar e otimizar os procedimentos relativos à tramitação do inquérito policial em todo o Brasil, com vistas à obtenção de ganhos de eficiência, celeridade e qualidade do material produzido nessa importante fase da persecução penal, impende reconhecer a necessidade da aprovação da presente Proposta de Resolução com o objetivo de uniformização nacional da temática. 8. Diante de todo o exposto, votamos pela APROVAÇÃO da presente Proposta de Resolução Conjunta, conforme a redação original apresentada pelo então Conselheiro Fabiano Augusto Martins Silveira, ressaltando-se que a publicação e a entrada em vigor da presente proposição desta Corte Administrativa ficará condicionada à aprovação da Resolução Conjunta pelo Conselho Nacional de Justiça. (Proposta de Resolução n. 0.00.000.001045/2013-24. Rel. Cons. Orlando Rochadel Moreira, Acórdão em 14 de Junho de 2016).

Esperamos que o Supremo Tribunal Federal, atento à nova sistemática constitucional e entendendo, conseqüentemente, que não foram recepcionados os §§ 1º e 3º do art. 10 do Código de Processo Penal, modifique a posição adotada na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 2.886, ratificando, pois, o entendimento de renomados doutrinadores, que, atentos ao sistema acusatório entre nós adotado e ao resguardo de direitos fundamentais acarretado por um Judiciário imparcial e por um Ministério Público forte e independente, entendem ser a tramitação direta do inquérito policial entre o Ministério Público e a Polícia Judiciária o modelo a ser seguido na persecução criminal.

6. Conclusão

Diante de tudo o que foi até aqui exposto, podemos concluir que a nova ordem constitucional, inaugurada com o advento da Constituição Federal de 1988, estabeleceu, entre nós, o sistema processual penal

acusatório, separando, claramente, as funções de acusar, que fica a cargo do Ministério Público (e, excepcionalmente, do particular), e de julgar, tarefa esta incumbida ao Poder Judiciário, o que dá aos jurisdicionados a segurança jurídica de imparcialidade nos julgamentos.

Podemos, concluir, também, que, para além da titularidade da ação penal pública, ao Ministério Público foram atribuídas diversas outras funções institucionais essenciais à função jurisdicional do Estado, entre as quais podemos citar o exercício do controle externo da atividade policial, tarefa esta que aproxima a Polícia Judiciária e o parquet para uma apuração mais eficaz das infrações penais.

Conclui-se, ainda, que, em obediência ao inciso LXVIII do art. 5º da Constituição Federal, que aponta a razoável duração do processo como direito fundamental, a celeridade na apuração, no processo e no julgamento de infrações penais deve ser algo visado pelos órgãos estatais, observando-se, sempre, o respeito aos direitos fundamentais.

Diante deste cenário, não se pode conceber a participação ativa do magistrado na fase investigatória, sob pena de desvirtuamento do sistema acusatório constitucionalmente adotado, eis que o julgador deve se manter afastado da atividade de colheita de prova para preservação de sua imparcialidade.

Da mesma forma, não se coadunam com as normas constitucionais que atribuem ao Ministério Público o controle externo da atividade policial, as normas infraconstitucionais que dispõem que o destinatário do inquérito é o magistrado e que é papel deste deferir a prorrogação de prazo para a continuidade das investigações. Ora, sendo o inquérito um procedimento destinado precipuamente a subsidiar a formação da opinião delicti do parquet, e a este cabendo o controle da atividade policial, não deve ser outro órgão, senão o Ministério Público, incumbido da função de controlar prazos e diligências na função investigatória policial.

Destarte, entendemos que as disposições dos §§ 1º e 3º do Código de Processo Penal, que estabelecem, respectivamente, que o inquérito policial concluído deve ser remetido ao juiz e que cabe ao magistrado

deferir a prorrogação de prazo para a continuidade das investigações, não foram recepcionadas pela Constituição Federal de 1988, que, em sentido diametralmente oposto à norma processual em questão, incumbiu ao Ministério Público a titularidade da ação penal pública, como corolário do sistema acusatório, bem como atribuiu ao parquet a função de controle externo da atividade policial. Em outras palavras, as tarefas que, pelo Código de Processo Penal, antes eram do magistrado inquisidor, foram, em 1988, constitucionalmente transferidas ao Ministério Público, órgão essencial à função jurisdicional do Estado.

7. Referências

ARAS, Vladimir. A tramitação direta dos inquéritos policiais. 2012. Disponível em: <<http://blogdovladimir.wordpress.com/2012/07/30/a-tramitacao-direta-dos-inqueritos-policiais/>>. Acesso em: 01 de Set. de 2014.

AVENA, Norberto. Processo Penal Esquematizado – 4. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

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

BRASIL. Código de Processo Penal (1941). Código de Processo Penal Brasileiro. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1941.

BRASIL. Conselho Superior do Ministério Público. Proposta de Resolução n. 0.00.000.001045/2013-24. Rel. Cons. Orlando Rochadel Moreira, Acórdão em 14 de Junho de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº. 46.165-SP. Rel. Min. Gurgel de Faria – 5ª Turma – julgado em 19/11/2015 – Informativo de Jurisprudência nº. 574.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn nº. 2.886-RJ. Ação direta de inconstitucionalidade. Incisos IV e V do art. 35 da Lei Complementar nº. 106/2003. Necessidade de adequação da norma impugnada aos limites da competência legislativa concorrente prevista no art. 24 da Constituição

Federal. Ação julgada parcialmente procedente apenas para declarar a inconstitucionalidade do inc. IV do art. 35 da Lei Complementar Estadual. / Rel. Min. Eros Grau – DJU 04 de Agosto de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn nº. 4.035. Pendente de julgamento.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal – 19. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

GRECO, Rogério. Atividade Policial – 5. ed. rev. e atual. – Niterói: Impetus, 2013.

HAMILTON, Sérgio Demoro. “A ortodoxia do sistema acusatório no processo penal

brasileiro: uma falácia”. In: Processo penal: reflexões - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal, vol. I – Niterói: 2011.

MOSCOVICI, Igor. Da não recepção das normas processuais penais que permitem ao magistrado a atuação do magistrado criminal na determinação de produção de provas de ofício – Rio de Janeiro, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal – 13. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal – 13. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Lumen Juirs, 2010.

_____. Investigação criminal direta pelo Ministério Público: visão crítica – 4. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2012.

TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal – 8. ed. – Salvador: Juspodivm, 2013.

TEIXEIRA, Francisco Dias. “A titularidade da ação penal e o arquivamento do inquérito”. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais - São Paulo, a. 4, n. 14, abr./jun. 1996.

O ABUSO DE PODER DO ESTADO: COM ÊNFASE NO PODER DE POLÍCIA

FELIPE TEIXEIRA DIAS: Acadêmico do curso de bacharelado em DIREITO. Faculdade Guanambi/CESG. Brasil.

RESUMO: Em que se pesem os conhecimentos contemporâneos sobre a questão social, o presente artigo, foi elaborado a partir da visão em um problema que perpassa de forma contínua e despercebida, e muitas vezes ignorada no cotidiano, isto é, o Abuso de poder do Estado e o Poder de Polícia, tema que é de extrema relevância social, e que ferir o princípio da dignidade da pessoa humana bem como o direito de ir e vir que estão positivados em lei, bem como o equilíbrio social. A presente pesquisa foi desenvolvida a partir de pesquisas realizadas e tem como objetivo demonstrar a divisão de poderes na esfera estatal bem como em que contexto está inserido o Abuso de Poder do Estado na esfera social e na estrutura Estatal, mantendo a ênfase no abuso do poder proveniente da polícia incluindo o tipo de consequências provenientes deste problema.

Palavra- Chave: Abuso de Poder. Polícia. Estado.

ABSTRACT: Considering contemporary knowledge about the social question, this article was elaborated from the perspective of a problem that runs continuously and unnoticed, and is often ignored in everyday life, ie, Abuse of Power of State and Power of Police, a subject that is of extreme social relevance, and which hurt the principle of the dignity of the human person as well as the right to come and go that are positive in law, as well as social balance. The present research was developed from research carried out and aims to demonstrate the division of powers in the state sphere as well as in what context is the State Abuse of Power in the social sphere and in the State structure, maintaining the emphasis on the abuse of power From the police, including the type of consequences arising from this problem.

Keyword: Abuse of Power. Police. State.

1. INTRODUÇÃO

O conhecimento é a base para a construção de um senso crítico mais determinado e condizente com os cidadãos que o persegue. Ao adquirir informações, a comunicação torna-se mais engajada e o indivíduo é paulatinamente inserido em comunidades intelectuais que prezam a discussão de ideias, além disso, é perceptível que conhecer, é uma necessidade para estabelecer vínculos fortes com a sociedade que compõe o Estado.

A atual forma de Estado é composta por diversos setores, contudo o poder do estado é transmitido de modo coercitivo, isto é, através da influencia estatal por meio da força física exposta utilizada de modo direito pela força policial. Faz jus dizer que, o Estado impunha a coerção, como forma de manter a sociedade em ordem, ao mesmo tempo que em um teórico bem estar social coletivo.

Os meios serão sempre julgados honrosos e por todos louvados, porque o vulgo sempre se deixa levar pelas aparências e pelos resultados, e no mundo não existe senão o vulgo; os poucos não podem existir quando os muitos têm onde se apoiar. Algum príncipe dos tempos atuais, que não convém nomear, não prega senão a paz e fé, mas de uma e outra é ferrenho inimigo; uma e outra, se ele as tivesse praticado, ter-lhe-iam por mais de uma vez tolhido a reputação ou o Estado (MAQUIAVEL, 2007 p. 65).

O poder estatal é dividido em partes, o interesse aqui é separar e compreender os poderes de polícia “força física” do poder ordenatório “força imposta” (Estado), o ideal seria que não houvesse a utilização pessoal ou ultrapassada desses poderes para com a sociedade, mas a realidade que se vive na atualidade é completamente oposta, afinal, para uma possível pacificação seriam as armas utilizadas em última instância, onde e quando os outros meios não bastarem.

O abuso do poder ocorre de diversas maneiras, é possível perceber que ocorre principalmente de modo físico e muitas vezes de forma verbal ferindo a moral. Ninguém está livre de sofrer algum tipo de agressão seja ela física ou verbal, vinda de maneira não virtuosa e abusiva de pessoas que fazem parte da administração pública e que são na maioria das vezes despreparadas ou hiperpessoal, fazendo apenas aquilo que os convém utilizando de seu cargo e poder que o estado o propicia, desta forma cabe aos cidadãos estudarem formas de aplicar sanção ou ainda tentar solucionar o problema através de métodos específicos que estejam ao alcance do povo e sobre tudo que não vá em desconforto ao Estado atingindo o ápice de sua condição de pacificador da ordem social.

2. A DISTRIBUIÇÃO DO PODER NO ESTADO

Por sua vez, o abuso do poder vem se tornando gradativamente um dos assuntos mais polêmicos e intrigantes, causando desconforto e irritabilidade em muitos cidadãos. O Estado por meio da administração pública tem o dever de satisfazer o interesse geral e não o particular de determinada autoridade, pois as vontades destes são meramente pessoais;

O poder é distribuído pelas hierarquias governamentais, entretanto o que é recebido pela administração pública existe para vencer todas e quaisquer resistências, certo que as suas decisões obrigam, uma vez que se presumem legítimas, diante do princípio jurídico da verdade e legitimidade de seus atos, por tanto não é preciso obter o consentimento dos interessados e pode assim prosseguir na execução de seus atos pertinentes.

Não ignoro que muitos têm tido e têm a opinião de que as coisas do mundo sejam governadas pela fortuna e por Deus, de forma que os homens, com sua prudência, não podem modificar nem evitar de forma alguma; por isso poder-se-ia pensar não convir insistir muito nas coisas, mas deixar-se governar pela sorte. Esta opinião tornou-se mais aceita nos nossos tempos pela grande modificação das coisas que foi

vista e que se observa todos os dias, independente de qualquer conjectura humana. Pensando nisso algumas vezes, em parte inclinei-me em favor dessa opinião. Contudo, para que o nosso livre arbítrio não seja extinto, julgo poder ser verdade que a sorte seja o árbitro da metade das nossas ações, mas que ainda nos deixe governar a outra metade, ou quase.(MAQUIAVEL, 2007 p. 100).

O poder do Estado é utilizado como principal instrumento de controle social, utilizado para intervir nas práticas indevidas, levando a sociedade a uma suposta pacificação, ou mesmo naquelas onde o determinado órgão ou indivíduo se sobrepassa, de modo a balancear a “disputa” indivíduo x indivíduo e indivíduo x sociedade. Contudo é notório perceber que nem sempre essa prática ocorre de maneira coerente. O objetivo é nobre, é de boa fé, mas o resultado é deplorável na maioria das vezes, mais se obtém injustiça do que é feito a própria justiça.

Aquilo que seria o instrumento da verdade, da boa fé e da igualdade, se torna muitas vezes em mãos erradas o “corre mão” para o poder “absolutista”, vale dizer, a autoridade quando não fiscalizada ou punida, faz de forma deliberada aquilo que é inerente a vontade dos governantes e não do povo, assim a real denominação do que temos por “direito de ir e vir”, se torna meticulosamente ignorada, essa é uma razão para a qual muitos indivíduos utilizam o termo “fazer justiça com as próprias mãos”, uma vez que o sistema estatal é extremamente falho.

3. A UTILIZAÇÃO DO PODER

Mas em face a essa alternativa, a administração pública possui um importante instrumento jurídico denominado “Poder de Polícia”, que autoriza a exercer os atos coercitivos necessários para se manter a ordem e o controle estatal. O poder de polícia, porém, tem barreiras que, se ultrapassadas, levam o exercício anormal desse poder administrativo, isto é, levam ao arbítrio, ou propriamente dito, ao abuso do poder, que provém de sua autoridade enquanto ordenador social, por mérito da força física, mas ao mesmo tempo sujeitando o agente público responsável, de

qualquer dos poderes políticos e níveis hierárquicos as sanções legais de natureza administrativa criminal e civil;

O fim último, causa final e desígnio dos homens (que amam naturalmente a liberdade e o domínio sobre os outros), ao introduzir aquela restrição sobre si mesmos sob a qual os vemos viver nos Estados, é o cuidado com sua própria conservação e com uma vida mais satisfeita. Quer dizer, o desejo de sair daquela mísera condição de guerra que é a consequência necessária (conforme se mostrou) das paixões naturais dos homens, quando não há um poder visível capaz de os manter em respeito, forçando-os, por medo do castigo, ao cumprimento de seus pactos e ao respeito àquelas leis de natureza que foram expostas nos capítulos décimo quarto e décimo quinto.(HOBBS, 1999, p.59).

Todos os agentes públicos; políticos ou administrativos exercem poder administrativo, a autoridade de um agente político ou administrativo, é prerrogativa da função pública exercida, corresponda essa função a um cargo ou não. A autoridade pública é, portanto, não advinda de privilegio pessoal, ela esta inserida nas funções do órgão publico a que se integra a pessoa física do agente público, ou seja Chefe do Poder Executivo, e seus Ministérios ou Secretários, ou então, Parlamentares, Magistrados, Membros do Ministério público, Conselheiros dos Tribunais de Contas, Membros do Corpo Diplomático, todos como agentes políticos do Estado, como também aqueles servidores públicos, os agentes administrativos do Estado, que constituem grande massa dos agentes públicos, e tem, assim a sua autoridade pública reconhecida de acordo com a respectiva investidura legal,

Isso é mais do que consentimento ou concórdia, pois resume-se numa verdadeira unidade de todos eles, numa só e mesma pessoa, realizada por um pacto de cada homem com todos os homens.(HOBBS, 2003, p.130).

A Constituição da República, no seu art. 37, caput, deixa essa pauta certa, quando prevê o princípio da *impessoalidade* a ser observado pela administração pública. O agente público por certo, cumpre seus deveres funcionais de modo rotineiro e não questionável premido que esta assim fazê-lo pelos princípios jurídicos que informam e disciplinam as atividades da administração pública (BRASIL, 1988).

Segundo MEIRELLES, (2005), o uso do poder é propriamente dito, uma prerrogativa da autoridade, entretanto o poder há de ser usado normalmente, sem o abuso, pois ao usar normalmente o poder, é emprega-lo segundo as normas legais, a moral da instituição, a finalidade do ato e as exigências do interesse público.

4. O ABUSO DO PODER

Ao abusar do poder que o foi confiado, é emprega-lo fora da lei, sem utilidade pública, o poder é confiado ao administrador público para ser utilizado em benefício social, ou propriamente dito de forma coletiva, porém sempre a ser usado nos limites que o bem estar social exigir. A utilização desproporcional do poder, o emprego arbitrário da força, da violência ou da violação das leis, constituem formas abusivas do uso do poder estatal, não toleradas pelo Direito e anuladoras dos atos que as encerram.

Segundo MEIRELLES, (2005), o uso do poder é lícito, o abuso por outro lado sempre será ilícito, todo ato abusivo é nulo, por excesso ou desvio do poder, isto quando a autoridade pública pratica ato não inserido na esfera de competência, principalmente quando o indivíduo possui fins diversos, opostos aos fins daqueles objetivados pela lei ou exigido com a finalidade de interesses públicos. Em aspectos flagrante ou disfarçado, o abuso do poder é sempre ilegalidade e invalida o ato que a contém, é de fácil percepção que o abuso se dá tanto por ação como por omissão, ambas as formas “comissiva e omissiva” são capazes de afrontar as leis e causar lesão ao direito individual do indivíduo social.

O abuso do poder, como todo ilícito, reveste as formas mais diversas. Ora se apresenta ostensivo como a truculência, às vezes dissimulado como o

estelionato, e não raro encoberto na aparência ilusória dos atos legais. Em qualquer desses aspectos - flagrante ou disfarçado - o abuso do poder é sempre uma ilegalidade invalidadora do ato que o contém. Com base nesse raciocínio, o Conselho de Estado da França passou a anular os atos abusivos das autoridades administrativas, praticados com excesso de poder ou desvio de finalidade, desde o famoso caso *Lesbats* (1864) (60), dando origem à teoria do *excès* ou do *détournement de pouvoir*, hoje aceita e consagrada pelos países democráticos, sob as mais diversas denominações (*desviación de poder*, dos espanhóis; *sviamento di potere*, dos italianos; *abuse of discretion*, dos norte-americanos), para reprimir a ilegalidade pelo mau uso do poder. (MEIRELLES, 2005 p. 65).

5. O ABUSO DO PODER DE POLÍCIA

Pelo lado da força direta física, faz jus apontar que a segurança pública e a ordem se dão por méritos da polícia, a ideia de polícia é inseparável da ideia de Estado, pois ambos os conceitos remetem ao termo; (o uso do Poder para a ordem social). Para Norberto Bobbio (2000, p. 162-163), o poder estaria ligado à ideia de posse dos meios para se obter vantagem (ou para fazer valer a vontade) de um homem sobre outros. Desta forma, o poder político diria respeito ao poder obtido pelo Estado que um homem pode exercer sobre outros, como a exemplo da relação entre governante enquanto representante do Estado e os governados, isto é o povo. Ao estudar polícia e os limites da sua atividade, a fim de evitar que ela descambe para o arbítrio, ou seja, para o abuso do poder, aqui, diga-se de passagem, da autoridade que é proveniente do cargo público para a segurança, não se pode deixar de lado o estudo do (poder de polícia e o poder da polícia). A polícia em geral, aponta o conjunto de instituições, fundadas pelo Estado, para que, segundo as prescrições legais e regulamentares estabelecidas, exerçam vigilância para que se mantenha a ordem pública, e se assegure o bem-estar coletivo, para que assim possa assegurar a população segurança no direito de ir e

vir além de garantir a propriedade e outros direitos fundamentais e individuais. A todo poder corresponde um dever e, esse poder encontra-se inteiramente subordinado ao seu correspondente dever.

Portanto o poder de polícia é uma faculdade, uma possibilidade ou mesmo o direito que o Estado tem de, através da polícia, que é uma força organizada e bruta, a limitar as atividades nefastas decorrentes dos cidadãos. Em nível infraconstitucional, o Brasil conta com a lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, a denominada “Lei do Abuso de Autoridade”, que regula o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal, nos casos de abuso de autoridade, lei essa que, para se tornar mais eficaz, teve acrescentada as suas disposições que “A falta de representação do ofendido, nos casos de abuso previstos na Lei 4.898, de 9 de dezembro de 1965, não obsta a iniciativa ou ao curso da ação pública” Lei nº 5.249, de 9 de fevereiro de 1967, (BRASIL, 1967).

O poder de polícia autoriza limitações, restrições, condicionamentos; nunca supressão total do direito individual ou da propriedade particular, o que só poderá ser feito através de desapropriação. A desproporcionalidade do ato de polícia ou seu excesso equivale a abuso de poder e, como tal, tipifica ilegalidade nulificadora da sanção. A legalidade dos meios empregados pela Administração é o último requisito para a validade do ato de polícia. Na escolha do modo de efetivar as medidas de polícia não se compreende o poder de utilizar meios ilegais para sua consecução, embora lícito e legal o fim pretendido. Em tema de polícia, adverte Bonnard: "la fin ne justifie pas tous les moyens". Os meios devem ser legítimos, humanos e compatíveis com a urgência e a necessidade da medida adotada. A demolição de obras, a destruição de bens particulares, o emprego da força física, só se justificam como expedientes extremos do Poder Público. Enquanto houver outros modos de realizar a medida de polícia e outras sanções menos violentas

não se autorizam os atos destrutivos da propriedade, nem as interdições sumárias de atividades, nem a coação física para impedir o exercício de profissões regulamentadas. (MEIRELLES 2005, p. 82).

Contudo a polícia inúmeras vezes, ignora a lei, e por sua vez, cometem inúmeras atrocidades, abusando da autoridade que lhes foi concedida, existem inúmeros regiões que sofrem com tais problemas, quando não sofrem fisicamente os indivíduos sofrem moralmente ou até mesmo psicologicamente, isso ocorre mesmo com indivíduos que são moralmente inquestionáveis, pois ao utilizar sua força de forma abusiva, a polícia não escolhe a quem, mas sim ocorre no momento propício, vale dizer que, mesmo em diversas operações, policiais agredem ou ferem indivíduos que já haviam sido contidos e que neste cenário se tornam as vítimas, isto é, tratados como objetos, ou ainda como corpos sem vida, agredidos de forma contínua por pessoas que recebem do Estado, um poder que não sabe utilizar de maneira coerente e correlacionada as finalidades propostas pelo Estado, simplesmente pelo prazer demonstrar superioridade física e autoritária machucando fisicamente as pessoas como se fossem não humanas, ignorando que estes são feitos da mesma matéria. Enquanto o crime aumenta o grau dos serviços prestados pelos policiais diminuem, o bandido se torna “mocinho” e o inocente se torna “bandido” a falta de tolerância é crescente face ao descumprimento das forças policiais, e ao desrespeito destes com muitos, o que seria uma organização séria e a cumprimento da lei em prol do Estado, banalizou-se ao ponto de apenas realizar aquilo que os satisfaz de maneira pessoal, e raramente a serviço das propostas do Estado.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Faz-se necessário que o Estado seja estruturado de forma específica voltada a limitar o seu poder, a regra fundamental desse modelo de estado é a separação dos poderes, sendo garantida aos indivíduos a possibilidade de recorrerem a um poder judiciário todas as vezes que se vierem ameaçados os indivíduos em seus direitos. O **Abuso de Poder** é o ato se praticado ou efeito pós pratica de impor a vontade de um sobre a de outro, sem considerar as leis vigentes. No caso do agente público, ele

atua contrariamente ao interesse público, desviando-se da finalidade pública.

Segundo FERREIRA, (2009), o abuso do poder é mais diversificado do que aparenta, podendo assim alternar desde o [abuso de autoridade](#) (fazer valer seus desejos, fundamentado em critérios injustos), [o abuso de poder econômico](#) (eliminação da concorrência), [o assédio moral no trabalho](#) (expor os trabalhadores a situações humilhantes e/ou constrangedoras), [a coerção](#) (uso da força ou ameaça para obrigar alguém a fazer alguma coisa), [o assédio sexual](#) (repressão em caráter sexual, mas não necessariamente tenha que existir contato físico, apenas gestos obscenos ou palavreado de baixo calão direcionado a alguém), entre outros tantos, a citar os políticos que por sua vez exercem sua autoridade de forma extremamente “coercitiva” para com aqueles que estão “extrínsecos” de tal maneira que o “coagido” sofre desde exclusão social, expulsão e exoneração.

Possivelmente a solução para tais atrocidades seria que ficasse assentado, que o poder forçosamente, deve sofrer alterações e principalmente limitações. Como por exemplo, as previstas na Constituição da República e relativas às liberdades pessoais, à manifestação do pensamento e a divulgação pela imprensa, ao exercício das profissões, ao direito de reunião, aos direitos políticos, à liberdade do comércio etc. O Código Civil, igualmente, cuida de limitar o exercício dos direitos individuais, quando o condiciona ao seu uso normal, proibindo, no seu art. 160, o seu abuso, o abuso do direito. A observar o exemplo que a própria liberdade de ação do órgão policial, hoje, esta adstrita a sua competência legal, isto é, cada policial tem o exercício do poder de polícia limitado a sua esfera de competência, do mesmo modo que os direitos individuais são relativos, assim também acontecem com o poder de polícia que, longe de ser onipotente, incontrolável, é circunscrito, jamais podendo por em perigo a liberdade ou a propriedade.

Em finalidade, deve-se verdadeiramente, buscar o bem comum, que é missão primordial do Estado, pois para isso, ele foi constituído, e, diga-se de passagem, por meio de uma trajetória incrivelmente metamórfica. É missão a ser desempenhada por meio de uma legislação adequada,

instituições e serviços capazes de controlar, ajudar, regular e promover as atividades privadas e individuais do Estado num contexto geral, fazendo-as convergir para um bem comum e sendo verdadeiros pacificadores sociais.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**: para uma teoria geral da política. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2004 e 2009.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. 3. ed. Martins editora, 2010.

FERREIRA, João Batista. **Perdi um jeito de sorrir que eu tinha: violência, assédio moral e servidão voluntária no trabalho**. 2009, Editora 7Letras.

HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. 1999.

Nº, LEI FEDERAL. 4.898, de 9 de dezembro de 1965. **Regula o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal, nos casos de abuso de autoridade**.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. São Paulo: Abril Cultural, 1973 (Coleção Os Pensadores).

MEIRELLES, Hely Lopes et al. **Direito administrativo brasileiro**. Revista dos Tribunais, 1966.

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.

Das Áreas Non Aedificandi em Matéria Ambiental: Primeiras reflexões à luz do entendimento jurisprudencial do STJ

Resumo: Inicialmente, cuida salientar que o meio ambiente, em sua aceção macro e especificamente em seu desdobramento natural, configura elemento inerente ao indivíduo, atuando como sedimento a concreção da sadia qualidade de vida e, por extensão, ao fundamento estruturante da República Federativa do Brasil, consistente na materialização da dignidade da pessoa humana. Ao lado disso, tal como pontuado algures, a Constituição de 1988 estabelece, em seu artigo 225, o dever do Poder Público adotar medidas de proteção e preservação do ambiente natural. Aliás, quadra anotar, oportunamente, que tal dever é de competência político-administrativa de todos os entes políticos, devendo, para tanto, evitar que os espaços de proteção ambiental sejam utilizados de forma contrária à sua função – preservação das espécies nativas e, ainda, promover ostensiva fiscalização desses locais. Neste aspecto, o presente visa analisar o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça sobre as áreas non aedificandi em sede de matéria ambiental.

Palavras-chaves: Meio Ambiente. *Área Non Aedificandi*. Jurisprudência.

Sumário: 1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito; 2 Comentários à concepção de Meio Ambiente; 3 Singelos Comentários ao Meio Ambiente Natural: Tessituras Conceituais sobre o Tema; 4 Intervenção do Estado na propriedade: A Confluência entre os corolários da supremacia do interesse público e do meio ambiente ecologicamente equilibrado; 5 Das *Áreas Non Aedificandi* em Matéria Ambiental: Primeiras reflexões à luz do entendimento jurisprudencial do STJ

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

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

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

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

Ainda neste substrato de exposição, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdan, “*esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação*”^[3]. Destarte, a partir de uma análise profunda dos mencionados sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis, diante das situações concretas.

Nas últimas décadas, o aspecto de mutabilidade tornou-se ainda mais evidente, em especial, quando se analisa a construção de novos que derivam da Ciência Jurídica. Entre estes, cuida destacar a ramificação ambiental, considerando como um ponto de congruência da formação de novos ideários e cânones, motivados, sobretudo, pela premissa de um manancial de novos valores adotados. Nesta trilha de argumentação, de boa técnica se apresenta os ensinamentos de Fernando de Azevedo Alves Brito que, em seu artigo, aduz: “*Com a intensificação, entretanto, do interesse*

dos estudiosos do Direito pelo assunto, passou-se a desvendar as peculiaridades ambientais, que, por estarem muito mais ligadas às ciências biológicas, até então era marginalizadas”[4]. Assim, em decorrência da proeminência que os temas ambientais vêm, de maneira paulatina, alcançando, notadamente a partir das últimas discussões internacionais envolvendo a necessidade de um desenvolvimento econômico pautado em sustentabilidade, não é raro que prospere, mormente em razão de novos fatores, um verdadeiro remodelamento ou mesmo uma releitura dos conceitos que abalizam a ramificação ambiental do Direito, com o fito de permitir que ocorra a conservação e recuperação das áreas degradadas, primacialmente as culturais.

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

Ainda nesta esteira, é possível verificar que a construção dos direitos encampados sob a rubrica de terceira dimensão tende a identificar a existência de valores concernentes a uma determinada categoria de pessoas, consideradas enquanto unidade, não mais prosperando a típica fragmentação individual de seus componentes de maneira isolada, tal como ocorria em momento pretérito. Com o escopo de ilustrar, de maneira pertinente as ponderações vertidas, insta trazer à colação o entendimento do Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N.º. 1.856/RJ, em especial quando destaca:

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

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

2 Comentários à concepção de Meio Ambiente

Em uma primeira plana, ao lançar mão do sedimentado jurídico-doutrinário apresentado pelo inciso I do artigo 3º da Lei Nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981[9], que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências, salienta que o meio ambiente consiste no conjunto e conjunto de condições, leis e influências de ordem química, física e biológica que permite, abriga

e rege a vida em todas as suas formas. Pois bem, com o escopo de promover uma facilitação do aspecto conceitual apresentado, é possível verificar que o meio ambiente se assenta em um complexo diálogo de fatores abióticos, provenientes de ordem química e física, e bióticos, consistentes nas plurais e diversificadas formas de seres vivos. Consoante os ensinamentos apresentados por José Afonso da Silva, considera-se meio-ambiente como *“a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”*[10].

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

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

É denotável, desta sorte, que a constitucionalização do meio ambiente no Brasil viabilizou um verdadeiro salto qualitativo, no que concerne, especificamente, às normas de proteção ambiental. Tal fato

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

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

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

em sua expressão concreta, o compromisso das Nações com o indeclinável respeito a esse direito fundamental que assiste a toda a Humanidade[15].

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

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

Salta aos olhos que, com a nova sistemática entabulada pela redação do artigo 225 da Carta Maior, o meio-ambiente passou a ter autonomia, tal seja não está vinculada a lesões perpetradas contra o ser humano para se agasalhar das reprimendas a serem utilizadas em relação ao ato perpetrado. Figura-se, *ergo*, como bem de uso comum do povo o segundo pilar que dá corpo aos sustentáculos do tema em tela. O axioma a ser esmiuçado, está atrelado o meio-ambiente como vetor da sadia qualidade de vida, ou seja, manifesta-se na salubridade, precipuamente, ao vincular a espécie humana está se tratando do bem-estar e condições mínimas de existência. Igualmente, o sustentáculo em análise se corporifica também na higidez, ao cumprir os preceitos de ecologicamente equilibrado, salvaguardando a vida em todas as suas formas (diversidade de espécies).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente,

estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade[19].

Ora, como bem manifestou o Ministro Carlos Britto, ao apreciar a Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade N°3.540, “não se erige em área de proteção especial um espaço geográfico simplesmente a partir de sua vegetação, há outros elementos. Sabemos que fauna, flora, floresta, sítios arqueológicos concorrem para isso”[20]. Verifica-se, assim, que o espaço territorial especialmente protegido do direito constitucional ao meio ambiente hígido e equilibrado, em especial no que atina à estrutura e funções dos diversos e complexos ecossistemas. Nessa esteira de exposição, as denominadas “unidades de conservação”, neste aspecto de afirmação constitucional, enquanto instrumentos de preservação do meio ambiente natural, configuram áreas de maciço interesse ecológico que, em razão dos aspectos característicos naturais relevantes, recebem tratamento legal próprio, de maneira a reduzir a possibilidade de intervenções danosas ao meio ambiente.

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

4 Intervenção do Estado na propriedade: A Confluência entre os corolários da supremacia do interesse público e do meio ambiente ecologicamente equilibrado

Em um primeiro comentário, antes de adentrar ao cerne do presente, cuida, oportunamente, esmiuçar, de maneira mais robusta, a respeito da proeminência do protagonismo do Estado no que atina à garantia e à salvaguarda dos direitos fundamentais. *“Muito mais do que isso, o Estado deve perceber e concretizar as aspirações coletivas, exercendo papel de funda conotação social”*[21], como obtempera José dos Santos Carvalho Filho. Nesta esteira, durante o curso evolutivo da sociedade, o Estado do século XIX não apresentava essa preocupação; ao reverso, a doutrina do *laissez feire* assegurava ampla liberdade aos indivíduos e considerava intocáveis os seus direitos, mas, concomitantemente, permitia que os abismos sociais se tornassem, cada vez mais, profundos, colocando em exposição os inevitáveis conflitos oriundos da desigualdade, provenientes das distintas camadas sociais.

Quadra pontuar que essa forma de Estado deu origem ao Estado de Bem-estar, o qual utiliza de seu poder supremo e coercitivo para suavizar, por meio de uma intervenção decidida, algumas das consequências consideradas mais penosas da desigualdade econômica. *“O bem-estar social é o bem comum, o bem do povo em geral, expresso sob todas as formas de satisfação das necessidades comunitárias”*[22], compreendo, aliás, as exigências materiais e espirituais dos indivíduos coletivamente considerados. Com realce, são as necessidades consideradas vitais da comunidade, dos grupos, das classes que constituem a sociedade. Abandonando, paulatinamente, a posição de indiferente distância, o Estado contemporâneo passa a assumir a tarefa de garantir a prestação dos serviços fundamentais e ampliando seu espectro social, objetivando a materialização da proteção da sociedade vista como um todo, e não mais como uma resultante do somatório de individualidades.

Neste sentido, inclusive, o Ministro Luiz Fux, ao apreciar o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo N° 672.579/RJ, firmou entendimento que *“ainda que seja de aplicação imediata e incondicional a norma constitucional que estabeleça direitos fundamentais, não pode o Ente Estatal beneficiar-se de sua inércia em não regulamentar, em sua esfera de competência, a aplicação de direito constitucionalmente garantido”*[23]. Desta feita, para consubstanciar a

novel feição adotada pelo Estado, restou necessário que esse passasse a se imiscuir nas relações dotadas de aspecto privado. *“Para propiciar esse bem-estar social o Poder Público pode intervir na propriedade privada e nas atividades econômicas das empresas, nos limites da competência constitucional atribuída”*[24], por meio de normas legais e atos de essência administrativa adequados aos objetivos contidos na intervenção dos entes estatais.

Com efeito, nem sempre o Estado intervencionista ostenta aspectos positivos, todavia, é considerado melhor tolerar a hipertrofia com vistas à defesa social do que assistir à sua ineficácia e desinteresse diante dos conflitos produzidos pelos distintos grupamentos sociais. Neste jaez, justamente, é que se situa o dilema moderno na relação existente entre o Estado e o indivíduo, porquanto para que possa atender os reclamos globais da sociedade e captar as exigências inerentes ao interesse público, é carecido que o Estado atinja alguns interesses individuais. Ao lado disso, o norte que tem orientado essa relação é a da supremacia do interesse público sobre o particular, constituindo verdadeiro postulado político da intervenção do Estado na propriedade. *“O princípio constitucional da supremacia do interesse público, como modernamente compreendido, impõe ao administrador ponderar, diante do caso concreto, o conflito de interesses entre o público e o privado, a fim de definir, à luz da proporcionalidade, qual direito deve prevalecer sobre os demais”*[25].

5 Das Áreas *Non Aedificandi* em Matéria Ambiental: Primeiras reflexões à luz do entendimento jurisprudencial do STJ

Diante das tessituras apresentadas, as limitações administrativas são determinações de aspecto geral, por meio dos quais o Poder Público impõe a proprietários indeterminados obrigações positivas, negativas ou permissivas, para o fim de condicionar as propriedades no atendimento da função social. Meirelles, neste diapasão, salienta que *“a limitação administrativa é toda imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública condicionadora do exercício de direitos ou de atividades particulares às exigências do bem-estar social”*[26]. Em mesmo sedimento, Gasparini, com bastante lucidez, obtempera que a limitação administrativa é *“toda imposição do Estado, de caráter geral, que*

condiciona direitos dominiais do proprietário, independente de qualquer indenização”[27].

É possível citar como exemplos de obrigação positiva aos proprietários a quem impõe a limpeza de terrenos ou a que impõe o parcelamento ou a edificação compulsória. Da mesma maneira, é possível que sejam impostas obrigações negativas, tal como a proibição de construir além de determinado número de pavimentos, limitação conhecida como gabarito de prédios. A propriedade, ainda, é limitada por meio de obrigações permissivas, ou seja, aquelas em que o proprietário tem que tolerar a ação administrativa, como, por exemplo, a permissão de vistorias em elevadores de edifícios e ingresso de agentes para fins de vigilância sanitária. *“No caso das limitações administrativas, o Poder Público não pretende levar a cabo qualquer obra ou serviço público. Pretende, ao contrário, condicionar as propriedades à verdadeira função social que delas é exigida”[28]*, mesmo que ocorra a colidência com os interesses individuais dos proprietários.

Quadra salientar que as limitações administrativas representam modalidades de expressão da supremacia geral que o Estado exerce sobre pessoas e coisas existentes no seu território, defluindo do condicionamento da propriedade privada e das atividades individuais ao bem-estar da comunidade. Conforme já se decidiu *“os regulamentos são limitações administrativas que encerram preceitos de ordem pública, derivados do poder de polícia do Município, inerente e indissociável da Administração e se exteriorizam em imposições unilaterais e imperativas”[29]*, sendo manifestadas sob a tríplice modalidade positiva (fazer), negativa (não fazer) ou permissiva (deixar fazer).

Ao se esmiuçarem as limitações administrativas, necessário faz-se destacar aspectos concernentes às suas naturezas jurídicas. O primeiro deles toca à natureza dos atos de impõem as obrigações, uma vez que as manifestações volitivas do Poder Público, no sentido das limitações, pode se consubstanciar por leis ou por atos administrativos normativos. *“Serão eles sempre gerais, porque, contrariamente ao que ocorre com as formas interventivas anteriores, as limitações não se destinam a imóveis específicos, mas a um grupamento de propriedades em que é dispensável a*

identificação”[30]. É observável, desta sorte, que subsiste a indeterminabilidade acerca do universo de destinatários e de propriedades alcançadas pelas limitações.

Outro aspecto que merece ser abordado, em razão da relevância para a análise do tema, consiste na distinção que repousa sobre limitação e restrição do direito. A restrição toca ao exercício em si das faculdades inerentes ao conteúdo do direito, ao passo que a limitação já constitui o conteúdo do direito, isto é, o próprio direito de propriedade tem sua dimensão jurídica condicionada pelas várias limitações estatuídas no ordenamento jurídico. Desta maneira, quadra sublinhar que o conteúdo do direito já teria reduções concernentes às limitações administrativas, aos direitos de vizinhança etc. Assim, ao se caracterizar a natureza jurídica das limitações administrativas, é possível dizer que se trata de atos legislativos ou administrativos, de caráter geral, que estabelecem o contorno do próprio direito de propriedade.

O fundamento genérico às ocupações temporárias encontra amparo nas disposições ventiladas pelos artigos 5º, inciso XXIII[31], e 170, inciso III[32], ambos da Constituição Federal, porquanto ambos qualificam a propriedade como direito condicionado ao atendimento da função social. Em relação, porém, às limitações administrativas, oportunamente, tem que se invocar outro fundamento, consistente no exercício do poder de polícia, porquanto este encerra exatamente a prática de atos administrativos que restringem e condicionam a liberdade e a propriedade, com vista ao interesse coletivo. Como bem salienta Gasparini, as limitações administrativas “*são instituídas por lei de qualquer das entidades políticas (União, Estado-membro, Distrito Federal, Municípios), consoante a respectiva competência, por tratar-se de matéria de natureza administrativa*”[33].

Em decorrência de tal aspecto, incabível é, aos proprietários, a utilização de qualquer medida administrativa ou judicial, com o escopo de obstar a imposição das limitações sobre as propriedades. Insta acrescentar, também, que “*as limitações ou estarão estampadas na própria lei, ou em atos normativos fundados em lei. Implicam, pois, o exercício do poder estatal para assegurar o bem-estar comum*”[34]. No mais, é importante

evidenciar que as ações administrativas em comento encontra respaldo mais remoto na denominada supremacia geral, também nomeada de sujeição geral, retratada no poder de soberania estatal. De maneira mais próxima, o fundamento repousa na supremacia especial, ou sujeição especial, que está direcionada especificamente a propriedades definidas.

Tecidos tais comentários, ao analisar a temática em destaque, sobretudo à luz dos argumentos teóricos tecidos em relação ao reconhecimento do núcleo denso, fundamental e difuso estruturante do meio ambiente, na nova ordem constitucional, cuida reconhecer as áreas *non aedificandi* podem ser, perfeitamente, incidentes sobre as denominadas áreas de preservação permanente. Trata-se, com efeito, na prática, da incidência do princípio da supremacia do interesse público, de núcleo administrativo, e do meio ambiente ecologicamente equilibrado, de núcleo constitucional e ambiental, em detrimento do interesse privado. Neste sentido, cuida trazer à colação o entendimento externado pelo Superior Tribunal de Justiça:

Ementa: Ambiental. Ação Civil Pública. Edificação irregular em área de preservação permanente. Dunas e vegetação de restinga. Acórdão regional que, embora reconheça a irregularidade, mantém a edificação. Violação dos arts. 2º, “f”, e parágrafo único, e 3º, “b”, e §1º da Lei 4.771/1965. Configurada. Demolição da construção e recuperação da área degradada. Necessidade. 1. Na origem, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina propôs ação civil pública contra proprietário de imóvel, pois este teria edificado em área de preservação permanente de dunas e de vegetação de restinga fixadora das dunas ("Praia do Santinho - Bairro do Ingleses"), pleiteando a demolição da edificação, sem prejuízo da recuperação ambiental e da indenização por danos morais coletivos. 2. Ao negar provimento ao recurso de

apelação do Parquet, o Tribunal de origem entendeu por bem, mesmo verificando a possibilidade de real impacto ambiental e considerando que a área em análise deveria de fato ser preservada, manter as edificações irregulares na área de preservação permanente de dunas e restingas.³. Todavia, estando a construção edificada em área prevista como de preservação permanente, limitação administrativa que, só excepcionalmente, pode ser afastada (numerus clausus), cabível sua demolição com a recuperação da área degradada, haja vista contrariedade direta aos arts. 2º, "f", parágrafo único, e 3º, "b", § 1º, da Lei 4.771/1965, interpretados restritivamente. 4. Ademais, as "restingas" são ecossistemas associados ao bioma "Mata Atlântica", encontrando proteção também no art. 2º da Lei 11.428/2006 (Lei da Mata Atlântica). [...] (Superior Tribunal de Justiça – Segunda Turma/REsp 1.298.094/SC/ Relator: Ministro Humberto Martins/ Julgado em 15 dez. 2015/ Publicado no DJe em 02 fev. 2016).

Denota-se, a partir do aresto colacionado, que o entendimento externado pelo Superior Tribunal de Justiça coloca em debate a relatividade do direito à moradia, quando as edificações se dão em locais reconhecidamente como áreas *non aedificandi*, invocando, claramente, os preceitos supramencionados como paradigmas de justificação da demolição e da relatividade do direito social previsto no artigo 6º, sobretudo em sede de edificações feitas de maneira indevida. Como dito alhures, a jurisprudência do STJ é firme no sentido que a demolição das construções em áreas que não comportam a edificação ambiental, em decorrência de sua proeminência, é medida impositiva, sobretudo para assegurar um sucedâneo de preceitos axiológicos que repisam a proteção ambiental como mecanismo indissociável para o desenvolvimento

humano e, por extensão, ao superprincípio da dignidade da pessoa humana. Conquanto não se possa conferir ao direito fundamental do meio ambiente equilibrado a característica de direito absoluto, certo é que ele se insere entre os direitos indisponíveis, devendo-se acentuar a imprescritibilidade de sua reparação, e a sua inalienabilidade, já que se trata de bem de uso comum do povo, consoante expressa previsão ínsita no *caput* do artigo 225 da Constituição de 1988. Em tema de direito ambiental, não se cogita em direito adquirido à devastação, nem se admite a incidência da teoria do fato consumado. A proteção legal às áreas de preservação permanente não importa em vedação absoluta ao direito de propriedade e, por consequência, não resulta em hipótese de desapropriação, mas configura mera limitação administrativa.

Referência:

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 06 abr. 2016.

_____. **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 06 abr. 2016.

_____. **Lei nº 9.985, de 18 de Julho de 2000**. Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 06 abr. 2016.

_____. **Ministério do Meio Ambiente**. Disponível em: . Acesso em 06 abr. 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: . Acesso em 06 abr. 2016.

_____. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região**. Disponível em: . Acesso em 06 abr. 2016.

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 06 abr. 2016.

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.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: 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 06 abr. 2016.

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 06 abr. 2016.

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 06 abr. 2016.

NOTAS:

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: . Acesso em 06 abr. 2016.

[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 06 abr. 2016.

[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 06 abr. 2016.

[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 06 abr. 2016.

[7] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense Nº 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei Nº 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: . Acesso em 06 abr. 2016.

[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 06 abr. 2016.

[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 N° 4.029/AM. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Federal N° 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 N° 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 06 abr. 2016.

[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 06 abr. 2016: “*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 06 abr. 2016.

[16] BRASIL. **Lei Nº. 9.985, de 18 de Julho de 2000.** Regulamenta o art.225, §1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 06 abr. 2016

[17] FIORILLO, 2012, p. 78.

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

[19] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 06 abr. 2016.

[20] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Acórdão proferido na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 3.540. Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Necessidade de impedir que a transgressão a esse direito faça irromper, no seio da coletividade, conflitos intergeracionais - Espaços territoriais especialmente protegidos (CF, art. 225, § 1º, III) - Alteração e supressão do regime jurídico a eles pertinente - Medidas sujeitas ao princípio constitucional da reserva de lei - Supressão de vegetação em áreas de preservação permanente - Possibilidade de a administração pública, cumpridas as exigências legais, autorizar, licenciar ou permitir obras e/ou atividades nos espaços territoriais

is protegidos, desde que respeitada, quanto a estes, a integridade dos atributos justificadores do regime de proteção especial

- Relações entre economia (CF, art. 3º, II, c/c o art. 170, VI) e ecologia (CF, art. 225) -

Colisão de direitos fundamentais - Critérios de superação desse estado de tensão entre valores constitucionais relevantes -

Os direitos básicos da pessoa humana e as sucessivas gerações (fases ou dimensões) de direitos (RTJ 164/158, 160-

161) - A questão da precedência do direito

à preservação do meio ambiente: uma limitação constitucional explícita à atividade econômica (CF,

art. 170, VI) - Decisão não referendada - Consequente indeferimento do pedido de medida cautelar. a preservação da integridade do meio ambiente : expressão constitucional de um

direito fundamental que assiste à generalidade

das pessoas. - Todos têm direito a meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206).

Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das

presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-

161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. Doutrina.

A atividade econômica

não pode ser exercida em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente. - A incolumidade do meio ambiente não

pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica,

ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que

privilegia a "defesa do meio ambiente" (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e

abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio

ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina.

Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental considerado este em seu aspecto físico ou natural. A questão do desenvolvimento nacional (CF, art. 3º, II) e a necessidade de preservação da integridade do meio ambiente (CF, art. 225):

O princípio do desenvolvimento sustentável como fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia. - O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte e legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representante de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações. O art. 4º do Código Florestal e a Medida Provisória Nº 2.166-67/2001:

Um avanço expressivo na tutela das áreas de preservação permanente. - A Medida Provisória nº 2.166-67, de 24/08/2001, na parte em que introduziu significativas alterações no art. 4º do Código Florestal, longe de comprometer os valores constitucionais consagrados no art. 225 da Lei Fundamental, estabeleceu, ao contrário, mecanismos que permitem um real controle, pelo Estado, das atividades desenvolvidas no âmbito das áreas de preservação permanente, em ordem a impedir ações predatórias e lesivas ao patrimônio ambiental, cuja situação de maior vulnerabilidade reclama proteção mais intensa, agora propiciada, de modo adequado e compatível com o texto constitucional, pelo diploma normativo em questão. - Somente a alteração e a supressão

do regime jurídico pertinente aos espaços territoriais especialmente protegidos qualificam-se, por efeito da cláusula inscrita no art. 225, § 1º, III, da Constituição, como matérias sujeitas ao princípio da reserva legal. - É lícito ao Poder Público - qualquer que seja a dimensão institucional em que se posicione na estrutura federativa (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) - autorizar, licenciar ou permitir a execução de obras e/ou a realização de serviços no âmbito dos espaços territoriais especialmente protegidos, desde que, além de observadas as restrições, limitações e exigências abstratamente estabelecidas em lei, não resulte comprometida a integridade dos atributos que justificaram, quanto a tais territórios, a instituição de regime jurídico de proteção especial (CF, art. 225, § 1º, III). Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 01 set. 2005. Publicado no DJe em 03 fev. 2006, p.14. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 06 abr. 2016.

[21] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed, rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 711.

[22] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 661.

[23] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo N° 672.579/RJ. Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Direito administrativo. Servidor público. Adicional noturno. Regime de plantão semanal. Necessário reexame da legislação infraconstitucional. Análise do contexto fático-probatório. Impossibilidade. Incidência da súmula 279 do STF. Agravo regimental desprovido. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 29.05.2012. Publicado em 19.06.2012. Disponível em: . Acesso em 06 abr. 2016.

[24] MEIRELLES, 2012, p. 662.

[25] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Acórdão proferido em Recurso em Mandado de Segurança N° 27.428/GO. Administrativo. Servidor público. Determinação de abertura de conta corrente em

instituição financeira pré-determinada. Recebimento de proventos. Possibilidade. Recurso ordinário improvido. Órgão Julgador: Quinta Turma. Relator: Ministro Jorge Mussi. Julgado em 03.03.2011. Publicado em 14.03.2011. Disponível em: . Acesso em 06 abr. 2016.

[26] MEIRELLES, 2012, p. 695.

[27] GASPARINI, 2012, p. 887.

[28] CARVALHO FILHO, 2011, p. 731.

[29] RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Acórdão proferido em Agravo de Instrumento Nº 70030301527. Agravo de instrumento. Ação civil pública. Liminar suspendendo a licença de construção. Dano ambiental. Construção em área de preservação. Prova. Inexistência. O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos (art. 1.299 do CC). Os regulamentos são limitações administrativas que encerram preceitos de ordem pública, derivados do poder de polícia do Município, inerente e indissociável da Administração e se exteriorizam em imposições unilaterais e imperativas sob a tríplice modalidade positiva (fazer), negativa (não fazer) ou permissiva (deixar fazer). No caso dos autos, o agravante expediu licença de construção, conforme revela a documentação carreada aos autos. Por outro lado, não há prova de que a futura construção irá atingir área de preservação. Inexistente, portanto, a comprovação do dano ambiental. Não vislumbro, assim, a verossimilhança no direito invocado pelo autor para fundamentar a suspensão da licença de construção. Agravo provido. Órgão Julgador: Vigésima Primeira Câmara Cível. Relator: Desembargador Marco Aurélio Heinz. Julgado em 20.01.2010. Disponível em: . Acesso em 06 abr. 2016.

[30] CARVALHO FILHO, 2011, p. 732.

[31] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 06 abr. 2016: “**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: (omissis) **XXIII** - a propriedade atenderá a sua função social’.*

[32] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 06 abr. 2016: “**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: (omissis) **III** - função social da propriedade”.*

[33] GASPARINI, 2012, p. 888.

[34] CARVALHO FILHO, 2011, p. 733.

DEMOCRACIA. UMA FÓRMULA POLÍTICA EXIGENTE

RAFAEL DE OLIVEIRA COSTA: Mestre em Direito Político e Econômico pelo Mackenzie. Professor Tutor do Damásio Educacional.

RESUMO. O presente artigo trata da democracia como uma ferramenta extremamente importante para que tenhamos uma participação social mais efetiva e condizente com os anseios atuais de nossa sociedade. Por intermédio dela é possível que uma série de questões importantes sejam resolvidas, sob um viés mais democrático, sendo respeitada a opinião da sociedade e da população em diversos pontos que demandam regulamentação. Atualmente, uma nova forma de democracia vem sendo discutida, qual seja, a democracia eletrônica, sendo possível por meio dela se valer da internet, a fim de propiciar uma participação mais efetiva da sociedade em diversos pontos polêmicos e questões de interesse público. Há também uma discussão sobre os tipos de democracia, sendo abordadas as diversas espécies que estão em vigor e devidamente regulamentadas.

Palavras-chave: Democracia. Participação política. Tipos de democracia. Democracia eletrônica.

Sumário: Introdução. 1. A participação política – Democracia liberal x Democracia Social. 2. Democracia eletrônica. 3. Tipos de democracia. Conclusão. Bibliografia.

ABSTRACT. The present article reveals a tool extremely important to have a social participation more effective and consistent with the current concerns of our society. Through the intermediary it is possible that a number of important issues are resolved, sobbing hum more democratic, being respected society view and population in miscellaneous points requires regulations. Currently, a new form of democracy has being discussed, either quali, an electronic democracy, being possible by half of it is worth the internet, an end to provide a participation more effective society in miscellaneous controversial points and public interest issues. Also there is a discussion of the types of democracy, addressed as being several species that are in place and properly regulated.

Keywords: Democracy. political participation. Types of democracy. electronic democracy.

Introdução

Como sabemos, a participação popular nas decisões políticas fundamentais tem aumentado nos últimos anos. A democracia eletrônica tem ajudado muito nesse sentido, assim como a imprensa como um todo ao divulgar as decisões políticas. Ademais, o constante debate nas redes sociais proporciona um maior acompanhamento e fiscalização por parte da população como um todo.

Sendo assim, é essencial falarmos sobre a importância da democracia e sua repercussão na evolução e progresso da sociedade. Somente por meio de um processo democrático justo, haverá uma maior inserção social e tomada de consciência por parte da população; ensejando um maior avanço social e modernização do processo de tomada das decisões políticas.

Atualmente, o exercício da democracia tem tomado novas perspectivas, sendo necessário o emprego da tecnologia a fim de que tenhamos um exercício mais efetivo e global, sendo que por intermédio das redes sociais há um constante debate acerca de assuntos relevantes a toda a população. Destarte, haverá a tutela e discussão de assuntos públicos e que façam menção a importância da democracia no cenário político atual.

1. A participação política – Democracia Liberal x Democracia Social

A democracia é conceito mais amplo do que o de Estado de Direito, “que surgiu como expressão jurídica da democracia liberal”^[1]. Pensavam os doutrinadores liberais que o Estado jurídico fosse “capaz de salvar, em parte, a liberdade ilimitada que o homem desfrutava na sociedade pré-estatal ou dar a essa liberdade função preponderante, fazendo do Estado o achanhado servo do indivíduo”^[2]. Democracia vem do grego, demos (povo) + kratia ou kratos (governo).

Não obstante, o Estado de Direito, ainda que como Estado Social, nem sempre espelhou, realmente, um Estado Democrático. Basta se pensar no Estado nazista, que também se proclamava Estado Social. O significante “social”, sem dúvida, é extremamente equívoco. “Todo Estado, em sua essência e substantividade, é poder, como diz o publicista alemão Forsthoff. Não se pode encobrir esse fato, nem se deve ignorá-lo. As formas como esse poder se manifesta ou maneira como ele se distribui, estas sim diferem, conforme se trate do poder de um, de vários ou de todos”[3].

Como afirma Paulo Bonavides:

no Ocidente, esse poder político repousa numa estrutura econômica capitalista. No Oriente socialista, a base se modificou e é essa modificação que justifica o corte dicotômico entre o sistema político marxista e o sistema político ocidental, que mantém a sobrevivência da burguesia, com o seu poder e a sua insuficiência de classe já atenuados. Ora, na atenuação dessa influência ou do domínio que a burguesia outrora exerceu incontestavelmente é que se distingue também o Estado liberal do Estado Social[4].

A participação política, que teve grande importância para o desenho dos novos contornos do Estado que afluiu após a derrocada da Democracia Liberal, foi, no entanto, de certa forma considerada pela Democracia Social, aninhando-se, “basicamente, nas agremiações partidárias, sem conseguir envolver em seu dinamismo a maior parte do povo”[5]. O Estado Social, sob essa luz, além de não ter permitido a participação efetiva do povo no processo político, não conseguiu realizar a justiça social.

Marilena Chaui nos ensina que:

É conhecido o “modelo democrático” formulado por Schumpeter e seus epígonos, a partir do momento em que o critério da democracia passa a ser dado pela relação entre o estado, como sócio e interventor econômico, e a economia oligopólica. Resumidamente, o “modelo” apresenta os seguintes

tipos: a) a democracia é um mecanismo para escolher e autorizar governos, a partir da existência de grupos que competem pela governança, associados em partidos políticos e escolhidos por voto; b) a função dos votantes não é a de resolver problemas políticos, mas a de escolher homens que decidirão quais são os problemas políticos e como resolvê-los – a política é uma questão de elites dirigentes; c) a função do sistema eleitoral, sendo a de criar o rodízio de ocupantes do poder, tem como tarefa preservar a sociedade contra os riscos da tirania; d) o modelo político baseia-se no mercado econômico fundado no pressuposto da soberania do consumidor e da demanda que, na qualidade de maximizador racional de ganhos, faz com que o sistema político produza distribuição ótima de bens políticos; e) a natureza instável e consumidora dos sujeitos políticos obriga a existência de um aparato governamental capaz de estabilizar as demandas da vontade política pela estabilização da “vontade geral”, através do aparelho do Estado, que reforça acordos, aplaina conflitos e modera as aspirações[6].

Segundo Marilena Chaui:

McPherson aponta dois grandes suportes do “modelo”: o pressuposto de que as demandas da cidadania são um dado fixo ou fixável e que, para manter a “funcionalidade” do sistema, é estimulada a apatia política dos cidadãos, apatia reforçada pelas desigualdades econômicas e sociais que deixam nas mãos da elite econômica todo o poder político. Finalmente, o “modelo” se apoia na ilusão da soberania do consumidor quando, numa economia oligopólica, o mercado produz e controla as demandas. Na base do modelo político encontra-se o modelo econômico keynesiano da intervenção e

parceria estatal, com a “finura” de seus artificios a tornar a ordem capitalista invulnerável.

Contraopondo-se ao modelo criticado, McPherson propõe um outro que designa como “democracia participativa”. Sendo um projeto e não uma descrição empírica, o modelo mcphersoniano apresenta um conjunto de precondições que seriam, então, as condições sociais da democracia: a) mudança da consciência popular, que passa a ver-se não mais como consumidora, mas como agente e executor que desfruta de suas próprias decisões. Trata-se do sentimento de comunidade; b) grande diminuição da atual desigualdade político-partidária é sustentáculo da ordem vigente; c) estimular procedimentos pelos quais se viabilizem as proposta de Marx (ditadura do proletariado) e de Stuart Mill (alargamento das franquias e aumento da participação) numa democracia participativa. Esses procedimentos seriam: associações de bairro e vizinhança, lutas pela melhoria da qualidade de vida (poluição, transportes, comunicações, escolas, saneamento), pela liberdade de expressão, pelos direitos das minorias (sexuais, raciais, coloniais), pela co-gestão das empresas pelos trabalhadores. Enfim, lutar onde os sujeitos não se vejam como consumidores, mas como produtores; d) enfatizar o peso do ônus social trazido pelo crescimento do capitalismo, as dúvidas quanto às capacidades do capitalismo financeiro para satisfazer necessidades aumentadas pela desigualdade, a consciência dos prejuízos causados pela apatia política.^[7]

Na esfera política institucional, uma das afirmações centrais concernentes à democracia consiste em admitir que se trata de uma forma política não só aberta aos conflitos, mas essencialmente definida pela capacidade de conviver com eles e de acolhê-los, legitimando-os pela

institucionalização dos partidos e pelo mecanismo eleitoral. Tem sido também uma das bandeiras de luta democrática a negação do partido único como uma impossibilidade de fato e de direito para a prática democrática. Essas afirmações, quer feitas por liberais, quer por conservadores, quer por sociais-democratas, omitem o fundamental (exatamente como no caso da esfera econômica): a questão da qualidade. Em outras palavras, o elogio do pluripartidarismo como essência da democracia pode dissimular o fato de que um partido, seja ele qual for, carrega dentro de si a sociedade como um todo, exprimindo-a de um ponto de vista determinado (uma classe, uma fração de classe, um grupo) como *pars totalis*. Isto significa que se, por um lado, o pluripartidarismo implica aceitação das divergências, por outro, enquanto multiplicidade de posições, é apenas um signo da possibilidade democrática e não a efetividade democrática. Tanto isto é verdade que cada um dos partidos pode organizar-se de tal forma que nele não haja democracia interna, como ainda serve de alibi para aqueles que apontam os partidos como prova da inexistência de vida democrática[8].

Bruno Cezar da Cunha Teixeira ensina que:

Ora, está nítido que as indagações em torno da ideia de legitimidade do poder estatal são muitas, assim como diversas as suas implicações: a frieza de associar-se poder legítimo e homologação da vontade da maioria contra coro nas revoluções do século XVIII, por meio das quais a classe burguesa afirmou ao clero e à nobreza, estamentos sociais antes privilegiados – embora numericamente minoritários –, sua ascendência política na nova ordem fundada. Enquanto resultado do triunfo das ideias iluministas sobre a monarquia absoluta e seus sustentáculos, este recém-fundado Estado de Direito exibiu uma moldura juridicamente estrutura por uma Constituição definidora de um sistema de liberdades básicas, como condicionador do cumprimento efetivo da fórmula democrática.

A Constituição será vista nessa matriz clássica do Estado não apenas tal qual a lei fundamental

responsável pela sua formação, por meio da qual adquire estrutura jurídico-política e administrativa, mas também como um acordo entre governantes e governados, em que os primeiros aceitam a limitação de seus poderes em respeito a um conjunto de direitos e garantias reconhecidos àqueles últimos. A limitação do poder estatal revelaria, portanto, a grande proposta subjacente à democracia liberal, que estruturou o *paradigma legalista*: reconhecer-se-ia a liberdade do cidadão na medida em que o mesmo participasse – através de um procedimento racional previamente designado – da composição dos órgãos do Estado, através da manifestação concreta de sua vontade (representada ou não)[9].

2. Democracia eletrônica

Eduardo Magrani ensina que:

A denominada e-democracia institucional compreende as experiências organizadas e providas pelo Estado ao viabilizar formas diversas de colaboração entre cidadãos e o sistema político, principalmente através de processos de coprodução na formulação e implementação de políticas públicas.

A principal experiência de e-democracia institucional que temo no Brasil é o “Portal e-Democracia” da Câmara dos Deputados. O Portal consiste em uma espaço virtual criado com o objetivo de estimular a contribuição de cidadãos e organizações civis na formulação de leis federais, bem como para auxiliar os deputados no trabalho de fiscalização e controle. Desta forma, permite que a sociedade brasileira participe do processo legislativo por meio da internet na esfera pública.

A ideia partiu do Observatório de Práticas Legislativas Internacionais, pequeno grupo de

pesquisa, que procurava realizar pesquisas aplicadas de interesse estratégico da Mesa Diretora e da Diretoria-Geral para projetos de inovação a serem implantados na Câmara. Um grupo composto por alguns servidores públicos de carreira, um ocupante de função de confiança e consultores externos, realizou mapeamento de experiências de democracia eletrônica em parlamentos de outros países, entre junho e novembro de 2008. Verificou-se a existência de blogs, fóruns e sistemas de enquetes simplificados, sem maiores processos estruturados de deliberação.

O Portal e-Democracia como concretização de uma prática de democracia deliberativa através da internet como esfera pública possui cinco objetivos principais: melhorar a interação entre a sociedade e a Câmara dos Deputados; fortalecer o papel do Poder Legislativo na formulação de políticas públicas; estimular a participação social responsável e construtiva; melhorar a compreensão da sociedade brasileira sobre a complexidade do trabalho legislativo; e aumentar a transparência relativa ao processo legislativo[10].

Eduardo Magrini ensina que:

Com este intuito e conscientes deste potencial, diversas entidades governamentais e não governamentais no Brasil e no mundo têm trabalhado para trazer mais participação pública ao processo de criação de leis, prestação de contas e de criação de políticas públicas através da utilização de ferramentas de internet livres, abertas e acessíveis. Como vimos no tópico anterior, cientes da necessidade de aproximar o povo das decisões e procedimentos legislativos para garantir a legitimidade das normas, o Estado brasileiro, a título de exemplo, através dos poderes executivo e legislativo, tem experimentado iniciativas

através da internet, permitindo contribuições abertas a toda a sociedade, e engajamento em uma escala de participação consideravelmente ampla.

Justamente por esta razão, para que seja possível compreender e medir o potencial democrático da internet, evidencia-se a necessidade de se analisar cada caso empiricamente, a partir dos elementos e resultados que constituíram cada iniciativa. Cita-se, por exemplo, o caso envolvendo a Lei da Ficha Limpa no Brasil. Este caso teve início em 1997, quando a organização católica chamada Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) liderou um movimento para apresentar ao Congresso um projeto de lei que tinha como objetivo evitar a candidatura de políticos corruptos. O meio pelo qual buscavam atingir esse resultado foi propor uma lei, apelidada de “Lei da Ficha Limpa”, que impedisse o político condenado por órgãos colegiados de disputar cargos eletivos.

Como a corrupção é considerada um grande problema no Brasil, difícil de ser superado, havia grandes expectativas para a aprovação do projeto de lei. Ele foi proposto ao Congresso por iniciativa popular, idealizado pelo Juiz Márlon Reis e contando com apoio de diversas instituições, dentre elas, em destaque, o Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE). Entretanto, quando chegou à etapa de deliberação no Congresso, encontrou forte oposição.

A participação através da internet em cena por meio da ONG internacional Avaaz. A Avaaz cumpriu o importante papel de pressão pública para a aprovação do projeto, ao dar destaque à voz de um enorme grupo de pessoas que não estava à frente dos movimentos para a aprovação, mas que acreditava ser ela importante[11].

No tocante aos princípios constitucionais estruturantes, José Joaquim Gomes Canotilho ensina que:

(...) constitutivos e indicativos das ideias directivas básicas de toda a ordem constitucional. São, por assim dizer, as traves-mestras jurídico constitucionais do estatuto jurídico do político (...) Estes princípios ganham concretização através de outros princípios (ou subprincípios) que densificam os princípios estruturantes iluminando o seu sentido jurídico-constitucional e político-constitucional, formando, ao mesmo tempo, com eles, um sistema interno[12].

Conforme o autor, esses princípios possuem duas dimensões:

Uma dimensão constitutiva, dado que os princípios, eles mesmos, na sua , exprimem, indiciam, denotam ou constituem uma compreensão da ordem global constitucional; (2) uma dimensão declarativa, pois estes princípios assumem, muitas vezes, a natureza de , de , utilizados para exprimir a soma de outros e de concretizações normativas constitucionalmente plasmadas.

Assim, por terem os princípios carácter constitutivo, impõem a forma de interpretar todo o ordenamento de acordo com os valores que emanam e, por outro lado, alguns deles são super-princípios que exprimem a ideia geral do sistema jurídico.

José Joaquim Gomes Canotilho ensina que:

(...) o princípio democrático significa, em termos políticos – que são os de Lincoln - , mas também uma condensação de várias dimensões concretizadoras do fundamento e legitimação do poder político (princípio da soberania popular, princípio eleitoral, princípio partidário, princípio representativo, princípio participativo[13].

Lúcia Ferreira Lopes ensina que:

O princípio democrático é, portanto, um Super-Princípio estruturante e, como tal, depende de outros para a sua concretização. Do princípio da publicidade (que rege a administração pública e do qual trataremos oportunamente) depende a concretização do super-princípio democrático. Isso porque é através do voto que o povo, enquanto detentor do poder, expressa sua vontade para que seja representado em seus interesses públicos.

O voto só é, legitimamente, uma expressão dessa vontade quando o cidadão possui informação suficiente para exercer esse direito/poder de forma consciente.

Para que haja consciência e efetivo controle do poder por parte do povo soberano, é necessário fazer valer o Princípio da Publicidade e, conseqüentemente, o direito à informação e à verdade, que são desdobramentos lógicos do citado princípio[14].

Norberto Bobbio explica as principais teorias que delinearam a evolução do conceito de democracia até se alcançar sua conceituação contemporânea:

Na teoria contemporânea de Democracia confluem três grandes tradições do pensamento político: a) a teoria clássica, divulgada como teoria aristotélica, das três formas de Governo, segundo a qual a Democracia como Governo do povo, de todos os cidadãos, ou seja, de todos aqueles que gozam dos direitos de cidadania, se distingue da monarquia, como Governo de um só, e da aristocracia, como Governo de poucos; b) a teoria medieval, de origem romana, apoiada na soberania popular, na base da qual há a contraposição de uma concepção ascendente a uma concepção descendente da soberania conforme o poder supremo deriva do povo e se torna

representativo ou deriva do príncipe e se transmite por delegação do superior ao inferior; c) a teoria moderna, conhecida como teoria de Maquiavel, nascida com o Estado moderno na forma das grandes monarquias, segundo a qual as formas históricas de Governo são essencialmente duas: a monarquia e a república, e a antiga Democracia nada mais é que uma forma de república (a outra é aristocracia), onde se origina o intercâmbio característico do período pré-revolucionário entre ideais democráticos e ideais republicanos e o Governo genuinamente popular é chamado, em vez de Democracia, de república[15].

3. Tipos de Democracia

Democracia é uma forma de *regime político*, em que se permite a participação do povo no processo decisório e sua influência na gestão dos empreendimentos do Estado, consubstanciada em valores fundamentais que a norteiam (maioria – o que a maioria do povo decidir está decidido; *igualdade* – todos os membros da sociedade têm a mesma condição – igualdade perante a lei – e *liberdade* – livre-arbítrio de escolha, de voto, de consciência, de pensamento, de ir e vir etc.) e princípios (soberania – a vontade do povo é a que decide; e participação direta ou indireta – o povo decidindo direta ou indiretamente – por seus representantes – o regime político a ser seguido e traçado.

Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira ensina que:

As espécies de democracia são: **a) democracia direta** – o povo exerce, por si, os poderes de Governo, fazendo leis, administrando e julgando. **b) democracia indireta ou representativa:** A fonte primária de poder (povo) não dirige diretamente os negócios governamentais, em face de diversos fatores (complexidade dos problemas sociais, explosão demográfica, extensão territorial/geográfica), e sim os outorga a seus representantes, eleitos periodicamente e com mandato temporário.

Sinônimo de democracia indireta ou representativa é mandato (dos eleitores para um eleito, para que o poder seja exercido em seu nome)...

Na Democracia Indireta tem-se o eleitor e o eleito. O eleitor ou eleitorado como mandante e o eleito como mandatário ou comandado. Todavia, uma vez eleito, os papéis se invertem. O eleitor (mandante) vira comandado e o eleito (mandatário/comandado) vira comandante, ditando as regras (Poder Executivo) ou fazendo as leis (Poder Legislativo), para que o eleitor as cumpra, tornando-se, assim, subordinado.

O eleitor ou eleitorado como mandante e o eleito como mandatário ou comandado. Todavia, uma vez eleito, os papéis se invertem. O eleitor (mandante) vira comandado e o eleito (mandatário/comandado) vira comandante, ditando as regras (Poder Executivo) ou fazendo as leis (Poder Legislativo), para que o eleitor as cumpra, tornando-se, assim, subordinado.

Esta é a característica mais importante da Democracia Indireta, a saber, a transferência do exercício do poder. O poder continua do eleitorado, mas o exercício do poder é transferido, durante certo tempo (temporiedade do mandato).

A dificuldade do mandato de Direito Eleitoral está no regular e idôneo exercício do mandato pelo eleito, pois de forma direta, diante da ausência do recall, não há como o eleitorado exigir responsabilidade do eleito...

Na Democracia Indireta, o eleito tem que interpretar a vontade do eleitor, mas não usando uma hermenêutica privativa ou singular, e sim no conjunto, no sentido de nação.

Assim, se os eleitores não têm como cobrar responsabilidade direta do eleito, no plano preventivo, tendo que, no plano repressivo, esperar um dano para ajuizar ação popular na Justiça Comum ou procurar os

legitimados na Justiça Eleitoral (já que na Justiça Eleitoral os eleitores não têm legitimidade para ajuizar ação eleitoral), a única medida preventiva posta aos eleitores na Democracia Indireta, com o fim de cobrar responsabilidades dos eleitos, é no momento da votação, ou seja, em cada eleição, não conferindo ao eleito o mandato ou retirando dele a possibilidade de recondução ao mandato...

c) Democracia semidireta, consubstancia-se na democracia representativa, com alguns institutos da democracia direta, enfim, um sistema eclético ou misto.[\[16\]](#)

Conclusão

Objetivou-se no presente artigo tratar de uma maneira sucinta sobre a democracia e a sua importância na participação política. Trata-se da forma pela qual os cidadãos comuns tem acesso às decisões políticas tomadas pelos governantes.

Ademais, é extremamente importante em um Estado Democrático de Direito que as intenções da população sejam ouvidas e que elas tenham direito de intervir nas decisões políticas fundamentais. Sendo assim, por intermédio de mecanismos como a internet, hoje surgiu uma nova vertente da democracia, qual seja, a democracia eletrônica a qual objetiva permitir um maior acesso da população às decisões por meio da rede mundial de computadores.

Sendo assim, é notório que houve toda uma alteração na forma como a democracia se apresenta, desde os tempos mais remotos ao atual, sendo que é extremamente importante um processo democrático, pois somente por meio dele será possível definir o futuro do país e ouvir as vozes da população.

Referências Bibliográficas

ATALIBA, Geraldo. *República e constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo. Celso Bastos Editora, 2002.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

BOBBIO, Norberto. In: MATTEUCI, Nicola; e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 5ª edição, trad. de Carmen C. Varriale. Brasília: Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal do Estado Social*. 4ª. Ed. Rio de Janeiro, Forense, 1980.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CHAUI, Marilena. *Cultura e democracia. (o discurso competente e outras falas)*. 1ª ed. São Paulo: Editora moderna, 1981.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro. 2ª edição. 2010.

LOPES, Lúcia Ferreira. *Democracia, princípio da publicidade e sistema de poder*. Dissertação de mestrado apresentada a Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

LUCAS, Randolph. *Democracia e Participação*. Trad. De Cairo Paranhos Rocha, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1975.

MAGRANI, Eduardo. *Democracia conectada (A internet como ferramenta de engajamento político-democrático)*. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

MEZZAROBA, Orides. *Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito*. 5ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

PÁDUA CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de. *Preleções de Direito Eleitoral*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

RAMOS, Elival da Silva. *A ação popular como instrumento de participação política*. CIDADE: Editora, ano.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 5ª ed. São Paulo, ano.

TEIXEIRA, Bruno Cezar da Cunha. *Democracia e Poder Judiciário: entre o hiperativismo judicial e a excessiva autocontenção*. Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015.

NOTAS:

[1] Cf. José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*. 5ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989. p.99.

[2] Cf. Paulo Bonavides. *Do Estado Liberal do Estado Social*. 4ª. Ed. Rio de Janeiro, Forense, 1980, p. 2.

[3] Cf. Paulo Bonavides, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, cit., p. 206.

[4] BONAVIDES, Paulo, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, cit. p. 206.

[5] Cf. Elival da Silva Ramos, *A ação popular como instrumento de participação política*, cit. p. 62.

[6] CHAUI, Marilena. Cultura e democracia. (o discurso competente e outras falas). 1ª edição. Editora moderna. São Paulo. 1981. p. 86.

[7] CHAUI, Marilena. Cultura e democracia. (o discurso competente e outras falas). 1ª edição. Editora moderna. São Paulo. 1981. p. 87-88.

[8] CHAUI, Marilena. Cultura e democracia. (o discurso competente e outras falas). 1ª edição. Editora moderna. São Paulo. 1981. p. 93.

[9] TEIXEIRA, Bruno Cezar da Cunha. Democracia e Poder Judiciário: entre o hiperativismo judicial e a excessiva autocontenção. Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2015. p. 56-57.

[10] MAGRANI, Eduardo. Democracia conectada (A internet como ferramenta de engajamento político-democrático). Curitiba. Juruá Editora. 2014. p. 70-71.

[11] MAGRANI, Eduardo. *Democracia conectada (A internet como ferramenta de engajamento político-democrático)*. Curitiba. Juruá Editora. 2014. p. 93-94.

[12] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 1997. P.1137.

[13] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 1997. P.1148.

[14] LOPES, Lúcia Ferreira. *Democracia, princípio da publicidade e sistema de poder*. Dissertação de mestrado apresentada a Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo 2008. p. 28-29.

[15] BOBBIO, Norberto. In: MATTEUCI, Nicola; e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 5ª edição, trad. de Carmen C. Varriale. Brasília: Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2000. p. 319-320.

[16] PÁDUA CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de. *Preleções de Direito Eleitoral*. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2006. P.125-126.

A NOVA LEI DE COMBATE AOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL: UMA ANÁLISE ACERCA DAS MODIFICAÇÕES TRAZIDAS AO CRIME DE ESTUPRO

ANDERSON LUIZ GUIMARÃES CARDOSO: Analista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Pós-graduado em Direito Civil, de Família e Sucessões, Ambiental e do Consumidor pela Faculdade Internacional Signorelli. Pós-graduado em Ciências Penais pela Universidade do Sul de Santa Catarina.

RESUMO: O estudo pretende realizar uma análise sobre a alteração dos arts. 213 e 214 do Código Penal Brasileiro advinda com a Lei 12.015/2009 e seus reflexos na execução da pena tanto no aspecto material como no processual. Pretende ainda, comprovar a interpretação do ordenamento jurídico sobre os crimes contra a dignidade sexual e o que se tem feito a favor de garantir às vítimas a proteção jurisdicional necessária a tutela de seus direitos e averiguar quais as ações penais cabíveis, apresentando as consequências sofridas pelas vítimas e a tutela jurisdicional sugerida para dar maior defesa ao seu direito de dignidade. O método de pesquisa empregado no desenvolvimento deste trabalho foi o dedutivo. Será utilizada a técnica de documentação indireta de fontes primárias, utilizando pesquisa documental em jurisprudências como também será utilizada a documentação de fontes secundárias, com pesquisa bibliográfica em doutrinas, artigos e na legislação constitucional e infraconstitucional. O estudo demonstra que é evidente que a Lei 12.015/2009 modernizou o ordenamento jurídico penal com relação aos crimes sexuais. E como toda lei nova, recebeu várias críticas positivas e negativas, e diversas interpretações, o que originou inúmeras discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre o assunto que ainda está longe de ser tranquilo quanto aos assuntos mais debatidos, como em quais situações será aplicado o princípio da lei penal mais proveitosa, se os crimes de estupro ou estupro de vulnerável serão considerados tipos penais mistos cumulativos ou alternativos.

PALAVRAS-CHAVE: Crimes sexuais - Execução da pena - Liberdade sexual

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO JUSTIFICATIVA 1.1 Crimes contra a dignidade sexual 1.2 A modificação introduzida pela Lei 12.015/2009 e seus reflexos

2.1 Lei 12.015/09 principais mudanças em matéria de crime contra a dignidade sexual 2.2 Nova tipificação penal CONSIDERAÇÕES FINAIS REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

INTRODUÇÃO

Os casos de violência sexual em ambiente doméstico e familiar é um problema jurídico e social complexo e deve ser discutido amplamente para que se alcance uma razoável solução. Quando se trata de vítima mulher algumas outras questões ainda são levantadas. Descobriu-se em pesquisas realizadas, ser o tema polêmico tanto na jurisprudência quanto na doutrina, o que possibilitou, portanto, a problematização da temática. A matéria que ora se apresenta, elucida de certo, não só uma alteração da legislação, mas uma mudança social no tratamento desta espécie de crimes, os crimes de cunho sexual.

Temos conhecimento que a Parte Especial do Código se encontra adicionada em XI Títulos, colecionando os crimes nela inseridos de acordo com sua objetividade jurídica, ou seja, de acordo com o bem jurídico tutelados pelos tipos penais. Assim no Título I, temos os crimes contra a pessoa; no Título II, crimes contra o patrimônio; no Título III, crimes contra a propriedade imaterial; no IV, os crimes contra a organização do trabalho; no Título V, os crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos; no Título VI, os crimes que aqui pretendemos trabalhar, denominados atualmente de crimes contra a dignidade sexual; no VII, encontramos os crimes contra a família; no Título VIII, os crimes contra a incolumidade pública; no IX, tem-se os crimes contra a paz pública; no Título X, há os crimes contra a fé pública; por fim, no XI, temos os crimes contra a Administração Pública. (RANGEL,2009).

Os crimes de natureza sexual, que podem abarcar violência física ou moral, devem ser tratados de forma apropriada, tendo em vista sua matéria tão perfeita e importante. Desde que dentro dos limites estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, é direito próprio à pessoa, dispor do próprio corpo do modo como lhe

satisfaz. Infringir a vontade da pessoa com procedimentos sexuais criminosos, obrigando-a a prática de ato pornográfico, qualquer que seja sua espécie, é reprovável e repulsivo, dessa forma, a vítima de um crime sexual tem sua dignidade selvagemmente atingida. (MOREIRA,2011).

Há muito que se argumentava, doutrinária e jurisprudencialmente, acerca de alguns tipos penais previstos no Título VI do Código Penal, que tutelava, antes do aparecimento das mudanças aqui tratadas, as condutas designadas como “crimes contra os costumes”. Todavia, estes “crimes contra os costumes” deram espaço aos “crimes contra a dignidade sexual”. Este Título – o VI do Código – passou em 2009 por uma verdadeira reforma: houve mudanças que vão desde o nome do Título até a abolição de tipos penais. É bem verdade que algumas destas reformas já haviam antes sido realizadas, desde 2005, oportunidade em que foram suprimidas algumas condutas anteriormente tipificadas e excluídas formas de extinção da punibilidade ligadas a este tipo de criminalidade. (NUCCI,2009).

A Lei 12.015/09, distintamente das legislações usuais, portanto, mudou a designação do Título VI de “crimes contra os costumes” para “crimes contra a dignidade sexual”. Esta temática há muito era debatida na doutrina brasileira: o conceito de “costumes” já não parecia ter proteção constitucional. E, sabemos que o direito de punir do Estado encontra limitação na própria Constituição Federal, praticando esta Carta uma dupla função: a de orientar a escolha dos bens jurídicos, mas de apresentar certas garantias que não podem ser quebradas em busca da proteção destes bens. (ZAFFARONI,2010)

O entendimento de “costumes”, como sabido, dizia respeito a uma ética sobre a conduta sexual, uma decência, um recato, tendo sempre em conta o “homem médio”. Era uma “noção penetrada de moralismos [...], transmitia a impressão que se procurava impor às pessoas um padrão mediano no que concerne a sua atividade sexual”. Essa finalidade de proteger os “costumes” já não mais permanece. O que se quer proteger, evitar, coibir e punir com os crimes inscritos neste Título VI do Código não é um conceito ético

ou moral: trata-se da liberdade sexual e da própria dignidade da pessoa humana, em um dos seus ângulos mais íntimos que é a livre prática de atos de natureza sexual. (ESTEFAM,2010).

Sendo assim, queremos mostrar a necessidade da aplicação de esforços, direcionados à criação de táticas, para solucionar o quadro atual e contribuir com a busca do melhoramento de estudos dos crimes dessa natureza, nos levando assim, a construir uma sociedade preparada para lidar com esse fenômeno.

JUSTIFICATIVA

O reconhecimento da violência sexual e a noção de que esta deve ser impedida é de máxima importância. Há que se verificar a dimensão dos danos causados e certificar à vítima real proteção à sua dignidade enquanto pessoa e acima de tudo fazendo cumprir o previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 quanto aos direitos fundamentais endossados a todo cidadão. Desse modo, a escolha do tema se justifica por tratar de assunto que está presente em nosso dia-a-dia e pode afetar substancialmente o emocional das vítimas e pessoas mais próximas de forma inconvertível.

Finalmente, evidencia-se que, nas palavras de Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 62), com a tutela ao vulnerável, "[...] eliminasse a discussão sobre o estado de pobreza da pessoa ofendida [...]", antigamente requisito indispensável para possibilitar a ação penal pública regularizada à representação do ofendido, conforme o antigo artigo 225, § 1º, inciso I, e § 2º, do Código Penal.

Desse modo, apresenta-se afirmativa a iniciativa da Lei nº 12.015/09 em tornar, em regra, pública condicionada à petição do ofendido a ação penal nos crimes contra a dignidade sexual, pois, desta forma, os interesses da vítima e da sociedade são mais bem conciliados, mas é preciso muito cuidado na aplicação no tempo desta nova lei, assim como deve ser fixada a regra de que a ação penal será pública incondicionada nos crimes praticados contra menor de 18 (dezoito) anos ou vulnerável e naqueles dos quais o resultado seja lesão corporal grave ou morte da vítima.(FRANCO,2010).

Destarte é que, antes de qualquer modificação nos tipos penais, o legislador ocupou-se de refazer este conceito obsoleto e relacionado a uma época distante (ano de 1940, momento da edição do Código Penal), que não mais se ajustava à realidade social.

Averiguaremos as alterações no título VI do Código Penal advindas da Lei n. 12.015, de sete de agosto de 2009, considerando panoramas positivos e negativos, e ressaltamos a tutela jurisdicional direcionada às vítimas. Preparar as vítimas dos crimes contra a dignidade sexual, particularmente mulheres e crianças, bem como sequelas físicas, morais e psicológicas que suportam em decurso do crime.

A presente pesquisa tem sua importância no ordenamento jurídico. Aborda o aspecto psicológico, que é fortemente empenhado em se tratando de vítimas de violência sexual, e o âmbito processual, no qual se dá o estudo das ações cabíveis a cada tipo penal incriminador. Mostra-se de grande relevância também devido às mudanças acontecidas na legislação no ano de 2009, no que se referem aos tipos penais incriminadores dos crimes contra a dignidade sexual.

1.1 CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

O comportamento sexual do Brasileiro, assim como tem ocorrido com as civilizações ocidentais, vem se modificando ao longo dos tempos, a partir dos anos 60, com a valorização dos aspectos positivos da sexualidade e a sua privatização, surgiu então, a necessidade de criar novas leis que se adequassem à realidade social. Desta forma, pode-se afirmar que com as mudanças sociais e culturais vividas no século XX, houve um afastamento da moralidade religiosa herdada na época medieval, ganhando a sexualidade uma autonomia individual e subjetiva, nascendo desde então, a preocupação do Estado em regular todos os tipos de condutas lesivas a liberdade sexual do indivíduo. (CABRAL,2009).

Os crimes contra os costumes apareceram tendo em vista a relevância de proteger à moral e os bons costumes por meio de normas incriminadoras. Estas normas foram criadas para o bom

convívio interpessoal, sendo que foi em 1940, sob o ponto de vista repressivo do Código Penal, que surgiu a possibilidade de punição pelo Estado ao sujeito violador de tal direito. (GOMES,2009).

De acordo com o doutrinador Luís Regis Prado (2010):

Nada perderia a lei se utilizasse o Título “Crime contra o Pudor”, tendo em vista que todos os delitos que compuseram esse Título tiveram como denominador comum, a ofensa a esse sentimento individual e social, além de que essa expressão estaria mais ao alcance do povo por ser o pudor vulgarmente conhecido como sentimento de pejo ou vergonha suscitado por um ato de natureza sexual.

Por conseguinte, independente do título, o bem jurídico protegido pela lei seria, primeiramente, a dignidade da pessoa humana, onde, com amparo constitucional, o legislador tratou de abranger especificamente os casos de dignidade sexual, tendo em vista sua importância.

Posto que haja doutrinadores que advogam que, “o ponto culminante interpretativo deve atentar não ao sentimento social sobre o fato, mas sim sobre a existência de lesão ou perigo para a dignidade sexual dos envolvidos”, tal como Gustavo Octaviano Diniz Junqueira em seu livro “Elementos do Direito Penal” (p. 263), verifica-se que isso não é verdade absoluta, nem como tal deve ser tratada.

Tal postura torna-se contestável a partir das pesquisas realizadas corriqueiramente sobre a periculosidade do sujeito ativo envolvido nesses tipos de crimes e, por este fato, o risco ao qual se coloca à sociedade ao determinar que, em respeito à intimidade da vítima, esse agente continue livre para reincidir.

Vale dizer, portanto, que a lei surge através das mudanças sociais, bem como pelas necessidades por ela apresentadas, como consequência disto, não se pode interpretar uma norma, mormente de ordem pública, com olhos voltados apenas aos envolvidos diretamente com o delito.

Segundo o art. 213 do Código Penal Brasileiro, estupro, antes do surgimento da nova lei, que trouxe uma visão diferente da realidade executória ao tipo penal em nota, era deliberado como "constranger mulher à conjunção carnal, por meio de violência ou grave ameaça". Tinha como atitude consumativa necessária para a caracterização deste crime a conjunção carnal, isto é, a penetração do pênis na vagina. Assim, as outras atitudes para a realização de atos associados à libido, ou seja, aos desejos originários do sexo, imbuídos de violência, que não estivesse presente esta característica, eram classificadas tipificados em crime diverso - Atentado Violento ao Pudor (art. 214, CP) - inclusive as praticadas contra homens, apesar de algumas popularmente serem chamadas de estupro. (ESTEFAM,2010).

No período compreendido entre o final do século XIX até a primeira metade do século XX, vários autores passaram a enxergar a sexualidade sob uma nova visão, conceito este que só foi possível, devido a valoração da individualidade na idade moderna, a qual serviu de base para a organização da sociedade capitalista.

A partir da segunda metade do século XX, podem-se destacar dois eventos importantes que marcaram o estudo da sexualidade: o desenvolvimento de métodos contraceptivos, que rompe com associação, que até então existia, entre a atividade sexual e a reprodução; e o surgimento de novas reflexões sobre o tema.

Nessa época, as mulheres encontravam-se totalmente desprotegidas, não existindo nenhum tipo de lei que resguardasse os seus direitos, consideradas seres inferiores, eram vítimas de constantes assédios e estupros, ficando totalmente vulnerável a todos os tipos de violência, já que os seus agressores não sofriam nenhuma punição. (FRANCO,2010).

É neste cenário histórico, que surgem os movimentos feministas, com objetivo de combater as discriminações ocasionadas pelas desigualdades derivadas dos padrões estabelecidos pela moralidade sexual, lutando pelos direitos legais da mulher, dentre os quais pode destacar: direito a integridade física, a autonomia, direitos trabalhistas, reprodutivos, proteção

contra a violência doméstica, assédio sexual e estupro. (FRANCO,2010).

Esses movimentos foram os principais responsáveis pelo crescimento sobre o estudo de gênero, dando novas perspectivas sobre as questões teóricas e de investigação sobre a sexualidade, as quais passaram a ser vistas sob uma nova ótica, ocasionando várias consequências como: a alteração do estereótipo masculinidade, feminilidade e seus respectivos papéis; novas atitudes liberais em relação ao corpo e as emoções; maior tolerância ao sexo antes do casamento; maior tolerância às diferenças sociais e a educação sexual. (FRANCO,2010).

De acordo com a grande maioria da doutrina, o indivíduo que comete o crime contra a dignidade sexual, violando a intimidade da vítima, bem como a moral da sociedade, traz consigo grandes chances de voltar a delinquir, o que gera a insegurança e o medo à sociedade, pois se o criminoso continua solto, qualquer pessoa pode, a qualquer momento, ser sua próxima vítima. (JESUS,2010).

Pode-se, contudo, verificar que, na grande maioria dos casos, as vítimas acabavam por não apresentar queixa-crime, não movendo a ação penal privada para procurar punir o indivíduo, por medo e por quererem resguardar a sua intimidade e a sua segurança. Embora atualmente modificado pela lei, exigindo apenas a representação da vítima para a persecução penal, ainda acaba por deixar nas mãos da vítima a possibilidade de processar e punir o indivíduo. (JESUS,2010).

Quanto à periculosidade do sujeito ativo do crime, o doutrinador Hélio Gomes, em sua obra “Medicina Legal”, traz a seguinte explicação: “O estupro, de todos os delitos carnais, é certamente o que revela maior temor do delinquente. Os estupradores, via de regra, são tipos anormais, psicopatas sexuais, hipergerais.” (“Medicina legal” – p. 444).

Portanto, sendo o autor de crimes sexuais perigo à sociedade, vale dizer que o Estado não pode deixar nas mãos da vítima a possibilidade de puni-lo, bem como deixando o Ministério Público, na maioria das vezes, dependente desta representação para

processar o indivíduo que, possivelmente, voltará a cometer delitos. (JESUS,2010).

Também com relação ao indivíduo que comete os crimes contra a dignidade sexual, o doutrinador Genival Venoso de França, traz o conceito quanto aos seus transtornos sexuais, bem como aos instintos do homem em geral: “Há no homem dois instintos fundamentais: o de nutrição e o de perpetuação. O primeiro assegura a conservação do indivíduo e o segundo garante a continuação da espécie. Se estes instintos se equilibrassem dentro da normalidade, teríamos o ideal.

“Porém, surgem, vez por outra, aberrações das mais absurdas e extravagantes, comprometendo a segurança das pessoas e da sociedade.” (“Medicina legal” – p. 211).

Conclui-se, desta forma, que a persecução e punição desse tipo de criminoso pensam, principalmente, na sociedade, tendo em vista a grande possibilidade de reincidência, que acaba por atingir a segurança de todo grupo social, sendo a prisão dos agentes, além de efetiva resposta à sociedade, é medida imperativa para a manutenção da ordem pública.

1.2 A MODIFICAÇÃO INTRODUZIDA PELA LEI 12.015/2009 E SEUS REFLEXOS

A fim de abordar as modificações referentes à Ação Penal nos crimes contra a dignidade sexual, previstas no artigo 225 do Código Penal, reservamos tópico específico, tendo em vista a relevância do tema.

Com relação às críticas que essas alterações já suscitaram, expõe o doutrinador Gustavo Octaviano Diniz Junqueira (2010):

“A lei 12.015/2009, além do nome do Título, mudou a estrutura dos crimes e gerou celeuma pela falta de clareza de seus tipos” (“Elementos do Direito Penal” – p. 263). Portanto, embora a lei tenha trazido mudanças, se faz nítido concluir que elas não foram capazes de atender as necessidades da sociedade, bem como, no

tocante ao princípio da proporcionalidade, a lei não foi capaz de suprir a precisão de imediata repressão e severa punição do fato.

Foram várias mudanças, no entanto, considerando a gravidade desse tipo de delito, o legislador deixou a desejar em alguns aspectos, tais como, não ter amparado o ofendido de “exatos” 14 anos, bem como no tocante à Ação Penal em tais crimes.

No que diz respeito ao crime de estupro, previsto no artigo 213 do CP, o legislador optou por abranger a sua aplicação possibilitando que, não apenas a mulher, mas também o homem pudesse ser sujeito passivo do crime.

Com isso, o atentado violento ao pudor deixou de ser um tipo penal para se enquadrar no mesmo artigo, não ocorrendo, portanto, “abolitio criminis”, mas sim, a transformação de duas condutas anteriormente distintas em crime único, o que, apesar de não ser tema abordado no presente artigo, já vem beneficiando vários agentes que respondiam por concurso de crimes, e agora têm suas penas reduzidas por se tratar de crime único, resultado totalmente contrário aos objetivos da lei. (JESUS,2010).

A lei também, com o objetivo de se tornar mais severa, tornou o crime de estupro contra vulnerável um crime hediondo, como já previsto ao crime de estupro do artigo 213 do CP, revogando também os casos de presunção de violência do artigo 224 do CP e aumentando as penas dos crimes sexuais cometidos contra adolescente maior de 14 e menor de 18 anos, ou quando o resultado for lesão corporal de natureza grave. (JESUS,2010).

Sabemos que uma das primordiais modificações da nova lei está associada ao crime de estupro que, evidentemente, foi o que causou maior efeito nas alterações causadas pela lei 12.015/2009, principalmente em razão da aliança com o crime de atentado violento ao pudor e da forma como esta junção foi feita, motivo pelo qual recebeu uma atenção especial da jurisprudência.

Embora anulado o artigo 214, que tratava do crime de atentado violento ao pudor, não houve a abolição do crime deste delito, ou seja, que ele apenas passou a compor a nova redação do crime de estupro. (QUEIROZ, 2010).

Não obstante, a anulação deste artigo criou incontáveis inferências. Como o crime passou a ser de ação múltipla, como já vimos, por possuir duas modalidades - o embaraço ao ensejo carnal e o constrangimento à prática de outro ato depravado - surgiu uma série de debates a respeito da temática, alusivos a existência ou não da cumulação de crimes e da continuidade delitiva. (RASSI e GRECO, 2010)

De acordo com Guilherme Nucci (2009),

o crime de estupro passou a ser classificado da seguinte maneira: crime comum, de ação múltipla, material, comissivo, instantâneo, de dano, unilateral e composto de vários atos de uma ação que integram uma conduta.

Trata-se de crime comum, pois qualquer pessoa pode cometê-lo ou sofrê-lo, isto é, não exige nenhuma qualidade *sui generis* do sujeito ativo, nem do sujeito passivo. (GOMES E MOLINA, 2009)

O crime de estupro, ao mudar sua redação, passou a ser um crime comum, visto que agora o constrangimento não é só aquele exercido por um homem contra uma mulher, mas qualquer pessoa pode constranger ou ser constrangido à conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique ato pornográfico diverso.

Cogita-se também de um crime de ação diversa, visto que faz referência a várias condutas, isto é, possui mais de um verbo nuclear. (GOMES e MOLINA, 2009).

Por ter aspirados a expressão do crime de atentado violento ao pudor, o crime de estupro passou a ser de ação múltipla, ou seja, que possui agora três verbos nucleares (constranger, praticar, permitir), que podem proceder ações capazes de caracterizar o estupro.

Em contrapartida, é um crime material, uma vez que a lei exige um resultado naturalístico para a sua consumação, isto é, o tipo penal descreve tanto a conduta como o resultado, exigindo a sua produção. (GOMES e MOLINA, 2009)

O crime de estupro é material porque dita a conduta do agente e, prontamente, o resultado que, neste caso, seria a violação da liberdade sexual da vítima. É comissivo (aquele cujo resultado depende de ação anterior), uma vez que exige uma ação do agente, ele faz o que a norma proíbe, é necessário um comportamento positivo para a concretização do delito. (GOMES e MOLINA, 2009)

Por se dar num momento exato, não existindo continuidade temporal, é classificado também como um crime instantâneo. (GOMES e MOLINA, 2009)

Esta qualificação se aplica ao crime de estupro, uma vez que o crime estará consumado no instante em que o agente cumpre uma das ações descritas no tipo penal, não precisando, para tanto, a constância da conduta.

Da mesma maneira, é um crime de dano, porque almeja lesionar, destruir, diminuir o bem jurídico tutelado. (GOMES e MOLINA, 2009). Se aplica ao crime de estupro, uma vez que o tipo penal está condicionado à lesão ao bem jurídico, qual seja a dignidade e a liberdade sexual do indivíduo.

Trata-se também de um crime unilateral, pois apenas um agente pode praticá-lo, ou seja, não existe a necessidade de mais de uma pessoa para que possa haver um resultado. (GOMES e MOLINA, 2009)

O crime de estupro é unilateral porque tão-somente uma pessoa pode figurar no eixo ativo do delito. Por fim, é também crime plurissubsistente, visto que se forma por vários atos; existe a violência ou constrangimento ilegal ligado à conjunção carnal com a vítima ou a prática de outro ato libidinoso. (JESUS, 2010).

No entanto, estas classificações não são de todo unânimes, existindo doutrinadores que divergem deste posicionamento.

Para André Estefam (2010) e Damásio Evangelista de Jesus (2010),

o crime de estupro não é um crime material, mas sim um crime de semelhante conduta – aquele que o legislador descreve somente o comportamento do agente, sem descrever o resultado naturalístico –

tendo em vista que, para eles, a lei não menciona nenhum resultado naturalístico.

Para Rogério Greco (2009),

o crime de estupro nem sempre poderá ser caracterizado como um crime comum. Para ele quando se destinar à prática de conjunção carnal será crime de mão-própria com relação ao sujeito ativo, uma vez que só pode ser cometido pelo sujeito em pessoa, exigindo uma atuação pessoal do agente. E, desta mesma forma, será crime próprio com relação ao sujeito passivo, em razão de que apenas a mulher pode sofrer constrangimento para a conjunção carnal. Quanto à realização de outros atos pornográficos, Greco entende como os demais, classificando-o como um crime comum.

Rogério Greco (2010),

também classifica o crime como sendo de forma vinculada (aquele que a lei determina a forma de lesão ao bem jurídico), quando direcionada à prática de conjunção carnal e de forma livre (cometidos por meio de qualquer comportamento que se chegue ao resultado tipificado), quando dirigida a outros atos lascivos.

O doutrinador ao integrar a conformação do vulnerável no ordenamento jurídico pátrio, anulando o artigo 224 do Código Penal, substituiu a técnica da suspeita de violência. A criação da categoria jurídica do vulnerável tem como intenção defender a irredutibilidade sexual dos menores de 14 anos e das pessoas que, por enfermidade ou deficiência mental, não têm o necessário juízo para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não podem oferecer resistência, tutelando-os do ingresso precoce ou abusivo na vida sexual. (ESTEFAM, 2010),

Não é necessário a não permissão da vítima para que seja caracterizado o crime. Uma das finalidades da mudança foi o de impedir a existência de entendimento de que pela relativização da presunção de violência, a realização de atos sexuais voluntários com adolescentes menores de 14 anos pudesse ser considerada atípica, por tratar-se de menor já corrompido. (JESUS, 2010).

Todavia, para alguns juristas, como André Estefam, Rogério Sanches Cunha, Paulo Queiroz e Guilherme Nucci, o conceito de vulnerabilidade não pode ser soberano desta forma, deve, portanto, admitir prova em contrário, principalmente quando se tratar de adolescentes, isto é, aqueles com idade superior a 12 (doze) anos, como define o Estatuto da Criança e o do Adolescente.

Para os menores de 12 (doze) anos, ainda considerados crianças por esta mesma lei, defende Nucci que quanto a estes deve ser preservado o caráter absoluto de proteção sexual. (NUCCI, 2009)

Desta forma, se uma vítima, por exemplo, aos 13 anos já possui vida sexual ativa e pratica, deliberadamente, um ato luxurioso com uma pessoa maior de idade, não existe, neste caso, profanação a sua dignidade sexual, portanto não deveria reconhecer o delito. Não obstante a intenção do legislador tenha sido justamente criar um critério rígido, um modelo absoluto que afastasse a relatividade da antiga presunção de violência, a criação deste novo conceito de vulnerabilidade não pode ser considerado absoluto, de modo a não admitir prova em contrário. (ESTEFAM, 2010).

Apesar de positiva a criação deste novo tipo penal como vem, ainda restou o debate, a respeito de tratar a idade da vítima de forma absoluta ou relativa para se configurar o delito. Mesma questão que, antigamente, se discutia na suprimida presunção de violência.

Para muitos doutrinadores e juristas, ao manter a idade de 14(catorze) anos como fundamento objetivo, o legislador não observou a evolução histórica dos crimes sexuais, que afasta, cada dia mais, a inocência dos jovens para a prática da relação sexual.

Não há como comparar o jovem do século XXI, com o jovem que viveu à época da criação do Código Penal.

Desta maneira, imputando a vulnerabilidade de forma objetiva ao menor de 14 (catorze) anos, principalmente àqueles que já são considerados adolescentes, isto é que possuem idade superior a 12 (doze) anos e que, em incontáveis situações, já se apresentam com vida sexual ativa, o legislador pode ter ido na oposição da história.

Como forma de esclarecimento, seguem as razões de Paulo Queiroz (2011) para motivar seu posicionamento quanto à relativização da vulnerabilidade:

Primeiro, porque a história é um elemento essencial do direito, por isso que as presunções legais (a condição de vulnerável encerra um presunção legal implícita de impossibilidade de autodefesa) têm, em princípio, valor relativo. Segundo, porque o legislador não pode suprimir a liberdade de alguém a pretexto de protegê-la. Terceiro, porque não existem direitos absolutos, uma vez que a absolutização de um direito implicaria, inevitavelmente, a negação mesma do direito (*v.g.*, absolutizar o direito à liberdade de expressão importaria na anulação do direito à honra e vice-versa). (QUEIROZ, 2011).

E completa:

“Além do mais, a proteção penal não pode ter lugar quando for verdadeiramente possível uma autoproteção por parte do próprio sujeito, sob pena de violação ao princípio de lesividade.” (QUEIROZ, 2011).

Na verdade, por outro lado, há doutrinadores, como Rogério Greco (2009),

que defende a forma objetiva como foi destinada a vulnerabilidade ao menor de 14 (catorze) anos. Para ele, um adolescente menor de 14 (catorze)

anos, ainda que possua uma vida sexualmente permissiva, não é suficientemente desenvolvido para decidir sobre sua postura sexual. Para tanto, explica que a personalidade desse menor ainda está em formação e que seus conceitos e opiniões ainda não se consolidaram. Ademais, justifica ainda na objetividade em que o legislador tentou impor à norma, de modo que esta regra deve ser seguida sem que haja discussão quanto à sua relativização. (GRECO, R., 2009).

Luiz Régis Prado também segue essa segunda linha de pensamento e assim classifica:

“(...) Assim, configura o delito em análise a conduta de ter conjunção carnal ou praticar ato libidinoso com pessoa menor de 14 (catorze) anos, ainda que a vítima tenha consentido no ato, pois a lei ao adotar o critério cronológico acaba por presumir *iuris et de iure*, pela razão biológica da idade, que o menor carece de capacidade e discernimento para compreender o significado do ato sexual. Daí, negar-se a existência válida a seu consentimento, não tendo ele nenhuma relevância jurídica para fins de tipificação do delito.” (PRADO, 2010, p. 674).

Já no que se refere a ocorrência de erro de tipo, parece ser praticamente única na doutrina a aceitação dessa possibilidade. André Estefam, Guilherme Nucci, Paulo Queiroz e Rogério Greco se posicionaram afirmativamente quanto a isto.

Ademais ao se praticar um ato pornográfico consensual com uma pessoa de 13 (treze) anos de idade, por exemplo, não conhecendo o agente essa condição característica e acreditando com veemência, pelas condições em que se conheceram ou por qualquer outra razão, que a pessoa na qual ele se relaciona não é pessoa menor de 14 (quatorze) anos,

estará ele agindo em erro de tipo (CP, art. 20, caput). Neste caso, comprovado o equívoco quanto à idade, se dará a exclusão do dolo do agente, resultando na atipicidade da conduta. (GRECO, R., 2009).

Quanto às pessoas com déficit mental, há de se elogiar a terminologia adotada na Lei 12.015/2009, que por ser mais técnica, não deu margem a qualquer dúvida. A apresentação de vulnerabilidade está condicionada à realização de perícia psiquiátrica que irá corroborar se existe o transtorno mental e se este transtorno compromete o entendimento da vítima para atos de natureza sexual. (ESTEFAM, 2010)

Destarte, não basta que a pessoa esteja em condição de doença ou possua deficiência mental para se classificar o delito, se faz necessária que a pessoa seja incapaz de se autodeterminar, ou seja, de consentir com a prática da relação sexual. (QUEIROZ, 2011)

Deve-se verificar, ainda, se a falta de critério é absoluta ou não. Uma vez que existindo parcialmente a falta de compreensão para a prática do ato sexual, poderá haver a desclassificação para o crime do art. 215 (violência sexual mediante fraude). No entanto, constatada a incapacidade absoluta incidirá a norma prevista no art. 217-A, §1º, do CP. (NUCCI, 2009).

Desta maneira como no delito do art. 213, no crime de estupro de vulnerável também existem duas formas qualificadas previstas nos §§ 3º e 4º do art. 217-A. No primeiro caso incorrerá a qualificadora quando do ato sexual originar lesão corporal de natureza grave e no segundo quando houver a morte da vítima. Aqui, também, haverão os mesmos embates quanto à incidência das qualificadoras apenas na hipótese de crimes dolosos ou ainda que o evento qualificador também seja doloso.

Por tratar-se de norma penal mista, também haverá para o crime de estupro de vulnerável, art. 217-A, os debates quanto à possibilidade do concurso de crimes e da continuidade delitiva.

2.1 LEI 12.015/09 PRINCIPAIS MUDANÇAS EM MATÉRIA DE CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

A Lei 12.015/2009 abortou o artigo 223, que tratava das formas apreciadas pelo resultado, e o art. 224 que continha os pressupostos legais de presunção de violência, esta última foi modificada pela criação do corpo do vulnerável. A ação penal passou a ser, em regra, pública regulada à representação. E nos casos de vítima menor de dezoito anos ou vulnerável, será pública incondicionada. (JESUS, 2010)

Conforme Rassi e Greco (2010),

Existem debates doutrinários nos casos de crimes sexuais que derivam em lesão corporal de natureza grave ou morte, pois o legislador não incluiu esta hipótese como uma das exceções que seriam conduzidas por ação penal pública incondicionada. Entende boa parte da doutrina, que por tratar-se de crime complexo, deveria, então, ser conduzida por ação penal pública incondicionada, conforme entende a súmula 608 do STF, criada antes da edição da Lei 12.015/2009 e que para esta corrente não foi revogada pela nova lei. (RASSI e GRECO, 2010).

Então, observaremos que a falha do legislador ocasionou diversos questionamentos que poderiam ter sido evitados.

A Lei 12.015/2009 também criou dois motivos de aumento de pena no art. 234-A. O primeiro ocorre quando o crime resultar em gravidez. O segundo efetua-se quando o agente remete à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador. As expressões *sabem ou deveriam saber ser portador* é objeto de intensos debates doutrinários e jurisprudenciais para saber se compete a modalidade culposa ou se só se admite a dolosa.

Para Rogério Greco (2009),

Estes vocábulos só podem aprovar o dolo, seja ele direto ou casual, mas, de forma alguma, a culpa, visto que quando a lei menciona que o agente sabia ou devia saber ser portador de uma doença, ela está se referindo ao conhecimento possível da contaminação e não ao seu elemento subjetivo no momento do ato sexual.

O art.234-B, também produzido pela Lei 12.015/2009, incorporou os processos do Título VI, na lista dos que correm em segredo de justiça, com o intuito de proteger a intimidade das pessoas envolvidas no crime.

Outra relevante modificação foi com relação à denominação do Título VI, pois a nomenclatura de cada Título do Código Penal tem a faculdade de representar a realidade dos tipos penais nele inseridos, além de ser uma base de interpretação das figuras peculiares, isto é, o nome de um título abala a interpretação de todos os artigos que nele se encontram. (GRECO, R., 2009)

Assim sendo, neste diapasão, nos mostra positiva a mudança na nomenclatura do Título VI que, com as novas mudanças, deixou-o adequado com os dispositivos nele inseridos, de forma a nos ajudar na interpretação de cada um dos tipos penais nele erguidos.

2.2 NOVA TIPIIFICAÇÃO PENAL

A partir da nova redação do artigo 213 do Código Penal, foram juntadas as ações de delito, pertencentes ao estupro e atentado violento ao pudor, este último previsto no revogado artigo 214, do mesmo Diploma Legal.

Assim, aquele que “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”, deverá refutar apenas por estupro, ainda que tenha praticado, além do ensejo, outras condutas inseridas na citada norma penal, quando se tratar da mesma vítima, num mesmo

âmbito, sendo, portanto, incabível a incidência de concurso ou de crime continuado. (CABRAL.2009).

Contudo, nesse caso, necessariamente, devem ser representadas na denúncia as diversas condutas praticadas, visando à demonstração da gravidade do crime, para efeito de exasperação da pena a ser aplicada.

Logra especial cuidado, o cumprimento da necessidade de contato físico para a representação de ato libidinoso, diverso da conjunção carnal, ao contrário do entendimento sustentado pelo Professor Guilherme de Souza Nucci (2009), em sua obra “Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015, de 07 de agosto de 2009”, Editora RT, p. 22).

“De fato, “se alguém, mediante ameaça com arma de fogo, obriga a vítima a se desnudar em sua frente, o que lhe coteja prazer sexual”, não está cometendo crime de estupro, e sim embargo ilegal, previsto no artigo 146 do CP: “ Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda”, vez que, inaplicável à hipótese, o tipificado no artigo 61 do Decreto-lei 3.688/41 - LCP.

Quanto as aplicações da nova lei para os fatos já julgados ou iminentes de julgamento, urge observar que, em alguns casos, a mesma deverá retroagir para lucrar aqueles incriminados sob o amparo da antiga redação.

Trata-se da chance em que o agente sofreu condenação ou encontra-se denunciado pela prática dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor – antes tipificado nos artigos 213 e 214 do CP, em concurso material, quando praticados contra a mesma vítima sob um mesmo contexto jurídico, eis que, com a junção dos tipos no artigo 213 do CP, o agente passa a responder por um único crime, intitulado “estupro”. (CABRAL.2009).

Conforme lições do celebrado Guilherme de Souza Nucci (2009):

É clara e evidente a junção dos comportamentos criminosos, pertencentes aos anteriores estupro e atentado violento ao pudor, sob um mesmo tipo penal permutado. Portanto, o agente que “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso” responderá por um só delito: estupro (art. 213, CP). É plácido o entendimento em relação aos tipos alternativos: a prática de uma só conduta descrita no tipo ou o cometimento de mais de uma, quando expostas as práticas num mesmo pano de fundo, especialmente contra idêntica vítima, resulta na concretização de uma só infração penal.

No caso de cumprimento de pena, por sentença transitada em julgado, caberá ao juízo da execução penal ajustar a severa crítica à nova realidade jurídica, podendo fazê-lo de ofício, ou por provocação das partes, conforme artigo 66, inciso I, da Lei n.º 7.210/84, e artigo 2º, parágrafo único, do CP, c/c artigo 13 caput do Decreto-Lei n.º 3.931/41 – LICPP, que equivale tratar-se de direito subjetivo do réu, erigido na condição de garantia fundamental pelo artigo 5º, inciso XL, da CF. (CABRAL.2009).

Nos processos que ainda estejam sem julgamento, a questão deverá ser promovida pelo Promotor de Justiça nos argumentos finais, se em grau de recurso, pelo Órgão Ministerial de 2º Grau, devendo também ser observada nas ações em que haja representação, ou naquelas de natureza pública incondicionada, no momento do oferecimento da denúncia. (CABRAL.2009).

Sobre a aplicação anterior a Lei n.º 12.015/09, Nucci (2009) leciona que tal, “... devem agir imediatamente, compreendendo inquéritos, processos em andamento e processos em fase de execução...”, lembrando que:

(...) a primeira etapa, cuida-se de desenvolver uma responsabilidade de crime único, embora possa existir a representação dos fatos de maneira nobre, contendo a denúncia ou queixa somente a figura do art. 213. Na segunda etapa, cabe ao juiz, se for o caso, condenar o réu, provada uma ou duas condutas, a um só delito de estupro, detalhando, naturalmente, a pena de maneira mais apropriada possível. Nesse campo, ingressa o princípio constitucional da individualização da pena, vale dizer, o cometimento de violência sexual consistente em conjunção carnal resulta no mínimo de seis anos; a prática de violência sexual lastreada em conjunção carnal associada a um ou mais atos libidinosos constitui cenário diferenciado. Portanto, valendo-se do disposto no artigo 59 do Código Penal, pensamos ser incabível a fixação de apenas seis anos. A pena mínima não se justifica diante da multiplicidade de condutas sexuais violentas contra determinada vítima (...)

Na seara da nova redação concedida ao artigo 218, do CP, que passou a punir a conduta de “Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem”, tal se mostra benéfica ao partícipe do crime de estupro de vulnerável, como no caso da mãe que induz sua filha a satisfazer a lascívia de seu companheiro, a qual, antes da Lei n.º 12.015/09, incorria nas sanções previstas para o crime de estupro ou de atentado violento ao pudor – conforme o caso –, sujeitando-se, todavia, agora, à pena reclusiva de 02 (dois) a 05 (cinco) anos. (CABRAL.2009).

Censurando a alteração, Nucci (2009) afirma que

a mesma cria “(...) um modo de exclusão pluralística à teoria monística (...)” , pois passa a punir autor e partícipe do crime de estupro de vulnerável de forma distinta, o primeiro, por infração ao artigo 217-A, do CP, com pena mínima prevista em

08 (oito) anos, enquanto o segundo por infração ao artigo 218, com pena mínima de 02 (dois) anos.

Outro fato merecedor de nota foi o tratamento desigual que o tipo confere às diferentes formas de participação, pois somente concedeu pena menor ao indutor, mantendo a coautoria nos termos do artigo 29, caput, do CP, para aquele que estimula ou auxilia um menor de 14 (quatorze) anos a praticar ato sexual com outra pessoa como partícipe de estupro de vulnerável. (CABRAL.2009).

De fato, a falta de tipificação igualitária para pessoas com diferenças como induzir e atrair -, proporcionou uma indevida impunidade, afirmando o citado autor que:

O efeito dessa falta de bom senso será a possibilidade de executar por semelhança *in bonam partem* ao partícipe em geral do estupro de vulnerável a figura privilegiada do art. 218, uma vez que não existe qualquer sentido em punir o indutor com pena de dois anos e o estimulador com pena de oito anos. Se a situação de ambos for igualada (indutor e instigador), o que seria medida lógica e natural, a reforma com o fim de proteger o vulnerável, no campo sexual, terá aberto um flanco significativo de impunidade (NUCCI,2009).

Na seara da tipificação do crime, uma perspectiva a ser considerada, foi o questionamento recente dirigido ao Centro de Apoio Operacional Criminal - do Ministério Público Estadual, onde se perguntava em qual figura delitiva implicaria aquele que, na forma do artigo 71 do CP, tivesse executado o crime de estupro ou atentado violento ao pudor sob o amparo da lei anterior, seguindo, repetidas vezes, na prática delitiva após a entrada em vigor da Lei n.º 12.015/09.

A suposição, com certeza, contesta na observância do princípio ao curso do tempo, devendo-se executar a lei que está em vigor ao tempo do primeiro crime, porque, sobretudo, mais benévola, na qual o alcance se

estenderá a todas as condutas típicas posteriores, especialmente diante da irretroatividade da lei mais grave (CABRAL.2009).

Baseado no próprio Código Penal, em seu artigo 225, verifica-se que: “Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, avança-se mediante ação penal pública condicionada à representação”.

A ação penal que era, como norma, privada, onde a vítima tinha a titularidade da ação, ou seja, detinha a legitimidade ativa, foi modificada. A ação passou a ser pública condicionada à representação, tendo a legitimidade ativa passada ao Ministério Público, porém, ele necessita da petição da vítima para iniciar a perseguição penal. (GRECO,2010).

O que o atual trabalho procura debater é o fato de que, embora o Ministério Público tenha atualmente a titularidade da ação em qualquer dos cenários previstos nos crimes contra a dignidade sexual, a condição à que ele fica dominado, ou seja, a representação do ofendido, acaba, em várias oportunidades, por gerar a impunidade do indivíduo que cometeu o crime.

De acordo com Guilherme de Souza Nucci (2009), doutrinador respeitado, “aos fatos ocorridos após 7 de agosto de 2009, torna-se pública atrelada a ação. Antes dessa data, ainda se pode favorecer seja ela de natureza privada” (“Crimes contra a dignidade sexual – Comentários à lei 12.015/2009; p. 71).

Com relação à exceção pronunciada no parágrafo único do artigo 225 do CP, anteriormente só havia previsão quanto à ação penal condicionada nos casos em que a vítima era pobre, e apenas incondicionada se o crime era cometido com abuso do poder familiar, ou com violência real, de acordo com a Súmula 608 do STF. (GRECO.2010).

A nova lei 12.015/2009, todavia, também tratou de modificar a exceção, tendo em vista que, atualmente, o parágrafo único do artigo 225 do CP tem a seguinte redação: Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável” (GRECO.2009).

Melhor dizendo, a lei teria a intenção de tutelar as vítimas que fossem menores de idade, bem como as vulneráveis, tendo em vista a maior debilidade dessas pessoas.

Esta definição do legislador deveria compreender não apenas a estas vítimas, mas sim, a todas as vítimas dos crimes contra a dignidade sexual, acautelando-se, assim, a segurança de toda a sociedade, tendo em vista a gravidade do delito e a periculosidade do sujeito que o pratica.

O termo “proporcional” ganhou expressão especialmente no direito administrativo e foi no século XIX que se teve a necessidade de aplicação do princípio em outros campos, tal como no direito processual, porém, foi apenas após a Segunda Guerra Mundial, quando a jurisprudência e doutrina alemã, justificando o princípio com base na Lei Maior, que o mesmo ganhou status Constitucional.

De acordo com André Estefan (2009):

“[...] na interpretação de determinada norma jurídica, constitucional ou infraconstitucional, devem ser compensados os interesses e direitos em jogo, de modo a dar-se a solução mais justa. Assim, a falta de entendimento de uma doutrina não pode ser mais forte e nem ir além do que indica a finalidade da medida a ser tomada contra a doutrina ser sacrificada.”

Portanto, o princípio da proporcionalidade estará presente sempre que dois direitos constitucionalmente certificados supostamente esbarrem, necessitando-se de uma norma apta a fazer com que o mais apropriado possa persistir, sendo que o correto nestes casos seria proteger o direito mais benéfico à sociedade, não prevalecendo o ângulo individualista do direito em prejuízo de sua interpretação ampla. (MOREIRA,2009).

No entanto, haverá choque de direitos fundamentais quando, analisado a jurisprudência, o exercício pelo titular de um dos direitos em conflito obstruir, restringir ou afetar o exercício do direito fundamental de

outro, independentemente, porém, de se tratar de direitos iguais, individuais ou não, bastando que impeça o exercício regular de um direito.

De acordo com Evandro Campano (2009), o “princípio da adequação”, sendo este subprincípio do Princípio da Proporcionalidade, ordena que: [...] se verifique, na doutrina, se a decisão normativa restritiva (o meio) do direito fundamental permite o alcance da finalidade perseguida. Trata-se de averiguar se a medida é capaz, útil, conveniente, apropriada para atingir o fim perseguido.

Finalmente, o princípio da proporcionalidade abrange, em relação ao meio empregado pelo legislador, as características da necessidade e da adequação, ou seja, a finalidade de efetuar, sob o interesse público, a medida adequada aos fins à que se visa realizar.

Com base no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, verifica-se que o legislador optou por proteger em seu “caput” os cinco direitos fundamentais básicos e, nos seus incisos, encontram-se as suas análises.

De acordo com o próprio “*caput*” do artigo 5º, o direito à segurança é um direito fundamental e inviolável, sendo tutelado, portanto, a todo e qualquer indivíduo, conforme garantia constitucional:

“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:” (art. 5º, “*caput*”, CF/88).

Em relação à segurança, deve-se considerar que “é um direito de personalidade, intrínseco à necessidade de se desenvolverem as atividades por onde se explana o modo de ser de cada um no mundo, sem que elas venham a ser objeto da desnecessária intervenção de quem quer que seja”. (FRANCO,2010)

Com base no mesmo artigo 5º, em seu inciso X, o legislador também traz o seguinte direito fundamental:

“São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;” (art. 5º, inciso X, CF/88).

Por conseguinte, direito à intimidade e à vida privada, embora não tenham sido olhadas com grande afeto ou despertada interesse de grande parte dos doutrinadores no início de seu surgimento, ganhou força ao ser reconhecido pela Declaração Universal de Direitos do Homem, adotada em 10 de dezembro de 1948, pela Assembleia Geral das Nações Unidas.

E, ainda que este direito deva ser respeitado, vale lembrar que: “O direito ao respeito da vida privada também compreende em princípio a liberdade de relações entre os dois sexos, *desde que* aceitas por uma vontade livre e consciente.” (FRANCO, 2010).

Ou seja, o direito à intimidade não é soberano, tendo em vista que encontra empecilhos em outros direitos constitucionais, tal como no direito à segurança da sociedade.

Pelo princípio da intervenção mínima, o direito penal deve ser respeitado como *ultima ratio*, melhor dizendo, deve ser considerado a última opção para solução de conflitos, devendo-se punir os comportamentos realmente ofensivos à sociedade (princípio da ofensividade). Assim sendo, havendo mudança de valores, há também mudanças no que deve ser tutelado pelo direito penal. (NUCCI, 2009).

O princípio da intervenção mínima é conceituado como um dos princípios constitucionais tácitos aplicados ao Direito Penal, em razão das críticas extensiva que se faz das normas constitucionais, autorizada no art. 5º, § 2º da Carta Magna. Ele tem o dever de limitar a atividade legislativa na execução de leis penais incriminadoras, tendo em vista que existem outros meios para resolução de conflitos, que, na maioria dos casos, são muito mais eficientes ao fim que se destinam. O direito penal deve ser utilizado como *ultima ratio*, portanto, se existir alguma maneira menos danosa para solucionar algum conflito, este deve ser o meio empregado. (RASSI e GRECO, 2009)

Com a mudança de costumes, a liberdade sexual, hoje, é observada de maneira bem mais abrangente e de uma forma muito mais natural pelas novas gerações, por isso, houve modificações no bem jurídico protegido de forma a tutelar a 'dignidade sexual' do indivíduo, deixando-o a salvo de qualquer tipo de exploração, resguardando um perfeito desenvolvimento moral e da personalidade do indivíduo, no que se refere à sua sexualidade. (JESUS, 2010).

Na concepção de Greco e Rassi (2009),

A sociedade brasileira passou por diversas modificações e, nesta circunstância, a expressão *crimes contra os costumes* já se apresentava ultrapassada, pois o interesse atual é proteger a dignidade sexual das pessoas e não o seu comportamento sexual diante da sociedade. Se antes existia a preocupação em proteger a virgindade das mulheres, hoje existem outras preocupações, como, por exemplo, a exploração sexual de menores. Ou seja, a legislação penal deve se preocupar com a defesa de bens jurídicos e não com a proteção de uma moral sexual. (GRECO, R.,2009).

O Direito Penal Sexual, ramificação do direito que tem como objetivo determinar os comportamentos sexuais humanos a serem protegidos pelo Estado, tem como uma de suas maiores complicações eliminar os comportamentos penalmente insignificantes de natureza unicamente moral, pois, a criminalização destes comportamentos são, por diversas vezes, defendidos por grande parte dos grupos sociais de uma determinada região. Além do mais, a moral social sempre influenciou o Direito Penal ao longo da história. (RASSI E GRECO, 2009)

Grande parte do ensinamento especializado, o qual se adota Guilherme Nucci, Paulo Queiroz e Rogério Greco, faz incontáveis críticas a essa linha moralizadora do Direito Penal Sexual, que insiste em manter na legislação penal comportamentos ofensivos à moral social sexual, mesmo defronte de uma mudança no comportamento sexual das pessoas ao

longo dos últimos anos e das novas medidas sobre sexualidade. Para estes autores, criminalizar condutas que ferem apenas a moral sexual seria infringir o princípio da intervenção mínima do Direito Penal, que deveria funcionar de modo, apenas quando não existir na ordem jurídica outros meios para se prevenir o dano. (RASSI E GRECO, 2009).

Apesar disso, ao que se avalia, o legislador tenta impor uma moral pública sexual, como se a atividade sexual por si só simbolizasse algum perigo capaz de adular e degradar o sujeito e, diante disso, acaba se excedendo na criação de tipos penais sexuais. (QUEIROZ, 2011)

Assim esclarece Paulo Queiroz acerca de quais bens deve ser protegido pelo direito penal sexual:

“(...) intervenção penal na esfera da sexualidade só faz sentido se se atender à proteção da própria liberdade de autodeterminação sexual de adultos e à proteção do desenvolvimento pleno e saudável de crianças, adolescentes e incapazes em geral, isto é, só faz sentido quando verse a tutelar o sujeito contra ações de terceiros (o Estado, inclusive) que adulterem o direito de toda pessoa humana de se relacionar ou não se relacionar sexualmente com quem quiser, quando quiser, se quiser, como quiser.” (QUEIROZ, 2011)

“(...) deve ser alvo de descriminalização tudo quando não apresentar grave violação ao direito do próprio sujeito de auto determinar-se sexualmente.” (QUEIROZ, 2011).

Contudo, em conformidade com estes legisladores, o direito penal sexual deve servir apenas para proteger a autodeterminação sexual de cada indivíduo, devendo, portanto, ser tratado com *ultima ratio* para se tomar o controle social.(QUEIROZ, 2011).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É relevante que a Lei 12.015/09, veio transformar o ordenamento jurídico no que diz respeito aos crimes contra a dignidade sexual, agora, tendo como vítima no mesmo artigo e nos mesmos elementos do tipo, tanto a mulher quanto o homem que por sua vez era de forma pré-julgada por pensarem que a libido do homem é mais aguçada que o da mulher, ficando demonstrada que ambos possuem as mesmas vontades sexuais e talvez até mesmo, certos pensamentos parecidos.

Analisando um pouco mais a Lei 12.015/2009, verificamos que, de fato, o legislador perdeu uma grande oportunidade de descriminalizar outros crimes previstos no Código Penal, executando o princípio da intervenção mínima, uma vez que diversas tipificações penais, como é o caso dos artigos 229 (casa de prostituição), 233 (ato obsceno) e 234 (escrito ou objeto obsceno), ferem exclusivamente a moral pública sexual, sem representar qualquer violação a liberdade sexual das pessoas.

Quanto à mudança de nomenclatura, esta nos pareceu bastante positiva, tendo em vista que o vocabulário anterior não estava adequado com o modelo comportamental da sociedade, que busca proteção à sua dignidade sexual e não a preservação de hábitos comuns das pessoas.

Ainda que a Lei n.º 12.015/2009 tenha aparecido como tentativa de prover as necessidades pedidas pela sociedade, conferindo direitos e deveres com o objetivo de proteger as garantias fundamentais, ainda que precocemente, não é certo afirmar que a lei atingiu os objetivos esperados, seja numa ótica de maior severidade, seja na modificação do tipo de ação penal imposto.

Evidencia-se que a intenção do legislador, embora tenha sido a de amparar e resguardar ainda mais direitos, em alguns aspectos, tendo em vista que criou falhas e divergências, acabou fazendo o contrário e, até mesmo, comprometendo a possibilidade de punição do agente infrator, como exemplo, temos o sujeito passivo do crime que sofre o resultado morte e não deixa representante, o que impede o Ministério Público de mover a ação penal e buscar a resposta tão esperada pela sociedade na repressão desse tipo repugnante de delito.

Na atualidade, com os estudos mais aprofundados sobre as mudanças fomentadas pela nova lei, já se debate a possibilidade de modificação de alguns artigos a fim de resguardar a intenção legislativa ao proporcionar as tão esperadas mudanças, isto é, proteger a sociedade e a vítima de tais delitos.

Vale ressaltar também, que o princípio da proporcionalidade tem o objetivo de fazer valer o direito mais necessário e importante em conflito, que neste caso, seria o direito de toda a sociedade, ou seja, a segurança coletiva, interpretando a norma de maneira a favorecer o interesse social e não o individual, podendo se encontrar aparentemente em conflito.

Também, vale ressaltar que, embora a lei seja recente e suas interpretações diversas surgiram em face das necessidades e modificações da sociedade, isto é, visando amparar e resguardar sua aplicabilidade e concretização.

Então, não se pode admitir a liberdade e impunidade desses criminosos em nome de um ideal de privacidade e intimidade da vítima, bem como fechar os olhos para a maior possibilidade de reincidência dos infratores que cometem crimes de violência sexual, com a desculpa de que a persecução penal pode causar maiores prejuízos para a vítima.

O direito da sociedade em ver esses sujeitos infratores processados e longe do convívio social, em nome princípio da proporcionalidade, deve se sobrepor ao interesse privado de intimidade da vítima.

Embora a ação penal possa realmente causar embaraço à vítima, isso não é motivo bastante para que o Estado lhe conceda a discricionariedade (pequena liberdade) de buscar a punição ou não desses criminosos, tendo em vista que a periculosidade e repugnância dos crimes por ele cometidos, por si só, fundamentam a necessidade da persecução criminal ser incondicionalmente delegada ao Estado que, como representante da sociedade, deve buscar a punição adequada desses criminosos.

Contudo, vimos que o aspecto mais importante da nova lei foi em razão da junção do crime de estupro e atentado violento ao pudor, fazendo aparecer discussões com relação ao acaso do concurso material entre as condutas relatadas no tipo penal e da continuidade delitiva.

Entendemos que pela união das condutas fez aparecer um tipo penal alternativo, uma vez que só existe uma conduta definida no tipo penal e que está caracterizada pelo verbo “constranger”. Para que seja considerado um tipo penal cumulativo seria necessário haver vários verbos definindo várias condutas, como ocorre no artigo 33 da Lei 11.343/2006.

Desta maneira, compreendemos também que é perfeitamente possível o crime continuado quando, em momentos diferentes, o agente comete as duas condutas relatadas no tipo penal do artigo 213, observadas os requisitos do artigo 71 do Código Penal, uma vez que estamos tratando de crimes da mesma espécie, tendo inclusive sido unificados num só tipo penal, e reconhecendo que estas ações possuem a mesma maneira de execução.

A criação da figura do vulnerável, em substituição à antiga técnica de presunção de violência, também foi um marco da Lei 12.015/2009, cuja intenção foi de tutelar a intangibilidade sexual dos menores de 14 anos e das pessoas que, por alguma razão, não têm o necessário critério para a prática do ato sexual.

Contudo não há como não fazer crítica ao critério rígido em que o legislador tentou impor ao delito no caso dos menores de 14 catorze anos. Nesta seara, concordamos com os doutrinadores que defendem a ideia de que o conceito de vulnerabilidade não pode ser absoluto, devendo se admitir prova em contrário.

Sendo assim], é evidente que a Lei 12.015/2009 modernizou o ordenamento jurídico penal com relação aos crimes sexuais. E como toda lei nova, recebeu várias críticas positivas e negativas, e diversas interpretações, o que originou inúmeras discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre o assunto que, comparação, ainda está longe de ser

tranquilo quanto aos assuntos mais debatidos, como em quais situações será aplicado o princípio da lei penal mais proveitosa, se os crimes de estupro ou estupro de vulnerável serão considerados tipos penais mistos cumulativos ou alternativos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei no 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Disponível em: Acesso em: 26 de set 2016.

CABRAL, Amarildo. Os Crimes Contra a Liberdade Sexual e as respectivas Ações Penais. 1ª Edição, Campo Grande/MS, Editora Uniderp – 2009.

CAMPANO, Evandro Fabiani. **Dignidade Sexual - Comentários aos novos crimes do Título VI do Código Penal (arts. 213 a 234-B) alterados pela Lei 12.015/2009**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

ESTEFAM, André. **Crimes Sexuais: comentários à Lei 12.015/2009**. São Paulo: Saraiva, 2010.

FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza. Org. **Doutrinas Essenciais Direito Penal**. Vol. VI. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. **Crimes contra a Dignidade Sexual e outras Reformas Penais**. Disponível em <http://www.lfg.com.br> - 2009

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 4ª Ed. rev. ampl. e atual. Niterói: Editora Impetus, 2010.

_____, Rogério. Adendo: **Lei 12.015/2009. Dos crimes contra a Dignidade Sexual**, Niterói, RJ. 2009.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal: Parte Especial Vol.3.** 19ª ed. São Paulo:

Editora Saraiva, 2010.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Elementos do Direito Penal.** 9ª Ed., Editora RT, 2010.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Ação penal nos crimes contra a liberdade sexual e nos delitos sexuais contra vulnerável:** a lei nº 12.015/09. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2239, 18 ago. 2011. Disponível em: jus.com.br/revista/texto/13345>. Acesso em: 25 set. 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual:** comentários à lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: RT, 2009.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro, Parte Especial, arts. 121 a**

249. Vol. 2. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

QUEIROZ, Paulo. **Estupro e atentado violento ao pudor na Lei 12.015/2009.** Disponível em: . Acesso em: 07 de dez de 2016.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 17ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Moderna Dogmática Del Tipo Penal.** Lima: ARA Editores EIRL, 2011.

A PALINOLOGIA E A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

ANDRESSA CRUZ E SILVA: Bióloga formada pela Universidade de Brasília e pós-graduada em Investigação Criminal pela Universidade Católica de Brasília. Foi Analista Junior da CAPES, Especialista em Regulação e Vigilância Sanitária da ANVISA e hoje é Agente de Polícia da PCDF.

RESUMO: A Palinologia pode ser definida como o estudo do pólen e sua aplicação na identificação de espécies vegetais, levando em consideração suas características morfológicas, inclusive, tamanho, origem e outras estruturas. É uma área emergente e que cada vez mais vem ganhando atenção entre os botânicos forenses, uma vez que seu objeto de estudo tem auxiliado investigações criminais, inclusive contribuindo na área pericial.

PALAVRAS-CHAVE: Palinologia; Pólen; Investigação.

ABSTRACT: Palynology could be defined as a pollen studies and application on plant's species identification, well thought of its morphological characters, as a size, birthplace and others. It's a emerging area, which has been developing between the forensic botanists, since its study object is helping on criminal investigations.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Sobre a palinologia; 2. O uso do pólen como prova pericial; 3. A importância da prova técnica; Considerações finais; Referência das fontes citadas.

WORDS: Palynology, Pollen, Investigation.

INTRODUÇÃO: As instituições policiais dos países ocidentais apresentam um ramo de Polícia Científica chamado de Polícia Técnica, cuja atividade é denominada Criminalística. Essa contempla o estudo dos vestígios materiais do crime, como também o exame de indícios psicológicos do criminoso. Sendo assim, a perícia criminal forma um dos alicerces da justiça, por meio da aplicação de diversas ciências, entre as

quais podemos citar a Biologia. A Biologia Forense pode auxiliar em diversos tipos de exames, tais como: a identificação de pessoas pelos tipos sanguíneos e pelo DNA; análise de manchas orgânicas (sangue, esperma, saliva); investigação de paternidade; toxicológico, entre outros. Dentro da Biologia Forense, um de seus ramos, a Botânica Forense, utiliza as estruturas vegetais encontradas na cena de um crime como auxiliares no deslinde de uma investigação criminal.

1 SOBRE A PALINOLOGIA

O pólen corresponde ao gameta masculino vegetal e, por cada espécie possuir características morfológicas próprias, ele pode ser usado na identificação de espécies vegetais. Os grãos de pólen possuem características, as quais lhes conferem um grande potencial para serem usados como prova na investigação criminal. São muito aderentes, e ao mesmo tempo, podem ser facilmente transferidos de uma planta para uma pessoa, entre pessoas e ainda mais. Outra vantagem em sua utilização é a grande resistência á degradação química, biológica e mecânica, além de serem muito pequenos – microscópicos – o que impossibilita sua remoção da cena do crime, fato que o pode tornar uma prova pericial bastante consistente.

2 O USO DO PÓLEN COMO PROVA PERICIAL

O pólen pode fornecer pistas relacionadas ao horário em que foi aderido ao corpo da vítima, podendo também contribuir para a localização exata da cena do crime. A liberação do gameta masculino pela planta e o seu desenvolvimento sofrem influência do clima, bem como do período do dia. Dessa forma, seu estudo e conhecimento podem contribuir para determinação da data do crime investigado. Informações sobre o seu método de dispersão, níveis relativos de produção e potencial de conservação são cruciais na determinação de seu potencial forense. A análise do pólen consiste basicamente na identificação da espécie da planta e posterior estimativa do percentual de cada espécie na amostra. Após a identificação da espécie, faz-se a correlação da planta com o local do crime.

3 A IMPORTÂNCIA DA PROVA TÉCNICA

A Criminalística estuda os indícios deixados em um local de crime e busca relacioná-los, buscando uma futura elucidação do crime. A prova técnica é indispensável para resolução dos crimes que deixam vestígios, o que a torna primordial no direcionamento da investigação policial e conseqüente processo criminal. Por ser uma prova exata, de cunho científico, a prova pericial tem um valor muito significativo no decorrer do processo criminal, uma vez que fornece menos margem a questionamentos e distorções quando confrontadas com o que de fato aconteceu. Para que a evidência botânica seja aceita como prova no sistema judicial, é necessário que as evidências sejam preservadas e devidamente coletadas, que a cadeia de custódia seja mantida e que os métodos científicos e técnicas forenses estejam devidamente validados e reconhecidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, percebe-se que apesar da Palinologia, ser um ramo novo na área criminal, apresenta um potencial imensurável. Saber qual o percurso de peças roubadas, ou determinar o circuito que uma droga fez, são apenas alguns exemplos dos mistérios que esta nova ciência poderá ajudar a esclarecer. A identificação das estruturas da planta, da sua localização geográfica e da quantidade de uma determinada espécie em um local, podem aparecer como peças-chave na resolução de um crime. Assim, com cada vez mais profissionais se dedicando ao estudo do pólen e suas admiráveis potencialidades, a perícia criminal ganhará mais um reforço na obtenção de provas e elucidação de crimes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

H.M. Coyle. Forensic Botany: Principles and aplicattions to criminal casework. CRC Press, United satates of America, 1-303, 2005.

BRASIL, Constituição (1988), Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm,
Acesso em 14 de março de 2017.

CUNHA JR, Dirley da, NOVELINO, Marcelo. Constituição Federal.
Editora JusPODVM, 2014.

http://www.uniabeu.edu.br/labeam/wp-content/uploads/2014/02/ARTIGO-PUBLICADO_RBC_V5_N1_P27_34.pdf. Acesso em 14 de março de 2017.

M.A. Damas, J.A. Jamar, A.P. Barbosa, A. Castellar. A Botânica Forense e a Ciência Farmacêutica no Auxílio à Resolução de Crimes. Disponível em:
<http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/47/artigo170142-2.asp>.

TUTELA PROVISÓRIA

FERNANDA IATAROLA BARBOSA DIAS:
Graduada em Direito pela Universidade
Presidente Antônio Carlos -
UNIPAC/BARBACENA. Oficiala de Justiça - TJMG
2003/2010. Analista do Ministério Público de Minas
Gerais 2010.

RESUMO: O presente estudo volta-se à análise da tutela provisória disciplinada pelo novo Código de Processo Civil à luz dos princípios constitucionais processuais, notadamente do contraditório, da ampla defesa, da inafastabilidade do controle jurisdicional, da efetividade e da razoável duração do processo. A tutela provisória se subdivide em tutela de urgência e tutela de evidência e apresenta como características a sumariedade da cognição e a necessidade de se proteger o direito material invocado em razão do perigo da demora da tramitação do processo ou diante da elevada evidência ou aparência do direito material invocado. A tutela provisória de urgência abarca a tutela antecipada e a tutela cautelar, sendo certo que enquanto aquela se volta a satisfazer desde logo a pretensão do autor, essa objetiva assegurar o resultado útil do processo, desde que presentes a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. Já a tutela de evidência se funda na alta probabilidade do direito material, sem a necessidade de comprovação do perigo da demora e do risco ao resultado útil do processo. Por fim a tutela provisória como o próprio nome já indica se sujeita à modificação após o profundamente da cognição e deve ser aplicada no ordenamento jurídico sem ferir direitos fundamentais valendo-se, sobretudo, do princípio da proporcionalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Tutela Provisória. Urgência. Evidência.

SUMÁRIO : Introdução. A Tutela Provisória e sua aplicação no Ordenamento Jurídico Pátrio. O Regime Jurídico das Tutelas Provisórias. Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

O novo Código de Processo Civil, lei 13.105/15, entrou em vigor no ordenamento jurídico brasileiro em março do corrente ano, apresentado nítido objetivo de trazer mais eficiência à tutela jurisdicional através do aprimoramento do Poder Judiciário e do incentivo aos meios alternativos de solução dos conflitos.

Como não podia deixar de ser o Código de Processo Civil encontra-se adstrito às normas constitucionais processuais que formam o modelo constitucional do direito processual civil, no qual estão inseridos os princípios do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal, da inafastabilidade do controle jurisdicional, da isonomia, da fundamentação das decisões das decisões judiciais, da efetividade, da razoável duração do processo e da proporcionalidade.

Dessa forma tem-se que a Carta Magna garante ao jurisdicionados o contraditório e a ampla defesa assim como a isonomia, a efetividade e a razoável duração do processo, porém como contemporizar os citados princípios à tutela provisória trazida pelo Código de Processo Civil de 2015?

Sem maiores delongas torna-se claro que a suposta celeuma a de ser resolvida através da aplicação do princípio da proporcionalidade de forma a preservar a efetividade e a razoável duração do processo conduzido sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

O presente estudo volta-se à análise da tutela provisória disciplinada pelo novo *codex* aplicada dentro do sistema constitucional processual, com enfoque em suas principais características e requisitos para sua concessão.

A tutela provisória tem assento no livro V do novo Código de Processo Civil e abarca as tutelas de urgência, assim consideradas tutela antecipada e tutela cautelar, e as tutelas de evidência.

O Código de Processo Civil em vigor destaca-se por ter instituído um regime jurídico único para as tutelas de urgências, salvo algumas exceções nas tutelas antecedentes, enquanto o diploma revogado tratava a tutela cautelar e a tutela antecipada como institutos distintos, sujeitas a

procedimentos e requisitos diversos. Assim enquanto a tutela antecipada satisfaz de imediato a pretensão do autor, a tutela cautelar a preserva ou assegura.

A tutela de urgência e a tutela evidência como já apontado são espécies do gênero tutela provisória e apresentam como características a sumariedade da cognição, a provisoriedade e a revogabilidade e ambas voltam-se a amenizar os males do tempo no processo judicial, sob fundamentos distintos.

Para a concessão das tutelas de urgência faz-se necessária a presença de uma situação de perigo envolvendo o direito material, que demanda uma solução processual apta a afastar o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, além por óbvio da existência da probabilidade do direito invocado.

Já a tutela de evidência não reclama a existência do perigo da demora e sim a presença da alta probabilidade ou aparência do direito material invocado, que por uma opção legislativa, não impõe ao autor o ônus do tempo do processo para alcançar o bem da vida reivindicado.

Assim tem-se a enorme importância da tutela provisória para a efetividade da prestação jurisdicional pelo Estado-juiz haja vista os efeitos deletérios que o fator tempo traz para o processo, que desprestigiam o Poder Judiciário e afetam negativamente toda a coletividade.

Pontofinalizando, para correta aplicação do instituto da tutela provisória no cenário processual civil necessário se mostra conciliar o exame dos direitos fundamentais envolvidos dentro do sistema constitucional processual na busca por uma decisão mais acertada, concedida dentro do menor lapso temporal possível.

Assim apresenta este estudo uma breve análise da tutela provisória dentro do ordenamento jurídico pátrio com foco nos requisitos e hipóteses de sua concessão traçadas pelo novel diploma processual com vistas ao atendimento seus objetivos dentro da relação processual e a preservação

das garantias constitucionais fundamentais do cidadão ao devido processo legal.

1. A TUTELA PROVISÓRIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

O novo Código de Processo Civil promulgado pela lei 13.105/15 trouxe diversas inovações ao sistema processual civil pátrio dentre elas a tutela provisória, que se destaca pela unificação em sua quase totalidade do regime jurídico da tutela antecipada e da tutela cautelar.

Porém a análise da tutela provisória sob a ótica do novo *codex* processual civil não se viabiliza sem uma leitura contextualizada com os princípios constitucionais atinentes à prestação jurisdicional pelo Estado-juiz.

Dentre os princípios constitucionais processuais mais relevantes para a aplicação do instituto da tutela provisória destacam-se o princípio do devido processo legal, que tem incidência tanto plano formal quanto no plano substancial, na medida em que impõe uma série de garantias processuais notadamente a garantia do acesso à Justiça sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, sem prejuízo do controle pelo Poder Judiciário dos atos normativos dos Poderes Executivo e Legislativo contrários aos direitos fundamentais.

Na mesma esteira o princípio da inafastabilidade do controle judicial, reconhecido expressamente no ordenamento jurídico pátrio a partir da Constituição de 1946, garante ao cidadão amplo acesso ao Poder Judiciário através dos meios legais adequados com vistas ao alcance efetivo da tutela jurisdicional. Observa-se que sob a ótica do Código de Processo Civil vigente o princípio constitucional em análise, a exemplo de seus pares, não possui aplicação absoluta, tendo assento no artigo 3º do diploma processual, que expressamente também permite a arbitragem.

O princípio do contraditório pressupõe a necessidade de que a parte seja cientificada ou informada para que possa eventualmente oferecer resistência dentro da relação processual que integre. Destaca-se que a

cientificação da parte é indispensável à garantia do contraditório enquanto sua reação é um ônus que lhe compete, não havendo que se falar em desrespeito ao princípio do contraditório nas hipóteses de não oferecimento de manifestação.

Já o princípio da ampla defesa garante à parte a possibilidade de defesa através de mecanismos e técnicas processuais aptas ao seu exercício. Isso quer dizer que não basta a possibilidade da reação da parte, efetivada através do contraditório, é também garantido ao litigante os meios processuais passíveis de seu exercício.

Quanto aos princípios do contraditório e da ampla defesa observa-se sua aplicação diferida no campo da tutela provisória de urgência e em algumas hipóteses da tutela de evidência haja vista que essas se pautam em cognição sumária, por razões a serem demonstradas mais adiante, contudo sem prejuízo aos direitos fundamentais dos litigantes.

O princípio da isonomia constitui-se em uma das bases do Estado Democrático de Direito e tem aplicação não somente ao direito processual como também a todo o ordenamento jurídico, abarcando ainda o Poder Executivo e o Poder Legislativo.

Dentro do Código de Processo Civil vigente o princípio da isonomia se apresenta no artigo 139 que dispõe incumbir ao juiz assegurar às partes igualdade de tratamento, assim como o artigo 7º garante a paridade de tratamento às partes, paridade essa que deve ser observada tanto no aspecto formal quanto material.

O princípio da fundamentação das decisões judiciais, além de expressa previsão constitucional, tem assento no atual diploma processual e se caracteriza pela garantia aos jurisdicionados de ter conhecimento dos fundamentos que inspiraram a decisão do magistrado e notadamente no plano das tutelas provisórias tem disposição processual expressa no artigo 298 que preleciona que a decisão que a conceder, negar, modificar ou revogar deverá conter a motivação do convencimento, de forma clara e precisa.

A nova visão do ordenamento processual do princípio em testilha trouxe avanços para a tutela provisória uma vez que coibiu decisões sem fundamentação, muito comum no cotidiano forense, que se limitavam a informar que não foram atendidos os requisitos legais para a concessão da medida, sem examinar detidamente o caso concreto e invocar as razões de seu convencimento. O novel legislador elencou um rol exemplificativo de decisões que não se consideram fundamentadas, sendo forçoso admitir que a ausência de fundamentação nos moldes legalmente disciplinados acarreta a nulidade da decisão.

O princípio da efetividade, atrelado ao princípio do devido processo legal e da inafastabilidade do controle jurisdicional, garante às partes a obtenção processo de acordo com resultado almejado pelo direito material, processo esse efetivado mediante a observação do equilíbrio entre os valores de segurança e celeridade.

A tendência atual da doutrina pátria assim como da estrangeira é o reconhecimento da efetividade como uma garantia constitucional, porém insta destacar que a efetividade não se assenta somente da celeridade, havendo de ser respeitado o mínimo de segurança para a obtenção da prestação jurisdicional.

O princípio da razoável duração do processo passou a previsão expressa na Constituição Federal com o advento da reforma do Judiciário trazida pela emenda constitucional 45/2004, tendo também o Código de Processo Civil o consagrado expressamente nos artigos 4º e 139.

O princípio em testilha preconiza que, respeitadas as características peculiares de cada caso, deve-se aliar a celeridade e as demais garantias processuais com vistas à obtenção de uma prestação jurisdicional dentro de um lapso razoável de tempo, uma vez que a demora excessiva do pronunciamento judicial pode acarretar danos irreparáveis as partes, notadamente dentro do campo das tutelas provisórias.

Por fim o princípio da proporcionalidade se apresenta como um meio de conciliar a aplicação dos demais princípios e garantias acima citados sem prejuízo do respeito a seus balizamentos.

O princípio da proporcionalidade tem previsão expressa no Código de Processo Civil, ao lado dos princípios da legalidade, razoabilidade, publicidade e eficiência, assim como se encontra inserido dentro do sistema constitucional processual, muito embora sem menção expressa em seu texto.

Segundo a doutrina de Leonardo Ferres da Silva Ribeiro:

Assim por força do princípio da proporcionalidade o juiz, ante o conflito, deve avaliar os interesses e valores em jogo e dar prevalência àquele que, segundo a ordem jurídica e de acordo com as particularidades do caso concreto, apresentar maior relevo.

Nesse contexto o princípio da proporcionalidade revela-se como um fundamento constitucional autorizador para, em situações excepcionais, tutelar a urgência, sacrificando-se momentaneamente a segurança em prol de outros valores que, à luz do caso concreto, mereçam preponderância. (RIBEIRO, 2015, p. 60).

Dessa forma inegável a influência dos princípios constitucionais do processo civil no plano das tutelas provisórias, que inicialmente excepciona a aplicação de algumas garantias trazidas por esses, contudo, como a seguir demonstrado, a solução ao aparente conflito de normas se encontra dentro do próprio arcabouço do sistema constitucional processual.

Como é sabido e largamente experimentado pelos cidadãos, não só neste país mas também em diversos outros Estados estrangeiros, a morosidade da prestação jurisdicional acarreta efeitos muito danosos ao direito dos litigantes, em razão disso com vistas a amenizar os efeitos do tempo dentro da relação processual apresenta-se a tutela provisória, que dentro do ordenamento jurídico pátrio se concretiza através da tutela provisória de urgência e da tutela de evidência.

A tutela provisória em contraponto à tutela comum é considerada uma tutela diferenciada diante das especificidades que a acompanham, dentre elas a sumariedade de cognição, a provisoriedade e a revogabilidade, além de se voltar a amenizar o conflito entre a celeridade e a segurança que devem orientar a dinâmica processual.

A tutela de provisória como já apontado acima abarca a tutela de urgência, antecipada ou cautelar, e a tutela evidência. A tutela provisória de urgência volta-se a afastar o perigo da demora passível de acarretar um prejuízo grave ou de difícil durante a tramitação do processo, já a tutela de evidência não requer para sua concessão o perigo da demora e sim um alto grau de probabilidade do direito invocado, que justifica sua pronta concessão.

Para a concessão das tutelas de urgência necessária a presença da probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. O novel legislador também previu a possibilidade de exigência de caução para ressarcimento de eventuais prejuízos sofrido pela parte contrária em razão do deferimento da medida.

As tutelas de urgência podem ser concedidas liminarmente ou após justificção prévia, o que denota a preponderância do princípio da efetividade frente aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Ainda de acordo com o novo diploma processual há vedação à concessão da tutela de urgência de natureza antecipada nas hipóteses de irreversibilidade da medida, contudo a interpretação desse dispositivo deve ser dar em consonância com o princípio da proporcionalidade podendo a tutela provisória de urgência antecipada ser deferida quando o risco ou dano que se busca evitar é qualitativamente mais caro ao requerente do que ao requerido.

Quanto ao momento de postulação das tutelas provisórias de urgência tem-se que tanto a tutela cautelar quanto a tutela antecipada podem ser requeridas em caráter antecedente ou incidental. Ademais se observa que a tutela provisória de urgência cautelar e a antecipada se distinguem em razão de seu fundamento, sendo certo que enquanto a cautelar somente

assegura o resultado útil do processo, a antecipada já satisfaz de imediato a pretensão do requerente.

Já tutela de evidência ou tutela provisória fundamentada em evidência prescinde da demonstração de perigo do dano ou de risco ao resultado útil do processo e se fundamenta da alta probabilidade do direito invocado, que diante dos elementos apresentados pelo requerente demonstram ser ele merecedor da tutela jurisdicional.

O Código de Processo Civil elenca as hipóteses de concessão da tutela provisória de evidência consistentes em: abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório da parte; apresentação de alegações de fato passíveis de comprovação apenas documental desde que haja tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante; pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada ao contrato de depósito; e petição inicial instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Assim nas situações acima expostas desde que presente a probabilidade ou aparência do direito postulado pela parte possibilita-se a concessão da tutela provisória de evidência, que também admite decisão liminar nas hipóteses que em a prova documental é tão contundente que a eventual resposta do requerido não será capaz de desqualificá-la.

Dessa forma dentro do presente estudo busca-se a análise das nuances envolvendo a tutela provisória, que vão desde seu regime jurídico instituído com o novo Código de Processo Civil até sua aplicação dentro do modelo constitucional do processo.

Observa-se por fim que o estudo da tutela provisória envolve a detida análise, notadamente à luz dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, da ferrenha batalha estabelecida entre celeridade e segurança processual, de forma a evitar a ineficácia ou o dano ao processo sem ferir os direitos fundamentais dos litigantes.

2. O REGIME JURÍDICO DAS TUTELAS PROVISÓRIAS

A tutela provisória possui assento em livro próprio no Código de Processo Civil, que está subdividido em três títulos a saber: disposições gerais, tutela de urgência e tutela de evidência, e tem por missão amenizar os males trazidos pelo transcurso do tempo dentro da relação processual, seja para conservar o direito material ou para desde logo conceder a tutela pretendida pelo requerente

O Código de Processo Civil inicia a disciplina da tutela provisória a partir do artigo 294 destacando ser essa o gênero do qual são espécies a tutela de urgência e tutela de evidência.

A par do referido dispositivo possibilita-se trazer um marco diferencial entre a tutela de urgência e a tutela de evidência que reside justamente no perigo da demora, elemento essencial para a tutela de urgência e dispensável para a tutela de evidência, bastando para essa restar demonstrado o alto grau de probabilidade do direito material invocado.

Ainda dentro do artigo em comento o diploma processual estabelece que as tutelas provisórias de urgência podem ser concedidas em caráter antecedente ou incidental, dispondo ainda o artigo 295 que a tutela provisória requerida em caráter incidental independe do pagamento de custas.

Interessante a atual disciplina da tutela urgência que extirpou de vez a autonomia do processo cautelar vigente até o codex revogado. Ademais muito embora silente o dispositivo legal em comento óbvia a desnecessidade de pagamento de custas para postular por tutela de urgência dentro do processo em curso, de forma incidental.

Na seqüência das disposições gerais atinentes à tutela de provisória estabelece o diploma processual que as tutelas provisórias, de urgência ou de evidência, mantêm seus efeitos enquanto não revogadas ou modificadas, e ainda que durante a suspensão do processo do processo.

Dessa forma é sabido que umas das características das tutelas provisórias é a revogabilidade, haja vista que sua concessão baseia-se em

uma cognição sumária, sendo certo que a provisoriedade decorre inclusive de sua própria nomenclatura.

Assim as decisões concessivas das tutelas provisórias geralmente se apresentam como decisões interlocutórias e, portanto, passíveis de serem atacadas através de agravo de instrumento, que, via de regra, não tem efeito suspensivo. Porém merecem atenção as situações em que as tutelas provisórias são concedidas por ocasião da sentença, uma vez que a apelação por força de lei produz efeito suspensivo.

Destarte observa-se a existência de hipóteses em que excepcionam o duplo efeito das apelações, dentre elas a que abarca as sentenças que confirmam, concedem ou revogam a tutela provisória. Portanto, o sistema recursal se mostra alinhado à disciplina das tutelas provisórias de maneira que essas mantêm sua eficácia até posterior revogação, modificação ou suspensão, que podem se operar de forma *ope legis* ou *ope judicis*.

Para a execução das tutelas provisórias prevê a disciplina processual vigente o que a doutrina passou a nomear como poder-dever geral de asseguramento e de satisfação, que incumbe ao juiz a determinação de medidas adequadas para sua efetivação, observadas as normas atinentes ao cumprimento provisório de sentença.

Importante frisar que para a execução das tutelas provisórias, em que pese a disposição legal trazida pelo artigo 297 do codex possibilitando ao Magistrado a determinação de medidas para sua efetivação, não se pode perder de vista tratar-se de uma decisão judicial provisória, obtida sem cognição exauriente, assim como a natureza da obrigação, devendo as medidas executórias se pautarem dentro das nuances do princípio da proporcionalidade.

O novo diploma processual prevê ainda o dever de motivação e infirma que a decisão que concede, nega, modifica ou revoga a tutela provisória deverá ser fundamentada de maneira clara e precisa, em consonância com as disposições referentes elementos essenciais da sentença previstos no artigo 489, e do princípio constitucional do livre convencimento motivado.

No que tange à competência vislumbra-se que as tutelas provisórias de caráter antecedente, no caso as tutelas de urgência, serão requeridas no juízo competente para conhecimento do pedido principal, enquanto as incidentais serão requeridas no juízo em que tramita a causa principal. Já nos casos de competência originária dos tribunais e nos recursos a tutela provisória será requerida ao órgão jurisdicional competente para a apreciação do mérito.

Tal disposição legal reforça a ideia de que não há nenhum óbice em postular tutelas provisórias em sede recursal uma vez que essas, notadamente as tutelas de urgência, encontram-se vinculadas a situações fáticas que podem ensejar a necessidade de seu requerimento mesmo após o encerramento do trâmite processual no juízo a quo.

Vale destacar que a doutrina pátria, ainda de que maneira não pacífica, entende que a tutela provisória de urgência seja passível de concessão mesmo que por juízo incompetente dada a presença do perigo da demora, que se não afastado de imediato poderá acarretar à parte dano ao direito material postulado, tal posicionamento se finca nos princípios da inafastabilidade do Poder Judiciário aliado ao princípio da efetividade.

A tutela provisória, conforme já destacado, abarca a tutela provisória de urgência, cautelar e antecipada, e a tutela de evidência. Quanto a tutela provisória de urgência depreende-se que sua concessão pressupõe a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, muito se assemelhando às expressões latinas *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, amplamente discutidas durante a vigência do diploma processual de 1973.

O Código Processo Civil inovou ao igualar os requisitos para a concessão da tutela de urgência antecipada e cautelar, abandonando a antiga ideia de gradação do perigo da demora anteriormente dominante no ordenamento jurídico pátrio. Ademais se ressalta que a tendência atual para a concessão das tutelas provisórias de urgência reside na regra da gangorra, segundo a qual quanto maior o perigo da demora demonstrado, menos se exige a probabilidade do direito.

Observa-se que para a concessão da tutela provisória de urgência vislumbra-se a possibilidade legal de exigência de caução ou contracautela, com vistas a suportar eventuais danos que a parte adversa para vir a suportar. Porém a referida caução pode ser dispensada diante de uma situação de hipossuficiência econômica haja vista a impossibilidade de se impedir o acesso à justiça, em consonância com os direitos e garantias fundamentais, notadamente os insculpidos no artigo 5º, incisos XXXV e XXIV, da Carta Magna.

As tutelas de urgência podem ser concedidas liminarmente ou após justificação prévia, ou seja, se da análise dos elementos trazidos pela parte o magistrado não se convencer de pronto da existência dos requisitos autorizadores da tutela urgência poderá designar audiência para que sejam trazidos mais elementos de prova que reforcem a necessidade de sua concessão. Nessas situações considerando tratar-se de urgência ainda que determinada a justificação prévia a citação da parte requerida será postergada, se efetivando após a formação do convencimento do magistrado quanto a medida de urgência.

Interessante disposição envolvendo a tutela de urgência decorre da previsão legal do §3º do artigo 300 do codex, que veda a concessão de tutela de urgência de natureza antecedente se houver perigo de irreversibilidade da medida. Por oportuno destaca-se que o referido regramento, conforme se infere do próprio texto legal, não se aplica à tutela de urgência de natureza cautelar em razão de seu caráter meramente conservativo.

A irreversibilidade diante do plano das tutelas provisórias de urgência se apresenta como uma via de mão dupla uma vez que tanto ao requerente quanto ao requerido decorrem efeitos irreversíveis, portanto diante do caso concreto o julgador deverá ser postar de forma a evitar o mal maior, valendo-se para tanto dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, mitigando o regramento legal em análise, que se aplicado em sua literalidade poderia inviabilizar a concessão da quase totalidade da tutelas de urgência.

Ainda dentro das disposições gerais das tutelas de urgência o Código de Processo Civil estabelece que as tutelas de urgência cautelares

poderão ser efetivadas mediante arresto, seqüestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e demais medidas idôneas para assegurar o direito.

O dispositivo em comento é alvo de críticas diante da extinção pelo novo diploma processual das cautelares típicas, com amparo no entendimento de que basta o preenchimento dos requisitos gerais para a concessão da tutela de urgência, sem necessidade de outras particularidades. Assim para a aplicação das extintas cautelares aos novos parâmetros traçados pelo Código de Processo Civil necessária uma releitura do codex revogado para conhecimento e aplicação no que couber ao novo sistema processual civil vigente.

Por fim encerrando as disposições gerais atinentes à tutela de urgência o Código de Processo Civil preleciona que a efetivação da tutela de urgência pressupõe a responsabilidade objetiva da parte requerente quando a sentença lhe for desfavorável; obtida liminar na tutela antecedente o requerente não fornecer os meios necessários para citação da parte contrária, em cinco dias; ocorrer cessação da eficácia da medida; e houver o acolhimento de decadência ou prescrição da pretensão do autor.

Destaca-se que essa responsabilidade independe da responsabilidade por dano processual prevista nos artigos 79 a 81 do codex, e terá sua liquidação efetivada nos próprios autos em que a medida foi concedida, salvo impossibilidade.

Dessa forma, se executada a tutela de urgência e essa trazer prejuízo à parte contrária o requerente deverá arcar com os prejuízos sofridos nas hipóteses acima elencadas. Quanto à sentença desfavorável tem-se a reafirmação do caráter provisório das tutelas de urgência, que se submetem às decisões definitivas proferidas sob o crivo da cognição exauriente, responsabilizando objetivamente seu beneficiário.

Já o retardamento da citação do réu conduz à conclusão de que o diploma processual busca evitar que o beneficiário da tutela de urgência propositalmente atrase a adoção de medidas pela parte contrária, com vistas à revogação ou modificação da tutela de urgência concedida. Conforme

bem apontado pela doutrina o dispositivo em comento deve ser aplicado com cautela imputando responsabilidade à parte autora somente quando constatada sua exclusiva responsabilidade, uma vez que a ineficiência dos órgãos do Poder Judiciário a ela não pode ser creditada.

Enseja ainda a responsabilidade objetiva do beneficiário da tutela de urgência a ocorrência da cessação da eficácia da medida nas demais hipóteses legais. O dispositivo em análise se apresenta de maneira concreta, dentre outras, na hipótese de descumprimento da determinação trazida pelo artigo 303, §1º, I, do Código de Processo Civil, que estabelece o prazo de quinze para que o autor promova o aditamento da inicial, após o deferimento da tutela provisória antecipada antecedente, assim como nas situações elencadas no artigo 309 do referido diploma legal, que trata da cessação dos efeitos da tutela provisória cautelar antecedente, ressalvada a disposição constante do inciso II, em que não houve a efetivação da medida e, portanto, não gera responsabilização.

Por fim responsabiliza-se objetivamente o beneficiário da tutela provisória de urgência quando houver o acolhimento da alegação de decadência ou prescrição da direito do autor contido no pedido principal.

A tutela de urgência antecipada e cautelar conforme já apontado podem ser requeridas em caráter incidental e também em caráter antecedente. No que tange especificamente às tutelas antecedentes o Código de Processo Civil na contramão da tendência do estabelecimento da unificação do regime jurídico único para as tutelas de urgência antecipadas e cautelares estabeleceu regras distintas para seus processamentos.

Dessa feita a tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente tem assento nos artigos 303 e 304, enquanto a tutela provisória de urgência cautelar antecedente está previstas nos artigos 305 a 311.

A diferenciação no regramento legal imposto para as tutelas de urgência antecedentes é alvo de inúmeras críticas doutrinárias por entenderam os estudiosos pela sua desnecessidade diante da tão

conclamada extinção da autonomia do processo cautelar muito bem tratada no Código de Processo Civil.

Contudo, em que pese posicionamentos contrários, o diploma processual civil é claro na divisão dos procedimentos para as tutelas de urgência antecedentes, merecendo destaque o § único do artigo 305, que dispõe sobre a fungibilidade das tutelas antecipadas e tutelas cautelares, estabelecendo que em se tratando de tutela de urgência cautelar antecedente caso se vislumbre tratar-se o pedido de tutela antecipada, será observado seu procedimento próprio, elencado nos artigos 303 e 304.

Ainda discorrendo sobre as tutelas de urgência antecedentes merece destaque a inovação trazida pelo Código de Processo Civil consistente na estabilização da tutela de urgência antecipada antecedente. Assim concedida em caráter antecedente a tutela antecipada essa mantém seus efeitos até que seja reformada ou invalidada, independente da continuidade dos processos para o alcance da cognição plena, contudo sem o alcance dos efeitos coisa julgada.

A estabilização da tutela antecipada antecedente decorre da conformação das partes com a decisão, não interpondo o requerido o recurso devido e nem dando continuidade ao processo o requerente. O Código de Processo Civil estabelece um prazo decadencial de dois anos para a postulação da revisão, reforma ou invalidação da tutela antecipada nos próprios autos, após o decurso do referido prazo entende-se que eventual ataque à decisão deverá ser feito em outros autos, haja vista que essa não faz coisa julgada.

Quanto a tutela provisória de evidência pode-se afirmar que, ao contrário da tutela provisória de urgência, que se ampara no perigo do tempo para o processo, essa se fundamenta no elevado grau da probabilidade do direito pleiteado pela parte requerente, que não deve se sacrificar à espera da cognição processual exauriente.

A tutela de evidência embora muito próxima do julgamento antecipado total ou parcial do mérito previsto nos artigos 355 e 356 do Código de Processo Civil com ele não se confunde dada sua natureza

provisória e revogável, comum às decisões proferidas em cognição sumária e ainda pendente de aprofundamento probatório.

O diploma processual civil elenca as hipóteses de concessão da tutela provisória de evidência iniciando com a situação em que ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu, tal se situação se funda em um mau comportamento do requerido que abusa ou excede nos meios legais disponíveis à sua defesa com o propósito de frustrar ou retardar a prestação jurisdicional, evidenciado ainda mais o direito do autor.

A tutela evidência será também concedida quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante. Nesta hipótese não se avalia o comportamento do réu mas tão somente a devida comprovação documental do fato pelo autor aliada à existência de tese jurídica pacificada em sede de julgamento de casos repetitivos ou fixada em súmula vinculante.

O Código de Processo Civil vigente trouxe uma inovação em relação a seu antecessor eliminando o procedimento especial referente à ação de depósito e passando a tratar da situação de descumprimento do contrato de depósito, previsto a partir do artigo 627 do Código Civil, como hipótese de tutela de evidência, estabelecendo que conceder-se-a tutela de evidência quando se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, determinando a entrega do bem custodiado, sob pena de cominação de multa.

Por fim será concedida a tutela de evidência quando a petição inicial for instruída com prova documental dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável. Trata-se no caso de defesa inconsistente, diferentemente da defesa procrastinatória acima referida, que foi insuficiente para rebater os fortes argumentos e o acervo documental trazido pelo réu, que pode inclusive se valer de prova produzida em outros autos sob o crivo do contraditório.

Destaca-se que a tutela provisória de evidência poderá ser concedida liminarmente nas situações fundadas apenas em matéria documental nas quais eventual defesa apresentada pelo réu não tenha influência da decisão da tutela provisória.

Sem intenção de esgotar o tema, que diante de seu exíguo prazo de existência certamente será alvo de muita discussão doutrinária e jurisprudencial, pretendeu-se com este breve estudo trazer noções da importância do instituto da tutela provisória para o processo civil, assim como elucidar sua disciplina traçada pelo novel Código de Processo Civil.

Dessa forma devidamente aplicada dentro do sistema constitucional processual a tutela provisória se mostra como uma grande aliada para a garantia da efetividade da prestação jurisdicional pelo Estado-juiz socorrendo as partes que podem ter fulminado seu direito material pelo efeito danoso do tempo dentro da relação processual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o objetivo de evitar os males do tempo dentro da relação processual a tutela provisória se apresenta como um instituto do direito processual voltado a assegurar ou satisfazer desde logo o direito material invocado pela parte diante de situações em que não se justifica aguardar todo o trâmite do processo.

Conforme já explanado o processo civil no ordenamento pátrio encontra-se integrado dentro de um sistema constitucional processual que contempla diversos princípios que nortearão as relações processuais dentre eles os princípios do contraditório, da ampla defesa, da inafastabilidade do controle judicial e da razoável duração do processo.

A tutela provisória da forma insculpida pelo Código de Processo Civil deve ser analisada dentro do arcabouço principiológico constitucional, sem perder de vista os seus fundamentos existenciais voltados a amenizar os efeitos deletérios do tempo dentro da relação processual.

As características mais marcantes da tutela provisória são a revogabilidade e a provisoriedade uma vez que as decisões proferidas em seu plano firmam-se em cognição sumária e, portanto, passíveis de modificação com o aprofundamento da instrução.

Segundo a disciplina adotada pelo Código de Processo Civil a tutela provisória se divide em tutela urgência, antecipada ou cautelar, e tutela de evidência. Muito embora altamente técnica a classificação adotada para as tutelas de urgência atenta a doutrina para a manifesta afinidade existente entre essas, que muitas vezes se encontram em uma faixa de fronteira de difícil precisão, o que demandará dos atores da ciência do direito muita cautela na classificação da natureza antecipada e cautelar das tutelas de urgência.

Dentre os maiores avanços trazidos pelo Código de Processo Civil encontra-se a unificação quase total do regime jurídico das tutelas de urgência antecipada e cautelar, ressaltando o estabelecimento de diferença somente em relação às tutelas de urgência requeridas em caráter antecedente, de duvidosa necessidade frente a extinção da autonomia do processo cautelar.

Quanto a tutela de evidência destaca-se que o diploma processual vigente ampliou as hipóteses de cabimento assim como inovou ao elencá-la de maneira organizada dentro do rol das tutelas provisórias. A partir do novo codex a tutela de evidência passou a contemplar também as hipóteses de tese jurídica pacificada em incidente de demandas repetitivas ou firmada em súmula vinculante assim como a prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor quando o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Contudo, no que tange à tutela de evidência ou tutela de direito aparente, conforme conhecida em sede doutrinária, há sempre de estar presente a alta probabilidade do direito invocado, dispensado o perigo da demora, imprescindível para as tutelas de urgência, que buscam evitar o dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Outra grande inovação trazida pelo novel legislador processual foi a estabilização da tutela de urgência antecipada antecedente que estipulou a permanência dos efeitos da decisão provisória concedida desde que o réu a ela não se oponha e ainda que o processo não siga seu curso normal, contudo sem os efeitos da coisa julgada.

A estabilização da tutela provisória de urgência antecipada antecedente se opera como uma forma de conformação das partes com a decisão, não recorrendo o réu e não dando continuidade o autor ao cumprimento dos ônus que lhe competem. É certo que muita discussão ainda permeará este assunto, contudo, é inegável que se bem aplicada trará muita efetividade em situações em que se mostra desnecessária a seqüência do processo em razão de a simples execução da tutela solucionar a celeuma.

Dentro deste breve estudo muito se vislumbrou os benefícios da tutela provisória para o processo civil brasileiro, em que pese a morosidade do Poder Judiciário também se fazer presente em diversos Estados estrangeiros. Evitar o perecimento do direito material em razão do tempo dentro do processo é de fundamental importância haja vista que caso reste prejuízo ao resultado útil do processo todo o esforço despendido em seu curso terá se mostrado inútil, sem falar dos elevados custos ocasionados com a tramitação do feito, notadamente de recursos humanos, já tão escassos à Justiça.

Contudo, de primordial importância é que mesmo diante da brilhante efetividade trazida pela tutela provisória sua concessão deve se pautar dentro da observância das garantias processuais constitucionais e, sobretudo, sob o crivo dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Dessa forma a cada caso concreto devem ser observados os riscos e prejuízos de forma qualitativa às partes, com o objetivo de alcançar uma solução adequada e menos gravosa aos litigantes.

Pontofinalizando tem-se que mesmo sem aprofundamento técnico do tema, este breve estudo buscou apresentar a tutela provisória e sua disciplina no ordenamento jurídico pátrio, além da necessidade de sua aplicação consoante o sistema processual trazido pela Constituição Federal. Desse modo infere-se que se um lado há de ser preservada a efetividade e

a razoável duração do processo de outro se apresenta a segurança trazida pelo devido processo legal, assim a tutela provisória sempre se encontrará em um ponto de equilíbrio entre os princípios e os direitos e garantias fundamentais.

REFERÊNCIAS

BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIDIER Jr., Fredie. RAVI PEIXOTO. **Novo Código de Processo Civil: comparativo com código de 1973**. Salvador: JusPodivm, 2015.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil**. 12ª edição. São Paulo: Atlas, 2016.

NEGRÃO, Theotonio. GOUVÊA, José Roberto Ferreira. BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. FONSECA, João Francisco Naves da. **Curso de Processo Civil e Legislação Processual em vigor**. 47ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8ª edição. Salvador: JusPodivm, 2016.

PUCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela Provisória**. 36ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogério Liscastró Torres de. **Primeiros Comentários do Novo Código de Processo Civil**. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DAS FLORESTAS PÚBLICAS À LUZ DO INSTITUTO DA CONCESSÃO FLORESTAL: PRIMEIROS COMENTÁRIOS

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

Resumo: Inicialmente, cuida salientar que o meio ambiente, em sua acepção macro e especificamente em seu desdobramento natural, configura elemento inerente ao indivíduo, atuando como sedimento a concreção da sadia qualidade de vida e, por extensão, ao fundamento estruturante da República Federativa do Brasil, consistente na materialização da dignidade da pessoa humana. Ao lado disso, tal como pontuado algures, a Constituição de 1988 estabelece, em seu artigo 225, o dever do Poder Público adotar medidas de proteção e preservação do ambiente natural. Aliás, quadra anotar, oportunamente, que tal dever é de competência político-administrativa de todos os entes políticos, devendo, para tanto, evitar que os espaços de proteção ambiental sejam utilizados de forma contrária à sua função – preservação das espécies nativas e, ainda, promover ostensiva fiscalização desses locais. Neste aspecto, o presente visa analisar as florestas públicas à luz do instituto da concessão florestal, bem como seus aspectos caracterizadores.

Palavras-chaves: Meio Ambiente. Concessão Florestal. Florestas Públicas.

Sumário: 1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito; 2 Comentários à concepção de Meio Ambiente; 3 Singelos Comentários ao Meio Ambiente Natural: Tessituras Conceituais sobre o Tema; 4 Da Concessão Florestal: Traços

Caracterizadores à Lei nº 11.284/2006; 4.1 Do Edital de Licitação e dos Critérios de Seleção; 4.2 Do Contrato de Concessão; 4.3 Dos Preços Florestais; 5 Das Florestas Públicas à luz do instituto da Concessão Florestal: Primeiros Comentários.

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

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

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

o homem valorizava a Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

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

Ainda neste substrato de exposição, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdan, “*esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação*”^[3]. Destarte, a partir de uma análise profunda dos mencionados sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis, diante das situações concretas.

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

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

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

Ainda nesta esteira, é possível verificar que a construção dos direitos encampados sob a rubrica de terceira dimensão tende a identificar a existência de valores concernentes a uma determinada categoria de pessoas, consideradas enquanto unidade, não mais prosperando a típica fragmentação individual de seus componentes de maneira isolada, tal como ocorria em momento pretérito. Com o escopo de ilustrar, de maneira

pertinente as ponderações vertidas, insta trazer à colação o entendimento do Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N.º 1.856/RJ, em especial quando destaca:

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

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

2 Comentários à concepção de Meio Ambiente

Em uma primeira plana, ao lançar mão do sedimentado jurídico-doutrinário apresentado pelo inciso I do artigo 3º da Lei N.º 6.938, de 31 de

agosto de 1981[9], que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências, salienta que o meio ambiente consiste no conjunto e conjunto de condições, leis e influências de ordem química, física e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. Pois bem, com o escopo de promover uma facilitação do aspecto conceitual apresentado, é possível verificar que o meio ambiente se assenta em um complexo diálogo de fatores abióticos, provenientes de ordem química e física, e bióticos, consistentes nas plurais e diversificadas formas de seres vivos. Consoante os ensinamentos apresentados por José Afonso da Silva, considera-se meio-ambiente como *“a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”*[10].

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

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

conceito me parece de rigor técnico, porque salta da própria Constituição Federal[12].

É denotável, desta sorte, que a constitucionalização do meio ambiente no Brasil viabilizou um verdadeiro salto qualitativo, no que concerne, especificamente, às normas de proteção ambiental. Tal fato decorre da premissa que os robustos corolários e princípios norteadores foram alçados ao patamar constitucional, assumindo colocação eminente, ao lado das liberdades públicas e dos direitos fundamentais. Superadas tais premissas, aprouve ao Constituinte, ao entalhar a Carta Política Brasileira, ressoando os valores provenientes dos direitos de terceira dimensão, insculpir na redação do artigo 225, conceder amplo e robusto respaldo ao meio ambiente como pilar integrante dos direitos fundamentais. “*Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, as normas de proteção ambiental são alçadas à categoria de normas constitucionais, com elaboração de capítulo especialmente dedicado à proteção do meio ambiente*”[13]. Nesta toada, ainda, é observável que o *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988[14] está abalizado em quatro pilares distintos, robustos e singulares que, em conjunto, dão corpo a toda tábua ideológica e teórica que assegura o substrato de edificação da ramificação ambiental.

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

A preocupação com o meio ambiente - que hoje transcende o plano das presentes gerações, para também atuar em favor das gerações futuras [...] tem

constituído, por isso mesmo, objeto de regulações normativas e de proclamações jurídicas, que, ultrapassando a província meramente doméstica do direito nacional de cada Estado soberano, projetam-se no plano das declarações internacionais, que refletem, em sua expressão concreta, o compromisso das Nações com o indeclinável respeito a esse direito fundamental que assiste a toda a Humanidade[15].

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

Desta feita, decorrente do fato supramencionado, produz efeito *erga omnes*, sendo, portanto, oponível contra a todos, incluindo pessoa física/natural ou jurídica, de direito público interno ou externo, ou mesmo de direito privado, como também ente estatal, autarquia, fundação ou sociedade de economia mista. Impera, também, evidenciar que, como um direito difuso, não subiste a possibilidade de quantificar quantas são as pessoas atingidas, pois a poluição não afeta tão só a população local, mas sim toda a humanidade, pois a coletividade é indeterminada. Nesta senda de exposição, quadra apontar que o direito à integridade do meio ambiente

substancializa verdadeira prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, ressoando a expressão robusta de um poder deferido, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas num sentido mais amplo, atribuído à própria coletividade social.

Salta aos olhos que, com a nova sistemática entabulada pela redação do artigo 225 da Carta Maior, o meio-ambiente passou a ter autonomia, tal seja não está vinculada a lesões perpetradas contra o ser humano para se agasalhar das reprimendas a serem utilizadas em relação ao ato perpetrado. Figura-se, *ergo*, como bem de uso comum do povo o segundo pilar que dá corpo aos sustentáculos do tema em tela. O axioma a ser esmiuçado, está atrelado o meio-ambiente como vetor da sadia qualidade de vida, ou seja, manifesta-se na salubridade, precipuamente, ao vincular a espécie humana está se tratando do bem-estar e condições mínimas de existência. Igualmente, o sustentáculo em análise se corporifica também na higidez, ao cumprir os preceitos de ecologicamente equilibrado, salvaguardando a vida em todas as suas formas (diversidade de espécies).

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

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

No que concerne ao meio ambiente natural, cuida salientar que tal faceta é descrita como ambiente natural, também denominado de físico,

o qual, em sua estrutura, agasalha os fatores abióticos e bióticos, considerados como recursos ambientais. Nesta esteira de raciocínio, oportunamente, cumpre registrar, a partir de um viés jurídico, a acepção dotema em destaque, o qual vem disciplinado pela Lei Nº. 9.985, de 18 de Julho de 2000, que regulamenta o art. 225, §1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências, em seu artigo 2º, inciso IV, frisa que “recurso ambiental: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora”[16]. Nesta esteira, o termo fatores abióticos abriga a atmosfera, os elementos afetos à biosfera, as águas (inclusive aquelas que se encontram no mar territorial), pelo solo, pelo subsolo e pelos recursos minerais; já os fatores bióticos faz menção à fauna e à flora, como bem assinala Fiorillo[17]. Em razão da complexa interação entre os fatores abióticos e bióticos que ocorre o fenômeno da homeostase, consistente no equilíbrio dinâmico entre os seres vivos e o meio em que se encontram inseridos.

Consoante Rebello Filho e Bernardo, o meio ambiente natural “é constituído por todos os elementos responsáveis pelo equilíbrio entre os seres vivos e o meio em que vivem: solo, água, ar atmosférico, fauna e flora”[18]. Nesta senda, com o escopo de fortalecer os argumentos apresentados, necessário se faz colocar em campo que os paradigmas que orientam a concepção dos recursos naturais como componentes que integram a paisagem, desde que não tenham sofrido maciças alterações pela ação antrópica a ponto de desnaturar o seu aspecto característico. Trata-se, como feito, de uma conjunção de elementos e fatores que mantêm uma harmonia complexa e frágil, notadamente em razão dos avanços e degradações provocadas pelo ser humano. Ao lado do esposto, faz-se necessário pontuar que os recursos naturais são considerados como tal em razão do destaque concedido pelo ser humano, com o passar dos séculos, conferindo-lhes valores de ordem econômica, social e cultural. Desta feita, tão somente é possível a compreensão do tema a partir da análise da relação homem-natureza, eis que a interação entre aqueles é preponderante para o desenvolvimento do ser humano em todas as suas potencialidades. Patente se faz ainda, em breves palavras, mencionar a classificação dos recursos naturais, notadamente em

razão da importância daqueles no tema em testilha. O primeiro grupo compreende os recursos naturais renováveis, que são os elementos naturais, cuja correta utilização, propicia a renovação, a exemplo do que se observa na fauna, na flora e nos recursos hídricos.

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

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

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

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

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

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

Ora, como bem manifestou o Ministro Carlos Britto, ao apreciar a Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade N°3.540, “não se erige em área de proteção especial um espaço geográfico simplesmente a partir de sua vegetação, há outros elementos. Sabemos que fauna, flora, floresta, sítios arqueológicos concorrem para isso”[20]. Verifica-se, assim, que o espaço territorial especialmente protegido do direito constitucional ao meio ambiente hígido e equilibrado, em especial no que atina à estrutura e funções dos diversos e complexos ecossistemas. Nessa esteira de exposição, as denominadas “unidades de conservação”, neste aspecto de afirmação constitucional, enquanto instrumentos de preservação do meio ambiente natural, configuram áreas de maciço interesse ecológico que, em razão dos aspectos característicos naturais relevantes, recebem tratamento legal próprio, de maneira a reduzir a possibilidade de intervenções danosas ao meio ambiente.

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

4 Da Concessão Florestal: Traços Caracterizadores à Lei nº 11.284/2006

Inicialmente, a concessão florestal será autorizada em ato do poder concedente e formalizada mediante contrato, que deverá observar os termos desta Lei, das normas pertinentes e do edital de licitação. Os relatórios ambientais preliminares, licenças ambientais, relatórios de impacto ambiental, contratos, relatórios de fiscalização e de auditorias e outros documentos relevantes do processo de concessão florestal serão disponibilizados por meio da Rede Mundial de Computadores, sem prejuízo do disposto no artigo 25 da Lei nº 11.284, de 02 de março de 2006^[21]. A publicação do edital de licitação de cada lote de concessão florestal deverá ser precedida de audiência pública, por região, realizada pelo órgão gestor, nos termos do regulamento, sem prejuízo de outras formas de consulta pública. São elegíveis para fins de concessão as unidades de manejo previstas no Plano Anual de Outorga Florestal (PAOF), proposto pelo órgão gestor e definido pelo poder concedente, conterà a descrição de todas as florestas públicas a serem submetidas a processos de concessão no ano em que vigorar.

Nos termos do artigo 10 da lei supramencionada, o PAOF será submetido pelo órgão gestor à manifestação do órgão consultivo da respectiva esfera de governo. A inclusão de áreas de florestas públicas sob o domínio da União no PAOF requer manifestação prévia da Secretaria de Patrimônio da União do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. O PAOF deverá ser previamente apreciado pelo Conselho de Defesa Nacional quando estiverem incluídas áreas situadas na faixa de fronteira definida no § 2º do art. 20 da Constituição Federal. O PAOF para concessão florestal considerará: (i) as políticas e o planejamento para o setor florestal, a reforma agrária, a regularização fundiária, a agricultura, o meio ambiente, os recursos hídricos, o ordenamento territorial e o desenvolvimento regional; (ii) o Zoneamento Ecológico-Econômico - ZEE nacional e estadual e demais instrumentos que disciplinam o uso, a ocupação e a exploração dos

recursos ambientais; (iii) a exclusão das unidades de conservação de proteção integral, das reservas de desenvolvimento sustentável, das reservas extrativistas, das reservas de fauna e das áreas de relevante interesse ecológico, salvo quanto a atividades expressamente admitidas no plano de manejo da unidade de conservação; (iv) a exclusão das terras indígenas, das áreas ocupadas por comunidades locais e das áreas de interesse para a criação de unidades de conservação de proteção integral; (v) as áreas de convergência com as concessões de outros setores, conforme regulamento; (vi) as normas e as diretrizes governamentais relativas à faixa de fronteira e outras áreas consideradas indispensáveis para a defesa do território nacional; (vii) as políticas públicas dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

Em observância ao §1º do artigo 11 da lei em comento, o PAOF da União considerará os PAOFs dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. O PAOF deverá prever zonas de uso restrito destinadas às comunidades locais. O PAOF deve conter disposições relativas ao planejamento do monitoramento e fiscalização ambiental a cargo dos órgãos do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, incluindo a estimativa dos recursos humanos e financeiros necessários para essas atividades. O poder concedente publicará, previamente ao edital de licitação, ato justificando a conveniência da concessão florestal, caracterizando seu objeto e a unidade de manejo. As licitações para concessão florestal observarão os termos desta Lei e, supletivamente, da legislação própria, respeitados os princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório. As licitações para concessão florestal serão realizadas na modalidade concorrência e outorgadas a título oneroso. Nas licitações para concessão florestal, é vedada a declaração de inexigibilidade prevista no art. 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. A concessão florestal terá como objeto a exploração de produtos e serviços florestais, contratualmente especificados, em unidade de manejo de floresta pública, com perímetro georreferenciado,

registrada no respectivo cadastro de florestas públicas e incluída no lote de concessão florestal.

O objeto de cada concessão será fixado no edital, que definirá os produtos florestais e serviços cuja exploração será autorizada. A concessão florestal confere ao concessionário somente os direitos expressamente previstos no contrato de concessão. É vedada a outorga de qualquer dos seguintes direitos no âmbito da concessão florestal: (i) titularidade imobiliária ou preferência em sua aquisição; (ii) acesso ao patrimônio genético para fins de pesquisa e desenvolvimento, bioprospecção ou constituição de coleções; (iii) uso dos recursos hídricos acima do especificado como insignificante, nos termos da Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997; (iv) exploração dos recursos minerais; (v) exploração de recursos pesqueiros ou da fauna silvestre; (vi) comercialização de créditos decorrentes da emissão evitada de carbono em florestas naturais. No caso de reflorestamento de áreas degradadas ou convertidas para uso alternativo do solo, o direito de comercializar créditos de carbono poderá ser incluído no objeto da concessão, nos termos de regulamento. O manejo da fauna silvestre pelas comunidades locais observará a legislação específica. Nos termos do artigo 17 da Lei nº 11.284, de 02 de março de 2006[22]. Os produtos de uso tradicional e de subsistência para as comunidades locais serão excluídos do objeto da concessão e explicitados no edital, juntamente com a definição das restrições e da responsabilidade pelo manejo das espécies das quais derivam esses produtos, bem como por eventuais prejuízos ao meio ambiente e ao poder concedente.

A licença prévia para uso sustentável da unidade de manejo será requerida pelo órgão gestor, mediante a apresentação de relatório ambiental preliminar ao órgão ambiental competente integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA. Nos casos potencialmente causadores de significativa degradação do meio ambiente, assim considerados, entre outros aspectos, em função da escala e da intensidade do manejo florestal e da peculiaridade dos recursos ambientais, será exigido estudo prévio de impacto ambiental - EIA para a concessão da licença prévia. O

órgão ambiental licenciador poderá optar pela realização de relatório ambiental preliminar e EIA que abranjam diferentes unidades de manejo integrantes de um mesmo lote de concessão florestal, desde que as unidades se situem no mesmo ecossistema e no mesmo Estado. Os custos do relatório ambiental preliminar e do EIA serão ressarcidos pelo concessionário ganhador da licitação, na forma do art. 24 da lei em exame. A licença prévia autoriza a elaboração do PMFS e, no caso de unidade de manejo inserida no PAOF, a licitação para a concessão florestal. O início das atividades florestais na unidade de manejo somente poderá ser efetivado com a aprovação do respectivo PMFS pelo órgão competente do Sisnama e a consequente obtenção da licença de operação pelo concessionário.

O processo de licenciamento ambiental para uso sustentável da unidade de manejo compreende a licença prévia e a licença de operação, não se lhe aplicando a exigência de licença de instalação. Os conteúdos mínimos do relatório ambiental preliminar e do EIA relativos ao manejo florestal serão definidos em ato normativo específico. A aprovação do plano de manejo da unidade de conservação referida no inciso I do art. 4º da lei em destaque, nos termos da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, substitui a licença prévia prevista no *caput* do artigo 18, sem prejuízo da elaboração de EIA nos casos previstos no § 1º do artigo ora mencionado e da observância de outros requisitos do licenciamento ambiental. Além de outros requisitos previstos na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, exige-se para habilitação nas licitações de concessão florestal a comprovação de ausência de: (i) débitos inscritos na dívida ativa relativos a infração ambiental nos órgãos competentes integrantes do Sisnama; (ii) decisões condenatórias, com trânsito em julgado, em ações penais relativas a crime contra o meio ambiente ou a ordem tributária ou a crime previdenciário, observada a reabilitação de que trata o art. 93 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. Somente poderão ser habilitadas nas licitações para concessão florestal empresas ou outras pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede e administração no País. Os órgãos

do Sisnama organizarão sistema de informações unificado, tendo em vista assegurar a emissão do comprovante requerido no inciso I do *caput* do artigo 19 da Lei nº 11.284, de 02 de março de 2006[23].

4.1 Do Edital de Licitação e dos Critérios de Seleção

O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados os critérios e as normas gerais da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e conterà, especialmente: (i) o objeto, com a descrição dos produtos e dos serviços a serem explorados; (ii) a delimitação da unidade de manejo, com localização e topografia, além de mapas e imagens de satélite e das informações públicas disponíveis sobre a unidade; (iii) os resultados do inventário amostral; (iv) o prazo da concessão e as condições de prorrogação; (v) a descrição da infraestrutura disponível; (vi) as condições e datas para a realização de visitas de reconhecimento das unidades de manejo e levantamento de dados adicionais; (vii) a descrição das condições necessárias à exploração sustentável dos produtos e serviços florestais; (viii) os prazos para recebimento das propostas, julgamento da licitação e assinatura do contrato; (ix) o período, com data de abertura e encerramento, o local e o horário em que serão fornecidos aos interessados os dados, estudos e projetos necessários à elaboração dos orçamentos e apresentação das propostas; (x) os critérios e a relação dos documentos exigidos para a aferição da capacidade técnica, da idoneidade financeira e da regularidade jurídica e fiscal; (xi) os critérios, os indicadores, as fórmulas e parâmetros a serem utilizados no julgamento da proposta; (xii) o preço mínimo da concessão e os critérios de reajuste e revisão; (xiii) a descrição das garantias financeiras e dos seguros exigidos; (xiv) as características dos bens reversíveis, incluindo as condições em que se encontram aqueles já existentes; (xv) as condições de liderança da empresa ou pessoa jurídica responsável, na hipótese em que for permitida a participação de consórcio; (xvi) a minuta do respectivo contrato, que conterà as cláusulas essenciais referidas no artigo 30 da Lei nº 11.284, de 02 de março de 2006[24]; (xvii) as condições de extinção do contrato de concessão.

As garantias previstas no inciso XIII do artigo 20 da lei em comento: (i) incluirão a cobertura de eventuais danos causados ao meio ambiente, ao erário e a terceiros; (ii) poderão incluir, nos termos de regulamento, a cobertura do desempenho do concessionário em termos de produção florestal. O poder concedente exigirá garantias suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos nos contratos de concessão florestal. São modalidades de garantia: (i) caução em dinheiro; (ii) títulos da dívida pública emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil, e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda; (iii) seguro-garantia; (iv) fiança bancária; (v) outras admitidas em lei. Para concessão florestal a pessoa jurídica de pequeno porte, microempresas e associações de comunidades locais, serão previstas em regulamento formas alternativas de fixação de garantias e preços florestais. Quando permitida na licitação a participação de pessoa jurídica em consórcio, observar-se-ão, adicionalmente aos requisitos referidos no artigo 19 da Lei nº 11.284, de 02 de março de 2006[25], os seguintes requisitos: (i) comprovação de compromisso, público ou particular, de constituição de consórcio, subscrito pelas consorciadas; (ii) indicação da empresa-líder, que deverá atender às condições de liderança estipuladas no edital e será a representante das consorciadas perante o poder concedente; (iii) apresentação dos documentos de que trata o inciso X do *caput* do artigo 20 da lei em análise, por parte de cada consorciada; (iv) comprovação de cumprimento da exigência constante do inciso XV do *caput* do artigo 20 da lei em destaque; (v) impedimento de participação de empresas consorciadas na mesma licitação, por intermédio de mais de 1 (um) consórcio ou isoladamente.

O licitante vencedor ficará obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I do *caput* do artigo 22. A pessoa jurídica líder do consórcio é responsável pelo cumprimento do contrato de concessão perante o poder concedente, sem

prejuízo da responsabilidade solidária das demais consorciadas. As alterações na constituição dos consórcios deverão ser submetidas previamente ao poder concedente para a verificação da manutenção das condições de habilitação, sob pena de rescisão do contrato de concessão. É facultado ao poder concedente, desde que previsto no edital, determinar que o licitante vencedor, no caso de consórcio, constitua-se em empresa antes da celebração do contrato. Os estudos, levantamentos, projetos, obras, despesas ou investimentos já efetuados na unidade de manejo e vinculados ao processo de licitação para concessão, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados. O edital de licitação indicará os itens, entre os especificados no *caput* do artigo 24, e seus respectivos valores, que serão ressarcidos pelo vencedor da licitação. As empresas de pequeno porte, microempresas e associações de comunidades locais ficarão dispensadas do ressarcimento previsto no § 1º do artigo 24 da Lei nº 11.284, de 02 de março de 2006^[26]. É assegurado a qualquer pessoa o acesso aos contratos, decisões ou pareceres relativos à licitação ou às próprias concessões.

No julgamento da licitação, a melhor proposta será considerada em razão da combinação dos seguintes critérios: (i) o maior preço ofertado como pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão florestal; (ii) a melhor técnica, considerando: a) o menor impacto ambiental; b) os maiores benefícios sociais diretos; c) a maior eficiência; d) a maior agregação de valor ao produto ou serviço florestal na região da concessão. A aplicação dos critérios descritos nos incisos I e II do *caput* do artigo 27 será previamente estabelecida no edital de licitação, com regras e fórmulas precisas para avaliação ambiental, econômica, social e financeira. Para fins de aplicação do disposto no inciso II do *caput* do artigo 26, o edital de licitação conterá parâmetros e exigências para formulação de propostas técnicas. O poder concedente recusará propostas manifestamente inexequíveis ou financeiramente incompatíveis com os objetivos da licitação.

4.2 Do Contrato de Concessão

Para cada unidade de manejo licitada, será assinado um contrato de concessão exclusivo com um único concessionário, que será responsável por todas as obrigações nele previstas, além de responder pelos prejuízos causados ao poder concedente, ao meio ambiente ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelos órgãos competentes exclua ou atenuie essa responsabilidade. Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere o *caput* do artigo 27, o concessionário poderá contratar terceiros para o desenvolvimento de atividades inerentes ou subsidiárias ao manejo florestal sustentável dos produtos e à exploração dos serviços florestais concedidos. As contratações, inclusive de mão-de-obra, feitas pelo concessionário serão regidas pelo direito privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros contratados pelo concessionário e o poder concedente. A execução das atividades contratadas com terceiros pressupõe o cumprimento das normas regulamentares relacionadas a essas atividades. É vedada a subconcessão na concessão florestal. Ao lado disso, a transferência do controle societário do concessionário sem prévia anuência do poder concedente implicará a rescisão do contrato e a aplicação das sanções contratuais, sem prejuízo da execução das garantias oferecidas. Para fins de obtenção da anuência referida no *caput* do artigo 28, o pretendente deverá: (i) atender às exigências da habilitação estabelecidas para o concessionário; (ii) comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor. Nos contratos de financiamento, os concessionários poderão oferecer em garantia os direitos emergentes da concessão, até o limite que não comprometa a operacionalização e a continuidade da execução, pelo concessionário, do PMFS ou das demais atividades florestais. O limite previsto no *caput* do artigo 29 será definido pelo órgão gestor.

Em consonância com a disposição contida na redação do artigo 30 da Lei nº 11.284, de 02 de março de 2006^[27], São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: (i) ao objeto, com a descrição dos produtos e dos serviços a serem explorados e da unidade de manejo; (ii) ao prazo da concessão; (iii) ao prazo máximo para o concessionário iniciar a execução do

PMFS; (iv) ao modo, à forma, às condições e aos prazos da realização das auditorias florestais; (v) ao modo, à forma e às condições de exploração de serviços e prática do manejo florestal; (vi) aos critérios, aos indicadores, às fórmulas e aos parâmetros definidores da qualidade do meio ambiente; (vii) aos critérios máximos e mínimos de aproveitamento dos recursos florestais; (viii) às ações de melhoria e recuperação ambiental na área da concessão e seu entorno assumidas pelo concessionário; (ix) às ações voltadas ao benefício da comunidade local assumidas pelo concessionário; (x) aos preços e aos critérios e procedimentos para reajuste e revisão; (xi) aos direitos e às obrigações do poder concedente e do concessionário, inclusive os relacionados a necessidades de alterações futuras e modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos, infraestrutura e instalações; (xii) às garantias oferecidas pelo concessionário; (xiii) à forma de monitoramento e avaliação das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do manejo florestal sustentável e exploração de serviços; (xiv) às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita o concessionário e sua forma de aplicação; (xv) aos casos de extinção do contrato de concessão; (xvi) aos bens reversíveis; (xvii) às condições para revisão e prorrogação; (xviii) à obrigatoriedade, à forma e à periodicidade da prestação de contas do concessionário ao poder concedente; (xix) aos critérios de bonificação para o concessionário que atingir melhores índices de desempenho socioambiental que os previstos no contrato, conforme regulamento; (xx) ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais.

No exercício da fiscalização, o órgão gestor terá acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros do concessionário, respeitando-se os limites do sigilo legal ou constitucionalmente previsto. Sem prejuízo das atribuições dos órgãos do Sisnama responsáveis pelo controle e fiscalização ambiental, o órgão gestor poderá suspender a execução de atividades desenvolvidas em desacordo com o contrato de concessão, devendo, nessa hipótese, determinar a imediata correção das irregularidades identificadas. A suspensão

de que trata o § 2º do artigo 30 não isenta o concessionário do cumprimento das demais obrigações contratuais. As obrigações previstas nos incisos V a IX do *caput* do artigo 30 são de relevante interesse ambiental, para os efeitos do art. 68 da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Incumbe ao concessionário: (i) elaborar e executar o PMFS, conforme previsto nas normas técnicas aplicáveis e especificações do contrato; (ii) evitar ações ou omissões passíveis de gerar danos ao ecossistema ou a qualquer de seus elementos; (iii) informar imediatamente a autoridade competente no caso de ações ou omissões próprias ou de terceiros ou fatos que acarretem danos ao ecossistema, a qualquer de seus elementos ou às comunidades locais; (iv) recuperar as áreas degradadas, quando identificado o nexo de causalidade entre suas ações ou omissões e os danos ocorridos, independentemente de culpa ou dolo, sem prejuízo das responsabilidades contratuais, administrativas, civis ou penais; (v) cumprir e fazer cumprir as normas de manejo florestal, as regras de exploração de serviços e as cláusulas contratuais da concessão; (vi) garantir a execução do ciclo contínuo, iniciada dentro do prazo máximo fixado no edital; (vii) buscar o uso múltiplo da floresta, nos limites contratualmente definidos e observadas as restrições aplicáveis às áreas de preservação permanente e as demais exigências da legislação ambiental; (viii) realizar as benfeitorias necessárias na unidade de manejo; (ix) executar as atividades necessárias à manutenção da unidade de manejo e da infraestrutura; (x) comercializar o produto florestal auferido do manejo; (xi) executar medidas de prevenção e controle de incêndios; (xii) monitorar a execução do PMFS; (xiii) zelar pela integridade dos bens e benfeitorias vinculados à unidade de manejo concedida; (xiv) manter atualizado o inventário e o registro dos bens vinculados à concessão; (xv) elaborar e disponibilizar o relatório anual sobre a gestão dos recursos florestais ao órgão gestor, nos termos definidos no contrato; (xvi) permitir amplo e irrestrito acesso aos encarregados da fiscalização e auditoria, a qualquer momento, às obras, aos equipamentos e às instalações da unidade de manejo, bem como à documentação necessária para o exercício da

fiscalização; (xvii) realizar os investimentos ambientais e sociais definidos no contrato de concessão.

As benfeitorias permanentes reverterão sem ônus ao titular da área ao final do contrato de concessão, ressalvados os casos previstos no edital de licitação e no contrato de concessão. Como requisito indispensável para o início das operações de exploração de produtos e serviços florestais, o concessionário deverá contar com o PMFS aprovado pelo órgão competente do Sisnama. Findo o contrato de concessão, o concessionário fica obrigado a devolver a unidade de manejo ao poder concedente nas condições previstas no contrato de concessão, sob pena de aplicação das devidas sanções contratuais e administrativas, bem como da responsabilização nas esferas penal e civil, inclusive a decorrente da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. O PMFS deverá apresentar área geograficamente delimitada destinada à reserva absoluta, representativa dos ecossistemas florestais manejados, equivalente a, no mínimo, 5% (cinco por cento) do total da área concedida, para conservação da biodiversidade e avaliação e monitoramento dos impactos do manejo florestal. Para efeito do cálculo do percentual previsto no *caput* do artigo 32, não serão computadas as áreas de preservação permanente. A área de reserva absoluta não poderá ser objeto de qualquer tipo de exploração econômica. A área de reserva absoluta poderá ser definida pelo órgão gestor previamente à elaboração do PMFS.

Para fins de garantir o direito de acesso às concessões florestais por pessoas jurídicas de pequeno porte, micro e médias empresas, serão definidos no PAOF, nos termos de regulamento, lotes de concessão, contendo várias unidades de manejo de tamanhos diversos, estabelecidos com base em critérios técnicos, que deverão considerar as condições e as necessidades do setor florestal, as peculiaridades regionais, a estrutura das cadeias produtivas, as infraestruturas locais e o acesso aos mercados. Sem prejuízo da legislação pertinente à proteção da concorrência e de outros requisitos estabelecidos em regulamento, deverão ser observadas as seguintes salvaguardas para evitar a concentração econômica: (i) em cada lote de concessão florestal, não poderão ser

outorgados a cada concessionário, individualmente ou em consórcio, mais de 2 (dois) contratos; (ii) cada concessionário, individualmente ou em consórcio, terá um limite percentual máximo de área de concessão florestal, definido no PAOF. O limite previsto no inciso II do *caput* do artigo 34 da Lei nº 11.284, de 02 de março de 2006[28] será aplicado sobre o total da área destinada à concessão florestal pelo PAOF e pelos planos anuais de outorga em execução aprovados nos anos anteriores. O prazo dos contratos de concessão florestal será estabelecido de acordo com o ciclo de colheita ou exploração, considerando o produto ou grupo de produtos com ciclo mais longo incluído no objeto da concessão, podendo ser fixado prazo equivalente a, no mínimo, um ciclo e, no máximo, 40 (quarenta) anos. O prazo dos contratos de concessão exclusivos para exploração de serviços florestais será de, no mínimo, 5 (cinco) e, no máximo, 20 (vinte) anos.

4.3 Dos Preços Florestais

O regime econômico e financeiro da concessão florestal, conforme estabelecido no respectivo contrato, compreende: (i) o pagamento de preço calculado sobre os custos de realização do edital de licitação da concessão florestal da unidade de manejo; (ii) o pagamento de preço, não inferior ao mínimo definido no edital de licitação, calculado em função da quantidade de produto ou serviço auferido do objeto da concessão ou do faturamento líquido ou bruto; (iii) a responsabilidade do concessionário de realizar outros investimentos previstos no edital e no contrato; (iv) a indisponibilidade, pelo concessionário, salvo disposição contratual, dos bens considerados reversíveis. O preço referido no inciso I do *caput* do artigo 36 será definido no edital de licitação e poderá ser parcelado em até 1 (um) ano, com base em critérios técnicos e levando-se em consideração as peculiaridades locais. A definição do preço mínimo no edital deverá considerar: (i) o estímulo à competição e à concorrência; (ii) a garantia de condições de competição do manejo em terras privadas; (iii) a cobertura dos custos do sistema de outorga; (iv) a geração de benefícios para a sociedade, aferidos inclusive pela renda gerada; (v) o estímulo ao uso múltiplo da floresta; (vi) a manutenção e a ampliação da

competitividade da atividade de base florestal; (vii) as referências internacionais aplicáveis. Será fixado, nos termos de regulamento, valor mínimo a ser exigido anualmente do concessionário, independentemente da produção ou dos valores por ele auferidos com a exploração do objeto da concessão. O valor mínimo previsto no § 3º do artigo 36 integrará os pagamentos anuais devidos pelo concessionário para efeito do pagamento do preço referido no inciso II do *caput* do dispositivo ora mencionado. A soma dos valores pagos com base no § 3º do artigo 36 não poderá ser superior a 30% (trinta por cento) do preço referido no inciso II do *caput* do dispositivo ora mencionado.

O preço referido no inciso II do *caput* do artigo 36 da Lei nº 11.284, de 02 de março de 2006^[29] compreende: (i) o valor estabelecido no contrato de concessão; (ii) os valores resultantes da aplicação dos critérios de revisão ou de reajuste, nas condições do respectivo contrato, definidos em ato específico do órgão gestor. A divulgação do ato a que se refere o inciso II do *caput* do artigo 37 deverá preceder a data de pagamento do preço em, no mínimo, 30 (trinta) dias. O contrato de concessão referido no artigo 27 da legislação em comento poderá prever o compromisso de investimento mínimo anual. Os recursos financeiros oriundos dos preços da concessão florestal de unidades localizadas em áreas de domínio da União serão distribuídos da seguinte forma: (i) o valor referido no § 3º do artigo 36 será destinado: a) 70% (setenta por cento) ao órgão gestor para a execução de suas atividades; b) 30% (trinta por cento) ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, para utilização restrita em atividades de controle e fiscalização ambiental de atividades florestais, de unidades de conservação e do desmatamento; (ii) o preço pago, excluído o valor mencionado no inciso I do *caput* do artigo 39, terá a seguinte destinação: a) Estados: 30% (trinta por cento), destinados proporcionalmente à distribuição da floresta pública outorgada em suas respectivas jurisdições, para o apoio e promoção da utilização sustentável dos recursos florestais, sempre que o ente beneficiário cumprir com a finalidade deste aporte; b) Municípios: 30% (trinta por cento), destinados proporcionalmente à

distribuição da floresta pública outorgada em suas respectivas jurisdições, para o apoio e promoção da utilização sustentável dos recursos florestais, sempre que o ente beneficiário cumprir com a finalidade deste aporte; c) Fundo Nacional de Desenvolvimento Florestal - FNDF: 40% (quarenta por cento).

Quando os recursos financeiros forem oriundos dos preços da concessão florestal de unidades localizadas em florestas nacionais criadas pela União nos termos do art. 17 da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, serão distribuídos da seguinte forma: (i) o valor referido no § 3º do artigo 36 será destinado ao órgão gestor para a execução de suas atividades; (ii) o preço pago, excluído o valor mencionado no inciso I do *caput* do artigo 39, terá a seguinte destinação: a) Instituto Chico Mendes: 40% (quarenta por cento), para utilização restrita na gestão das unidades de conservação de uso sustentável; b) Estados: 20% (vinte por cento), destinados proporcionalmente à distribuição da floresta pública outorgada em suas respectivas jurisdições, para o apoio e promoção da utilização sustentável dos recursos florestais, sempre que o ente beneficiário cumprir com a finalidade deste aporte; c) Municípios: 20% (vinte por cento), destinados proporcionalmente à distribuição da floresta pública outorgada em suas respectivas jurisdições, para o apoio e promoção da utilização sustentável dos recursos florestais, sempre que o ente beneficiário cumprir com a finalidade deste aporte; d) FNDF: 20% (vinte por cento).

O repasse dos recursos a Estados e Municípios previsto no artigo 39 será condicionado à instituição de conselho de meio ambiente pelo respectivo ente federativo, com participação social, e à aprovação, por este conselho: (i) do cumprimento das metas relativas à aplicação desses recursos referentes ao ano anterior; (ii) da programação da aplicação dos recursos do ano em curso. Os recursos financeiros oriundos dos preços de cada concessão florestal da União serão depositados e movimentados exclusivamente por intermédio dos mecanismos da conta única do Tesouro Nacional, na forma do regulamento. O Tesouro Nacional, trimestralmente, repassará aos Estados e Municípios os recursos recebidos de acordo com o previsto nas alíneas *a* e *b* do inciso II

do *caput* e nas alíneas *b* e *c* do inciso II do § 1º, ambos do artigo 39 da Lei nº 11.284, de 02 de março de 2006[30]. O Órgão Central de Contabilidade da União editará as normas gerais relativas à consolidação das contas públicas aplicáveis aos recursos financeiros oriundos da concessão florestal e à sua distribuição.

5 Das Florestas Públicas à luz do instituto da Concessão Florestal: Primeiros Comentários

Em alinhamento às ponderações apresentadas até o momento, cuida ponderar que a locução *florestas públicas*, no cenário legislativo nacional, compreende os bosques e as matas, naturais ou plantadas, existentes nos diversos biomas brasileiros, em bens sob o domínio da União, dos Estados, dos Municípios, do Distrito Federal ou das entidades da administração indireta, consoante expressa dicção do inciso I do artigo 3º da Lei nº 11.284, de 02 de março de 2006[31]. Nesta trilha de exposição, cuida salientar que a locução em comento possui sentido mais amplo do que as florestas nacionais, estaduais, municipais ou distritais, porquanto estas constituem o sistema nacional de unidade de conservação de uso sustentável, decorrendo daí seu regime jurídico especial, inserto, de maneira expressa, no artigo 17 do diploma legal ora mencionado, ao passo que nem toda floresta pública estará acoberta por aquele sistema e, por extensão, pelo regime especial.

Além disso, em consonância com a dicção do artigo 4º do mesmo diploma em apreço, cuida pontuar que a gestão das florestas públicas para a produção sustentável compreende: I - a criação de florestas nacionais, estaduais e municipais, nos termos do art. 17 da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, e sua gestão direta; II - a destinação de florestas públicas às comunidades locais, nos termos do art. 6º da legislação em apreço; III - a concessão florestal, incluindo florestas naturais ou plantadas e as unidades de manejo das áreas protegidas referidas no inciso I do *caput* do aludido artigo 4º. No mais, há que se considerar restrições e exclusões a serem destacadas. Desta feita, inicialmente, as florestas nacionais, estaduais, municipais e distritais, criadas em consonância com o artigo 17 da legislação ora mencionada, são geridas diretamente por seus titulares, facultado firmar convênios,

termos de parceria ou instrumentos similares com terceiros, a fim de assegurar a execução de atividades subsidiárias. Ademais, é importante sublinhar que não está excluída a possibilidade de utilizar a concessão florestal em tais florestas, observado o preconizado no artigo 17 e o plano de manejo da unidade de conservação.

Em altos alaridos, prima evidenciar que o artigo 11 da Lei nº 11.284, de 02 de março de 2006^[32], diciona que estão excluídas do processo de concessão florestal: a) a exclusão das unidades de conservação de proteção integral, das reservas de desenvolvimento sustentável, das reservas extrativistas, das reservas de fauna e das áreas de relevante interesse ecológico, salvo quanto a atividades expressamente admitidas no plano de manejo da unidade de conservação; b) a exclusão das terras indígenas, das áreas ocupadas por comunidades locais e das áreas de interesse para a criação de unidades de conservação de proteção integral. Convém, ainda, apontar que o Serviço Florestal Brasileiro (BSF) foi criado como órgão gestor, no âmbito federal, para exercer exclusivamente a gestão das florestas públicas, observando as atribuições afixadas no artigo 55 da legislação supramencionada.

Referência:

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 25 ago. 2016.

_____. **Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 25 ago. 2016.

_____. **Lei nº 9.985, de 18 de Julho de 2000.** Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 25 ago. 2016.

_____. **Lei nº 11.284, de 02 de março de 2006.** Dispõe sobre a gestão de florestas públicas para a produção sustentável; institui, na estrutura do Ministério do Meio Ambiente, o Serviço Florestal Brasileiro - SFB; cria o Fundo Nacional de Desenvolvimento Florestal - FNDF; altera as Leis nºs 10.683, de 28 de maio de 2003, 5.868, de 12 de dezembro de 1972, 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, 4.771, de 15 de setembro de 1965, 6.938, de 31 de agosto de 1981, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973; e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 25 ago. 2016.

_____. **Ministério do Meio Ambiente.** Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/biomas/caatinga>>. Acesso em 25 ago. 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 25 ago. 2016.

_____. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região.** Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em 25 ago. 2016.

BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 25 ago. 2016.

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

MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em 25 ago. 2016.

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

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 25 ago. 2016.

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

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

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

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 25 ago. 2016.

NOTAS:

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 25 ago. 2016.

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

direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ag. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 25 ago. 2016.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 25 ago. 2016.

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

[6] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 25 ago. 2016.

[7] 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: <www.stf.jus.br>. Acesso em 25 ago. 2016.

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

[9] BRASIL. **Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 25 ago. 2016.

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

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

[12] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 4.029/AM. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Federal Nº 11.516/07. Criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. Legitimidade da Associação Nacional dos Servidores do IBAMA. Entidade de Classe de Âmbito Nacional. Violação do art. 62, caput e § 9º, da Constituição. Não emissão de parecer pela Comissão Mista Parlamentar. Inconstitucionalidade dos artigos 5º, caput, e 6º, caput e parágrafos 1º e 2º, da Resolução Nº 1 de 2002 do Congresso Nacional. Modulação dos Efeitos Temporais da Nulidade (Art. 27 da Lei 9.868/99). Ação Direta Parcialmente Procedente. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 08 mar. 2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 25 ago. 2016.

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

[14] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 25 ago. 2016: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

[15] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense Nº 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei Nº 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 25 ago. 2016.

[16] BRASIL. **Lei Nº. 9.985, de 18 de Julho de 2000.** Regulamenta o art.225, §1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 25 ago. 2016

[17] FIORILLO, 2012, p. 78.

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

[19] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 25 ago. 2016.

[20] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Acórdão proferido na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 3.540. Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Necessidade de impedir que a transgressão a esse direito faça irromper, no seio da coletividade, conflitos intergeracionais - Espaços territoriais especialmente protegidos (CF, art. 225, § 1º, III) - Alteração e supressão do regime jurídico a eles pertinente - Medidas sujeitas ao princípio constitucional da reserva de lei - Supressão de vegetação em área de preservação permanente - Possibilidade de a administração pública, cumpridas as exigências legais, autorizar, licenciar ou permitir obras e/ou atividades nos espaços territoriais protegidos, desde que respeitadas, quanto a estes, a integridade dos atributos justificadores do regime de proteção especial - Relações entre economia (CF, art. 3º, II, c/c o art. 170, VI) e ecologia (CF, art. 225) - Colisão de direitos fundamentais - Critérios de superação desse estado de tensão entre valores constitucionais relevantes - Os direitos básicos da pessoa humana e as sucessivas gerações (fases ou dimensões) de direitos (RTJ 164/158, 160-161) - A questão da precedência do direito à preservação do meio ambiente: uma limitação constitucional explícita à atividade econômica (CF, art. 170, VI) - Decisão não referendada - Consequente indeferimento do pedido de medida cautelar. a preservação da integridade do meio ambiente : expressão constitucional de um direito fundamental que assiste à generalidade das pessoas. - Todos têm direito a meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter

ertransindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. Doutrina.

A atividade econômica não pode ser exercida em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente. - A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a "defesa do meio ambiente" (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina.

Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental considerado este em seu aspecto físico ou natural. A questão do desenvolvimento nacional (CF, art. 3º, II) e a necessidade de preservação da integridade do meio ambiente (CF, art. 225):

O princípio do desenvolvimento sustentável como fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia. - O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte e legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem

esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações. O art. 4º do Código Florestal e a Medida Provisória Nº 2.166-67/2001:

Um avanço expressivo na tutela das áreas de preservação permanente. - A Medida Provisória nº 2.166-67, de 24/08/2001, na parte em que introduziu significativas alterações no art. 4º do Código Florestal, longe de comprometer os valores constitucionais consagrados no art. 225 da Lei Fundamental, estabeleceu, ao contrário, mecanismos que permitem um real controle, pelo Estado, das atividades desenvolvidas no âmbito das áreas de preservação permanente, em ordem a impedir ações predatórias e lesivas ao patrimônio ambiental, cuja situação de maior vulnerabilidade reclama proteção mais intensa, agora propiciada, de modo adequado e compatível com o texto constitucional, pelo diploma normativo em questão. - Somente a alteração e a supressão do regime jurídico pertinente aos espaços territoriais especialmente protegidos qualificam-se, por efeito da cláusula inscrita no art. 225, § 1º, III, da Constituição, como matérias sujeitas ao princípio da reserva legal. - É lícito ao Poder Público - qualquer que seja a dimensão institucional em que se posicione na estrutura federativa (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) - autorizar, licenciar ou permitir a execução de obras e/ou a realização de serviços no âmbito dos espaços territoriais especialmente protegidos, desde que, além de observadas as restrições, limitações e exigências abstratamente estabelecidas em lei, não resulte comprometida a integridade dos atributos que justificaram, quanto a tais territórios, a instituição de regime jurídico de proteção especial (CF, art. 225, § 1º, III). Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 01 set. 2005. Publicado no DJe em 03 fev. 2006, p.14. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 25 ago. 2016.

[21] BRASIL. Lei nº 11.284, de 02 de março de 2006. Dispõe sobre a gestão de florestas públicas para a produção sustentável; institui, na estrutura do Ministério do Meio Ambiente, o Serviço Florestal

Brasileiro - SFB; cria o Fundo Nacional de Desenvolvimento Florestal - FNDF; altera as Leis nºs 10.683, de 28 de maio de 2003, 5.868, de 12 de dezembro de 1972, 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, 4.771, de 15 de setembro de 1965, 6.938, de 31 de agosto de 1981, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973; e dá outras providências. Disponível em: <www.plamalto.gov.br>. Acesso em 25 ago. 2016.

[\[22\]](#) BRASIL. **Lei nº 11.284, de 02 de março de 2006.** Dispõe sobre a gestão de florestas públicas para a produção sustentável; institui, na estrutura do Ministério do Meio Ambiente, o Serviço Florestal Brasileiro - SFB; cria o Fundo Nacional de Desenvolvimento Florestal - FNDF; altera as Leis nºs 10.683, de 28 de maio de 2003, 5.868, de 12 de dezembro de 1972, 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, 4.771, de 15 de setembro de 1965, 6.938, de 31 de agosto de 1981, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973; e dá outras providências. Disponível em: <www.plamalto.gov.br>. Acesso em 25 ago. 2016.

[\[23\]](#) BRASIL. **Lei nº 11.284, de 02 de março de 2006.** Dispõe sobre a gestão de florestas públicas para a produção sustentável; institui, na estrutura do Ministério do Meio Ambiente, o Serviço Florestal Brasileiro - SFB; cria o Fundo Nacional de Desenvolvimento Florestal - FNDF; altera as Leis nºs 10.683, de 28 de maio de 2003, 5.868, de 12 de dezembro de 1972, 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, 4.771, de 15 de setembro de 1965, 6.938, de 31 de agosto de 1981, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973; e dá outras providências. Disponível em: <www.plamalto.gov.br>. Acesso em 25 ago. 2016.

[\[24\]](#) BRASIL. **Lei nº 11.284, de 02 de março de 2006.** Dispõe sobre a gestão de florestas públicas para a produção sustentável; institui, na estrutura do Ministério do Meio Ambiente, o Serviço Florestal Brasileiro - SFB; cria o Fundo Nacional de Desenvolvimento Florestal - FNDF; altera as Leis nºs 10.683, de 28 de maio de 2003, 5.868, de 12 de dezembro de 1972, 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, 4.771, de 15 de setembro de 1965, 6.938, de 31 de agosto de 1981, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973; e dá outras providências. Disponível em: <www.plamalto.gov.br>. Acesso em 25 ago. 2016.

[25] BRASIL. **Lei nº 11.284, de 02 de março de 2006**. Dispõe sobre a gestão de florestas públicas para a produção sustentável; institui, na estrutura do Ministério do Meio Ambiente, o Serviço Florestal Brasileiro - SFB; cria o Fundo Nacional de Desenvolvimento Florestal - FNDF; altera as Leis nºs 10.683, de 28 de maio de 2003, 5.868, de 12 de dezembro de 1972, 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, 4.771, de 15 de setembro de 1965, 6.938, de 31 de agosto de 1981, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973; e dá outras providências. Disponível em: <www.plamalto.gov.br>. Acesso em 25 ago. 2016.

[26] BRASIL. **Lei nº 11.284, de 02 de março de 2006**. Dispõe sobre a gestão de florestas públicas para a produção sustentável; institui, na estrutura do Ministério do Meio Ambiente, o Serviço Florestal Brasileiro - SFB; cria o Fundo Nacional de Desenvolvimento Florestal - FNDF; altera as Leis nºs 10.683, de 28 de maio de 2003, 5.868, de 12 de dezembro de 1972, 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, 4.771, de 15 de setembro de 1965, 6.938, de 31 de agosto de 1981, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973; e dá outras providências. Disponível em: <www.plamalto.gov.br>. Acesso em 25 ago. 2016.

[27] BRASIL. **Lei nº 11.284, de 02 de março de 2006**. Dispõe sobre a gestão de florestas públicas para a produção sustentável; institui, na estrutura do Ministério do Meio Ambiente, o Serviço Florestal Brasileiro - SFB; cria o Fundo Nacional de Desenvolvimento Florestal - FNDF; altera as Leis nºs 10.683, de 28 de maio de 2003, 5.868, de 12 de dezembro de 1972, 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, 4.771, de 15 de setembro de 1965, 6.938, de 31 de agosto de 1981, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973; e dá outras providências. Disponível em: <www.plamalto.gov.br>. Acesso em 25 ago. 2016.

[28] BRASIL. **Lei nº 11.284, de 02 de março de 2006**. Dispõe sobre a gestão de florestas públicas para a produção sustentável; institui, na estrutura do Ministério do Meio Ambiente, o Serviço Florestal Brasileiro - SFB; cria o Fundo Nacional de Desenvolvimento Florestal - FNDF; altera as Leis nºs 10.683, de 28 de maio de 2003, 5.868, de 12 de dezembro de 1972, 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, 4.771, de 15 de setembro de 1965, 6.938, de 31 de agosto de 1981, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973; e dá outras

providências. Disponível em: <www.plamalto.gov.br>. Acesso em 25 ago. 2016.

[29] BRASIL. **Lei nº 11.284, de 02 de março de 2006**. Dispõe sobre a gestão de florestas públicas para a produção sustentável; institui, na estrutura do Ministério do Meio Ambiente, o Serviço Florestal Brasileiro - SFB; cria o Fundo Nacional de Desenvolvimento Florestal - FNDF; altera as Leis nºs 10.683, de 28 de maio de 2003, 5.868, de 12 de dezembro de 1972, 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, 4.771, de 15 de setembro de 1965, 6.938, de 31 de agosto de 1981, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973; e dá outras providências. Disponível em: <www.plamalto.gov.br>. Acesso em 25 ago. 2016.

[30] BRASIL. **Lei nº 11.284, de 02 de março de 2006**. Dispõe sobre a gestão de florestas públicas para a produção sustentável; institui, na estrutura do Ministério do Meio Ambiente, o Serviço Florestal Brasileiro - SFB; cria o Fundo Nacional de Desenvolvimento Florestal - FNDF; altera as Leis nºs 10.683, de 28 de maio de 2003, 5.868, de 12 de dezembro de 1972, 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, 4.771, de 15 de setembro de 1965, 6.938, de 31 de agosto de 1981, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973; e dá outras providências. Disponível em: <www.plamalto.gov.br>. Acesso em 25 ago. 2016.

[31] Ibid.

[32] BRASIL. **Lei nº 11.284, de 02 de março de 2006**. Dispõe sobre a gestão de florestas públicas para a produção sustentável; institui, na estrutura do Ministério do Meio Ambiente, o Serviço Florestal Brasileiro - SFB; cria o Fundo Nacional de Desenvolvimento Florestal - FNDF; altera as Leis nºs 10.683, de 28 de maio de 2003, 5.868, de 12 de dezembro de 1972, 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, 4.771, de 15 de setembro de 1965, 6.938, de 31 de agosto de 1981, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973; e dá outras providências. Disponível em: <www.plamalto.gov.br>. Acesso em 25 ago. 2016.

A PERÍCIA NO PROCESSO PENAL E A IMPORTÂNCIA DA MEDICINA MÉDICO LEGAL APLICADO NO CAMPO DO DIREITO

ELDER CORRÊA SENA: Advogado, Assessor Parlamentar na Assembleia Legislativa no Espírito Santo, Graduado em direito pela Doctum, Pós-graduado em Processo Penal, Civil e do Trabalho pela Doctum, Pós-graduado em Gestão da Segurança Pública pela Unives, e Pós-graduando em Gestão Prisional Pela Unives e Diretor Jurídico da Tática Five Treinamentos Operacionais.

Resumo: No desempenho da atuação no ramo do Direito Processual Penal, iremos nos deparar com muitas perguntas que, se pesquisarmos somente no Digesto Processual Penal, não iremos de forma alguma encontrar as respostas. São elas, às respostas, que muitos necessitam para a aplicação e defesa dos direitos de seus representados. Não só o Direito Processual Penal, mas também outros ramos do Direito necessitam de outras disciplinas para a elucidação de alguns “mistérios” que rondam essa disciplina. A Medicina Médico Legal é o ramo das ciências médicas que estudam diversos fenômenos voltado para o Direito, assim, importante se faz a sua aplicação em diversos casos judiciais. A Medicina Médico Legal, nos dias de hoje, é de suma importância para todas as ciências jurídicas, em especial ao Direito Penal, Material e Processual. Neste breve artigo, podemos adentrar no cerne do Código de Processo Penal e extrair a importância da Perícia, do Perito e da Medicina Médico Legal, com uma visão macro e linguagem simples, para que o leitor possa interagir com o assunto aqui esposado.

Palavras chave: Medicina Legal, Direito Penal, Penal, Processo Penal, Perito e Perícia.

1. INTRODUÇÃO

Com o desenvolvimento tecnológico, que a cada dia vem conquistando seu espaço a nível mundial, a busca pela verdade real há muito conservada no Direito Penal e Processual Penal, caminha-se para uma melhor exatidão nas conclusões a respeito de determinada autoria e materialidade quanto às Infrações Penais.

Sabe-se que o Processo Penal Brasileiro em seus Artigos 158 *usque* 184 prescrevem sobre a Perícia, Peritos e Exames, assim, as infrações que deixam vestígios necessitam do Exame de Corpo de Delito, não podendo este, ser suprido pela confissão do acusado^[1].

Ergo, com a necessidade do Exame de Corpo de Delito, muitas pesquisas foram desenvolvidas em diversas áreas do conhecimento científico, a contar as pesquisas realizadas nas áreas de ciências Médicas.

Não obstante ao desenvolvimento peculiar da Medicina, com o avanço tecnológico, podemos nos dias de hoje, contar com mais uma ferramenta para às elucidações quanto à autoria e materialidade das Infrações Penais, qual seja, a Medicina Médico Legal.

A Medicina Médico Legal, por sua vez, estuda os fenômenos existentes em diversas áreas científicas, *verbi gratia*, da Sexologia Forense, Toxicologia Forense, Psicologia Forense, Antropologia Forense e a Tanatologia Forense, no qual discorreremos sobre esta área Médico Legal mais detalhadamente adiante.

A Medicina Médico Legal auxilia os peritos, aplicadores do direito (Advogados, Promotores, Defensores e Procuradores) e aos julgadores (Magistrados e Jurados) quanto à interpretação de determinadas infrações penais existentes na área Médico Legal.

É ela que nos possibilita saber como determinada pessoa foi executada, como foi à execução, se houve meio cruel, qual tipo de lesão foi empregada no momento da execução, qual o objeto utilizado para a execução, dentre outros fenômenos.

Ela também, nos auxilia para determinar se uma lesão corporal é simples ou qualificada, outrossim, nos auxilia a determinar se o empregado morreu, ou se acidentou por culpa ou dolo de seu empregador, dentre outros casos.

Sua importância para o Direito Penal e Processual Penal é inexorável, pois traz para a seara criminal conceitos que somente o direito não conseguiria interpretar por si só.

Com essas considerações, usaremos a detalhar conceitualmente em que consiste a Medicina Médico Legal, tendo como principal objeto de Estudos a Tanatologia Forense apresentando sua importância quanto à aplicabilidade no Direito Penal e Processual Penal.

2. CONCEITO DE MEDICINA MÉDICO LEGAL E SUA IMPORTÂNCIA.

Os Doutos Doutrinadores Rogério Greco, Aboucch Krymchantowski, Lélío Braga Calhau, Roger Ancillotti e William Douglas^[2], nos apresentam diversas teorias quanto ao que poderia ser o conceito de Medicina Médico Legal, as quais se destacam, *verbi gratia*:

“Medicina Legal é o conjunto de conhecimento médicos e paramédicos destinados a servir ao direito, cooperando na elaboração, auxiliando a interpretação e colaborando na execução dos dispositivos legais atinentes ao seu campo de ação de medicina aplicada” (Hélio Gomes).

“Medicina Legal é a aplicação de conhecimentos médico-biológicos na elaboração e execução das leis que deles carecem” (Flamínio Fávaro).

“Medicina Legal é a aplicação de conhecimentos médicos e científicos aos problemas judiciais que podem ser por eles esclarecidos” (Marc, Vilbert e N. Rojas).

E com Mestria, continuam nos atentando quanto ao fato de que, os conceitos aqui trazidos como os que mais destacam-se para a Medicina Médico Legal sempre trazem com sigilo as expressões, “ciência’, ‘conhecimento médico-biológicos’ e aplicação ao Direito’ (resoluções de problemas judiciais). (...).”

3. PERÍCIAS E PERITOS.

O Digesto Processual Penal Brasileiro prevê em seu Título VII, iniciando no artigo 155 os tipos de provas e como deve o Magistrado se comportar em determinada situação probatória, assim, neste diploma legal, há a previsão do exame de corpo de delito, ou seja, a incidência da Medicina Médico Legal.

Tais considerações acerca dessa disciplina são previstas a partir do artigo 158 do *Codex Pruceusual Penal*.

Assim, o [3]Decreto lei nº. 3.689/41 em seus artigos 158 *usque* 184, inerente à perícia prescrevem que, *verbi legis*:

Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

Art. 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior. ([Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008](#))

§ 1º Na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame. ([Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008](#))

§ 2º Os peritos não oficiais prestarão o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo. ([Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008](#))

§ 3º Serão facultadas ao Ministério Público, ao assistente de acusação, ao ofendido, ao querelante e ao acusado a formulação de quesitos e indicação de assistente técnico. ([Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008](#))

§ 4º O assistente técnico atuará a partir de sua admissão pelo juiz e após a conclusão dos exames e elaboração do laudo pelos peritos oficiais, sendo as partes intimadas desta decisão. ([Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008](#))

§ 5º Durante o curso do processo judicial, é permitido às partes, quanto à perícia: ([Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008](#))

I – requerer a oitiva dos peritos para esclarecerem a prova ou para responderem a quesitos, desde que o mandado de intimação e os quesitos ou questões a serem esclarecidas sejam encaminhados com antecedência mínima de 10 (dez) dias, podendo apresentar as respostas em laudo complementar; ([Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008](#))

II – indicar assistentes técnicos que poderão apresentar pareceres em prazo a ser fixado pelo juiz ou ser inquiridos em audiência. ([Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008](#))

§ 6º Havendo requerimento das partes, o material probatório que serviu de base à perícia será disponibilizado no ambiente do órgão oficial, que manterá sempre sua guarda, e na presença de perito oficial, para exame pelos assistentes, salvo se for impossível a sua

conservação. ([Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008](#))

§ 7º Tratando-se de perícia complexa que abranja mais de uma área de conhecimento especializado, poder-se-á designar a atuação de mais de um perito oficial, e a parte indicar mais de um assistente técnico. ([Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008](#))

Art. 160. Os peritos elaborarão o laudo pericial, onde descreverão minuciosamente o que examinarem, e responderão aos quesitos formulados. ([Redação dada pela Lei nº 8.862, de 28.3.1994](#))

Parágrafo único. O laudo pericial será elaborado no prazo máximo de 10 dias, podendo este prazo ser prorrogado, em casos excepcionais, a requerimento dos peritos. ([Redação dada pela Lei nº 8.862, de 28.3.1994](#))

Art. 161. O exame de corpo de delito poderá ser feito em qualquer dia e a qualquer hora.

Art. 162. A autópsia será feita pelo menos seis horas depois do óbito, salvo se os peritos, pela evidência dos sinais de morte, julgarem que possa ser feita antes daquele prazo, o que declararão no auto.

Parágrafo único. Nos casos de morte violenta, bastará o simples exame externo do cadáver, quando não houver infração penal que apurar, ou quando as lesões externas permitirem precisar a causa da morte e não houver necessidade de exame interno para a verificação de alguma circunstância relevante.

Art. 163. Em caso de exumação para exame cadavérico, a autoridade providenciará para que, em dia e hora previamente marcados, se realize

a diligência, da qual se lavrará auto circunstanciado.

Parágrafo único. O administrador de cemitério público ou particular indicará o lugar da sepultura, sob pena de desobediência. No caso de recusa ou de falta de quem indique a sepultura, ou de encontrar-se o cadáver em lugar não destinado a inumações, a autoridade procederá às pesquisas necessárias, o que tudo constará do auto.

Art. 164. Os cadáveres serão sempre fotografados na posição em que forem encontrados, bem como, na medida do possível, todas as lesões externas e vestígios deixados no local do crime. ([Redação dada pela Lei nº 8.862, de 28.3.1994](#))

Art. 165. Para representar as lesões encontradas no cadáver, os peritos, quando possível, juntarão ao laudo do exame provas fotográficas, esquemas ou desenhos, devidamente rubricados.

Art. 166. Havendo dúvida sobre a identidade do cadáver exumado, proceder-se-á ao reconhecimento pelo Instituto de Identificação e Estatística ou repartição congênere ou pela inquirição de testemunhas, lavrando-se auto de reconhecimento e de identidade, no qual se descreverá o cadáver, com todos os sinais e indicações.

Parágrafo único. Em qualquer caso, serão arrecadados e autenticados todos os objetos encontrados, que possam ser úteis para a identificação do cadáver.

Art. 167. Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os

vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta.

Art. 168. Em caso de lesões corporais, se o primeiro exame pericial tiver sido incompleto, proceder-se-á a exame complementar por determinação da autoridade policial ou judiciária, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, do ofendido ou do acusado, ou de seu defensor.

§1º No exame complementar, os peritos terão presente o auto de corpo de delito, a fim de suprir-lhe a deficiência ou retificá-lo.

§2º Se o exame tiver por fim precisar a classificação do delito no art. 129, § 1º, I, do Código Penal, deverá ser feito logo que decorra o prazo de 30 dias, contado da data do crime.

§3º A falta de exame complementar poderá ser suprida pela prova testemunhal.

Art. 169. Para o efeito de exame do local onde houver sido praticada a infração, a autoridade providenciará imediatamente para que não se altere o estado das coisas até a chegada dos peritos, que poderão instruir seus laudos com fotografias, desenhos ou esquemas elucidativos. (Vide Lei nº 5.970, de 1973)

Parágrafo único. Os peritos registrarão, no laudo, as alterações do estado das coisas e discutirão, no relatório, as consequências dessas alterações na dinâmica dos fatos. (Incluído pela Lei nº 8.862, de 28.3.1994)

Art. 170. Nas perícias de laboratório, os peritos guardarão material suficiente para a eventualidade de nova perícia. Sempre que conveniente, os laudos serão ilustrados com provas fotográficas, ou microfotográficas, desenhos ou esquemas.

Art. 171. Nos crimes cometidos com destruição ou rompimento de obstáculo a subtração da coisa, ou por meio de escalada, os peritos, além de descrever os vestígios, indicarão com que instrumentos, por que meios e em que época presumem ter sido o fato praticado.

Art. 172. Proceder-se-á, quando necessário, à avaliação de coisas destruídas, deterioradas ou que constituam produto do crime.

Parágrafo único. Se impossível a avaliação direta, os peritos procederão à avaliação por meio dos elementos existentes nos autos e dos que resultarem de diligências.

Art. 173. No caso de incêndio, os peritos verificarão a causa e o lugar em que houver começado, o perigo que dele tiver resultado para a vida ou para o patrimônio alheio, a extensão do dano e o seu valor e as demais circunstâncias que interessarem à elucidação do fato.

Art. 174. No exame para o reconhecimento de escritos, por comparação de letra, observar-se-á o seguinte:

I - a pessoa a quem se atribua ou se possa atribuir o escrito será intimada para o ato, se for encontrada;

II - para a comparação, poderão servir quaisquer documentos que a dita pessoa reconhecer ou já tiverem sido judicialmente reconhecidos como de seu punho, ou sobre cuja autenticidade não houver dúvida;

III - a autoridade, quando necessário, requisitará, para o exame, os documentos que existirem em arquivos ou estabelecimentos públicos, ou nestes realizará a diligência, se daí não puderem ser retirados;

IV - quando não houver escritos para a comparação ou forem insuficientes os exibidos, a autoridade mandará que a pessoa escreva o que lhe for ditado. Se estiver ausente a pessoa, mas em lugar certo, esta última diligência poderá ser feita por precatória, em que se consignarão as palavras que a pessoa será intimada a escrever.

Art. 175. Serão sujeitos a exame os instrumentos empregados para a prática da infração, a fim de se lhes verificar a natureza e a eficiência.

Art. 176. A autoridade e as partes poderão formular quesitos até o ato da diligência.

Art. 177. No exame por precatória, a nomeação dos peritos far-se-á no juízo deprecado. Havendo, porém, no caso de ação privada, acordo das partes, essa nomeação poderá ser feita pelo juiz deprecante.

Parágrafo único. Os quesitos do juiz e das partes serão transcritos na precatória.

Art. 178. No caso do art. 159, o exame será requisitado pela autoridade ao diretor da repartição, juntando-se ao processo o laudo assinado pelos peritos.

Art. 179. No caso do §1º do art. 159, o escrivão lavrará o auto respectivo, que será assinado pelos peritos e, se presente ao exame, também pela autoridade.

Parágrafo único. No caso do art. 160, parágrafo único, o laudo, que poderá ser datilografado, será subscrito e rubricado em suas folhas por todos os peritos.

Art. 180. Se houver divergência entre os peritos, serão consignadas no auto do exame as declarações e respostas de um e de outro, ou

cada um redigirá separadamente o seu laudo, e a autoridade nomeará um terceiro; se este divergir de ambos, a autoridade poderá mandar proceder a novo exame por outros peritos.

Art. 181. No caso de inobservância de formalidades, ou no caso de omissões, obscuridades ou contradições, a autoridade judiciária mandará suprir a formalidade, complementar ou esclarecer o laudo. ([Redação dada pela Lei nº 8.862, de 28.3.1994](#))

Parágrafo único. A autoridade poderá também ordenar que se proceda a novo exame, por outros peritos, se julgar conveniente.

Art. 182. O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte.

Art. 183. Nos crimes em que não couber ação pública, observar-se-á o disposto no art. 19.

Art. 184. Salvo o caso de exame de corpo de delito, o juiz ou a autoridade policial negará a perícia requerida pelas partes, quando não for necessária ao esclarecimento da verdade.

Os Exames a que se referem os artigos 158 *usque* 184 são indispensáveis, podendo até gerar nulidade absoluta do procedimento criminal.

Importante aqui, se faz frisar, que o Laudo de Exame de Corpo de Delito é a prova fiel de determinado crime, mas que o Magistrado não ficará adstrito ao exame, sendo este somente para arrimo de sua convicção, conforme bem preceitua o artigo 182 do Código Processual Penal.

Cosoante a indispensabilidade aqui mencionada, os Tribunais Regionais em suas Jurisprudências vem reconhecendo, em determinados

casos, *verbi gratia*, os casos de lesão corporal, os laudos médicos para a condenação dos agressores, é o caso da decisão do [\[4\]](#)TJ-RS, vejamos:

*RECURSO CRIME. LESÕES CORPORAIS LEVES. ARTIGO [129](#), CAPUT, NA FORMA DO ARTIGO [29](#), CAPUT, DO [CP](#). SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA. REINCIDÊNCIA NÃO CONFIGURA BIS IN IDEM, MAS NÃO AUTORIZA A EXASPERAÇÃO DA PENA EM METADE DA PENA-BASE. 1- Suficientemente demonstrado que o réu agrediu a vítima, causando-lhe as lesões leves descritas no atestado médico, impositiva a manutenção da sentença condenatória, mormente porque ausente qualquer excludente da antijuridicidade da conduta . **2- A ausência de auto de exame de corpo de delito elaborado por peritos oficiais não afasta a materialidade delitiva, que resultou suprida pelo exame médico a que submetida a vítima, ocasião em que constatadas as lesões, cuja existência e autoria também foi confirmada pela prova oral carregada aos autos.** 3- O reconhecimento da agravante da reincidência não configura bis in idem, apenas conferindo maior censurabilidade à conduta do agente que reitera na prática criminosa. Todavia, exacerbada a exasperação da pena-base no percentual de $\frac{1}{2}$, decorrente da referida agravante, impondo-se a aplicação do percentual de $\frac{1}{6}$, ficando a pena definitiva em sete meses de detenção. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. PENA REDUZIDA. (Recurso Crime Nº 71002810745, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Cristina Pereira Gonzales, Julgado em 08/11/2010).*

Ora, o artigo a qual comentamos, alude que é indispensável o exame de corpo delito quando os crimes deixarem vestígios, destarte, adiante, será verificado que o exame de corpo de delito não mais será efetuado

por dois peritos oficiais, sendo exigido, com a nova redação do artigo 159, somente um perito para a elaboração do exame.

Veremos também, que a nova redação acrescentou Perito não oficial, que serão nomeados pelo Juiz e será exigível a existência de dois peritos, sendo obrigatório obterem diploma de curso superior preferencialmente na área em que irá atuar.

Conforme podemos observar no julgado acima, o Magistrado considerou *inexigível* o exame de corpo de delito por perito oficial por tornar aceitável o laudo médico que comprovou que a Vítima foi agredida e obteve lesões corporais.

O artigo em comento, em seu *caput*, prescreve que, o exame de corpo de delito será indispensável, exigindo ainda a sua elaboração por peritos oficiais, e na falta destes, a elaboração por dois peritos nomeados, sendo exigível o diploma em nível de ensino superior preferencialmente na área específica da perícia.

Uns dos julgados pouco recente do STF, deu provimento parcial a um agravo regimental que questionava da “falta” de diploma de peritos que integram a perícia, segundo os Ministros, os peritos que ingressaram após a alteração do CPP, devem obter o diploma de curso superior, já os que ingressaram antes da alteração poderão permanecer, mas em suas áreas de conhecimento, *in verbis*.

“Perito criminal e formação acadêmica – Em conclusão, o Plenário, por maioria, deu parcial provimento a agravo regimental interposto de decisão do Min. Joaquim Barbosa, proferida nos autos de ação penal, da qual relator, movida pelo Ministério Público Federal contra diversas pessoas acusadas da suposta prática de crimes ligados ao esquema denominado “Mensalão”. A decisão questionada indeferiu pleito defensivo em que se pretendia o fornecimento de dados sobre a formação acadêmica e experiência profissional de peritos

criminais que atuaram no processo — v. Informativo 624. Determinou-se que o Instituto Nacional de Criminalística – INC informe apenas a formação superior dos peritos que atuaram nos autos, sem suspensão do processo. Nesta assentada, o Min. Celso de Mello destacou o art. 2º da Lei 11.690/2008 (“Aqueles peritos que ingressaram sem exigência do diploma de curso superior até a data de entrada em vigor desta Lei continuarão a atuar exclusivamente nas respectivas áreas para as quais se habilitaram, ressalvados os peritos médicos”). Salientou, ademais, que o agravante pretendia o esclarecimento dessa circunstância porque se trataria de peritos que ingressaram no INC antes do início da vigência da citada lei e, por isso, deveriam atuar “exclusivamente” na área para a qual se habilitaram. A Min. Cármen Lúcia reajustou o voto. Vencidos os Ministros relator, Luiz Fux, Ellen Gracie, Ricardo Lewandowski e Ayres Britto, que desproviavam o recurso por considerarem preclusa a matéria. (AP 470 Décimo Quarto AgR/MG, rel. orig. Min. Joaquim Barbosa, red. p/o acórdão Min. Celso de Mello, 26.5.2011)”.

Vejamos, se o laudo a que alude o primeiro julgado foi elaborado por dois médicos, e este foi convalidado pelo Magistrado, a decisão torna-se perfeitamente correta, mas se no caso em tela, o laudo foi elaborado por um só profissional, este por não ser perito oficial, não terá validade, sendo o processo declarado nulo, pois a exigência do artigo 159 do Código de Processo Penal, é que no caso de um só perito na elaboração do laudo este deverá ser oficial, e no caso de não haver perito oficial, o laudo deverá ser elaborado por duas pessoas, ou seja, dois peritos nomeados, consoante aos termos do artigo 159, parágrafo primeiro do Decreto Lei nº. 3.689/41, conforme veremos nos próximos tópicos.

Mas, se no presente caso, estamos diante de delitos compreendidos à aplicação da Lei 9.099/95, a decisão também se faz correta, pois a Lei 9.099/95 em seu artigo 77 parágrafo 1º alude que, *verbi gratia*:

§ 1º Para o oferecimento da denúncia, que será elaborada com base no termo de ocorrência referido no art. 69 desta Lei, com dispensa do inquérito policial, prescindir-se-á do exame do corpo de delito quando a materialidade do crime estiver aferida por boletim médico ou prova equivalente.

Dessa arte, sendo o julgado suso referente à infração penal abrangida pela lei 9.099/95, a inexigibilidade do exame de corpo de delito se faz legalmente autorizado, visto que o mesmo poderá ser substituído pelo exame médico.

É importante frisar que, mesmo sendo o caso do julgado acima, visto que a infração fora capitulada no artigo 129 do Código Penal, caso o mesmo venha cominado com a lei 11.340/06, ressalta-se que não se aplicará o disposto na lei 9.099/95.

Indispensável se faz também, destacar a importância dos peritos *ad hoc*, que são aqueles nomeados pela autoridade para o ato, ou seja, pessoas que no desempenhar de determinadas atividades conseguem atestar se determinado objeto é ou não eficiente, ou se é ou não verdadeiro, *verbi gratia*, pode-se citar os policiais civis que muitas das vezes são nomeados pela autoridade policial para efetuar a eficiência da arma de fogo apreendida, confeccionando o “laudo” pericial provisório daquele objeto para o convencimento da autoridade, sobre os peritos não oficiais, ou *ad hoc*, a jurisprudência alude:

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO. PRELIMINAR DE NULIDADE. AUTO DE AVALIAÇÃO INDIRETA. O auto de avaliação indireta firmado por **peritos** diplomados com curso superior é válido, porquanto nomeados pela autoridade policial e devidamente compromissados os bacharéis. Sinala-se que a atribuição de valor ao

objeto apreendido não exige graduação específica, porquanto de fácil constatação e aferição no caso concreto. Preliminar de nulidade afastada. MATERIALIDADE E AUTORIA. Verifica-se, in casu, prova da materialidade e autoria do delito. Os autos contemplam elementos suficientes, corroborados pelo **depoimento** da vítima, autorizadores da manutenção da condenação do réu. Sem razão a defesa em atribuir fragilidade ao conjunto probatório. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA INSIGNIFICÂNCIA. Não há falar em aplicação do Princípio da Insignificância no caso concreto. O valor da res não é ínfimo - sob o enfoque dos destinatários da norma - e devem ser levadas em consideração, sem dúvidas, as condições **pessoais** do acusado, que é reincidente. Hipótese em que o reconhecimento da bagatela importaria em verdadeiro estímulo ao delinqüente. A reitência antissocial deve ser aquilatada no contexto, pois que a insignificância em debate não é a financeira, mas a **penal**, à luz dos interesses da paz social, donde se sopesam valores econômicos, morais, sociais, educacionais, preventivos e protetivos. A incidência do Direito **Penal** dá-se em relação ao criminoso, à vítima e à sociedade, motivo por que a particular relação entre os dois primeiros não é a preponderante nos crimes de ação **penal** pública e não determina o que seja ínfimo ou bagatelar. Reconhecimento da relevância **penal** da conduta. DETRAÇÃO. ART. 387 , § 2º , CPP . LEI Nº 12.736 /2012. Ausência de prisão provisória no presente processo a ensejar a aplicação da detração. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIME. (Apelação Crime Nº 70053717005, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Laura Louzada Jaccottet, Julgado em 25/02/2014).

APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. RECEPÇÃO QUALIFICADA. PRIVILÉGIO. PRELIMINARES. INÉPCIA DA DENÚNCIA. REJEIÇÃO. Os elementos obrigatórios da denúncia estão contidos no artigo 41, do CPP, e nenhum deles estava pendente por ocasião do recebimento daquela peça, de forma que a denúncia não é inválida e tampouco houve prejuízo ao correto desenvolvimento do processo. NULIDADE DA AUDIÊNCIA. REJEIÇÃO. A redação da lei 11.690/08, que alterou o art. 212 do CPP, não veda ao magistrado a realização de perguntas iniciais que entender cabíveis, aos que são ouvidos em audiência, mas faculta às partes a formulação destas diretamente, sem a interferência daquele. NULIDADE DO AUTO DE AVALIAÇÃO INDIRETA. REJEIÇÃO. Os peritos foram nomeados e compromissados e não participaram das investigações ou de qualquer ato deo inquérito policial. De outra parte, a natureza do exame, consistente na singela aferição do valor dos bens, torna inexigível qualquer qualificação específica do perito. MÉRITO. PROVA. CONDENAÇÃO MANTIDA. A materialidade e a autoria restaram suficientemente comprovadas pela prova produzida. O réu admitiu ter adquirido o aparelho decodificador, o qual sabia não ser comercializado regularmente, e os depoimentos das testemunhas, de forma pormenorizada, comprovaram o evento delitivo, mencionando que o réu tinha em depósito e transportava tais aparelhos ilícitos, a fim de instalá-los na residência de terceiros. Ademais, ele utilizava as vestimentas da NET para realizar os serviços, sem, contudo, ser funcionário da empresa. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. Na aplicação do princípio da insignificância, além do valor da res, que deve ser desprezível, há que se levar em conta o

desvalor da conduta e do resultado, a repercussão do fato na pessoa da vítima e as condições pessoais do acusado. Na espécie, não estão presentes as circunstâncias que autorizariam a aplicação do aludido princípio. PENA. DOSIMETRIA. RECONHECIMENTO DA RECEPÇÃO PRIVILEGIADA. A pena-base foi fixada no mínimo legal. A seguir, reconhecida a privilegiadora prevista no § 5º do art. 180 do Código Penal, agora, enseja a redução da pena em 1/3, perfazendo a pena definitiva de 02 (dois) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime aberto. Substituída a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade, cumulada com multa, no mínimo legal. Por sua vez, a pena pecuniária foi fixada no mínimo legal. ISENÇÃO DE PENA PECUNIÁRIA. DESCABIMENTO NESTA SEDE. Eventual isenção de pagamento da multa, por tratar-se de pena, cominada cumulativamente com a reclusiva no tipo penal, não é de ser postulada nesta sede, mas em execução penal. PRELIMINARES REJEITADAS. APELO DA DEFESA PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Crime Nº 70053565628, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel de Borba Lucas, Julgado em 19/02/2014) (TJ-RS - ACR: 70053565628 RS , Relator: Isabel de Borba Lucas, Data de Julgamento: 19/02/2014, Oitava Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 27/03/2014)

Não só os peritos não oficiais, ou ad hoc, são motivos de julgados pelos Tribunais Superiores, mas também a discussão sobre a efetividade da assinatura do laudo por um só perito, quando este é servidor de órgão oficial, vejamos:

APELAÇÃO - ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO

TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06)- ÉDITO CONDENATÓRIO - INCONFORMISMO DA DEFESA - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - ARGUIDA IMPROPRIEDADE DOS LAUDOS PERICIAIS REALIZADOS NAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS - ASSINATURA DE CADA UM DOS EXAMES POR APENAS UM EXPERT - VIABILIDADE - TESE RECHAÇADA - PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 28 DA LEI DE DROGAS - IMPOSSIBILIDADE - CONFISSÃO DO REPRESENTADO, DEPOIMENTOS POLICIAIS E DEMAIS ELEMENTOS QUE NÃO DEIXAM DÚVIDAS QUANTO À NARCOTRAFICÂNCIA - MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE SEMILIBERDADE ADEQUADA AO CASO CONCRETO - MANUTENÇÃO - GRAVIDADE DA CONDUTA E CONDIÇÕES PESSOAIS DO REPRESENTADO - RECURSO DESPROVIDO 1. "Não padece de nulidade laudo pericial assinado por apenas um perito, se este emana de órgão oficial, conforme inteligência do art. 159 do CPP e da Súm. 361 do STF (RT 737/524-5)' (Mirabete, Júlio Fabbrini, Código de processo penal interpretado, 8ª ed. atual., São Paulo, Atlas, 2001, p. 422)." (Apelação Criminal n. , rel. Des. Sérgio Paladino, j. 16.11.10 2. "Não há de se falar em insuficiência de provas de autoria quando presentes nos autos elementos aptos a demonstrar, de forma inequívoca, a prática do delito de tráfico ilícito de entorpecentes, tais como a apreensão de significativa quantidade de droga, a confissão do réu e os coerentes depoimentos dos policiais militares em ambas as fases. [...] Impossível é a desclassificação do crime de tráfico para o de consumo pessoal de drogas se o conjunto probatório produzido nos autos evidencia que as substâncias entorpecentes apreendidas destinavam-se à

mercância." (Apelação Criminal n. , rel. Des. Francisco Oliveira Neto, j. 13.6.12) 3. Diante da gravidade do ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas, aliada às condições pessoais do representado (não estuda, não trabalha e já cometeu condutas semelhantes anteriormente), não se [...] (TJ-SC - APL: 20110735183 SC 2011.073518-3 (Acórdão), Relator: Rodrigo Collaço, Data de Julgamento: 26/06/2013, Quarta Câmara Criminal Julgado)

Não só os peritos, mas também a perícia são de suma importância para todo o desenrolar do Processo Penal, pois são os meios e os mecanismos que nos fazem presumir ser necessários para que possamos chegar a uma verdade real, consoante essas razões passamos a analisar em que se consiste a perícia, seus tipos e suas classificações.

3.1 PERÍCIA

A Perícia é um meio de prova, onde a legislação brasileira atribui a um individuo, cuja capacidade técnica lhe exige, para analisar de maneira minuciosa determinadas circunstancias (vestígios) existente em pessoas e objetos, com o intuito de desvendar a realidade de determinada infração ou responsabilidade jurídica.

Sobre o conceito de Perícia, o professor Ficker^[5], nos chama atenção lecionando que:

“Sobre perícia pode ser dito que é um gênero, do qual o exame, a vistoria e a avaliação são espécies. De um modo geral o exame é feito por pessoas, documentos e coisas móveis; a vistoria destina-se a apurar fatos e estados de bens ‘*in loco*’ e a avaliação a determinar tecnicamente o valor desses bens. A perícia pode consistir em simples vistoria de constatação de fatos ou estado de um bem, mas pode investigar as causas que conduziram ao estado observado, apresentado conclusões sobre elas.”.

Dito isso, em se tratando de Direito Processual Penal, este instituto trouxe a perícia bipartida, consoante os tipos de perícias, que são as perícias diretas e perícias indiretas, como podemos descrever cada tipo a diante.

3.2 ESPÉCIES DE PERÍCIAS

No Direito Processual Penal Brasileiro, podemos encontrar dois tipos de perícias, a saber, da Perícia Direta e Perícia Indireta.

A Perícia Direta consiste no fato de ser, esta, realizada diretamente no objeto posto para análise pericial, a título de exemplificação podemos citar, o exame pericial de corpo de delito realizado no local do crime pela policia civil quando tratando-se de homicídio.

Em quanto a Perícia Indireta consiste no fato de ser ela realizada conforme documentações a respeito de determinada infração penal, podemos citar a título de exemplificação, o laudo emitido pelo legista medico legal sobre determinada morte, quando se tem divergências quanto a “*causa mortis*” do individuo, deste modo, um outro perito irá analisar em documentos, qual o tipo de ferimento fora causado no cadáver, como se procedeu tal ferimento, concluindo assim, para qual instrumento foi utilizado para a ceifar a vida daquele individuo.

Podemos citar também como Perícia Indireta, a análise de declaração prestado por testemunhas, ocular ou não, quanto à determinada infração penal ocorrida.

3.3 EFEITOS DA PERÍCIA

Quanto aos seus efeitos, às Pericias Médico Legal podem ser Retrospectivas, Prospectiva, de Retratação ou *Percipindi* e Interpretativa ou *Deducendi*.

A Perícia Médico Legal com efeito Retrospectiva é realizada no presente para elucidar fatos ocorridos no passado, *verbi gratia*, podemos apontar um suicídio ou homicídio, que o mesmo já ocorreu, o que resta a

perícia é efetuar levantamentos periciais para que se possa chegar a uma conclusão da causa *mortis* e da autoria do ato infracional.

Quanto a Perícia Médico Legal com efeito Prospectiva que também é realizada no presente, mas que busca a pretensão de determinar ação ou consequências futuras, *verbi gratia*, podemos citar um exame de insanidade mental para a ressocialização de determinados indivíduos.

Já Perícia Médico Legal com efeito de Retratação ou *Percipiendi*, é aquela em que cumpre os ditames básicos da perícia realizada, que consiste em observar e relatar minuciosamente todos os detalhes apurados.

Quanto a Perícia Interpretativa ou *Deducente*, como o próprio nome já nos leva a um caminhar solidificado, a Perícia Interpretativa ou *Deducente*, é aquela em que o Perito, através de interpretações e associações de fatos apresentados para análise do caso concreto, chega a uma conclusão lógica de determinados fatos ocorridos.

3.4 DOS PERITOS

Em nosso sistema Processual Penal anterior a 2008, previa que a perícia deveria ser realizada por dois peritos oficiais, sendo indispensáveis à assinatura dos mesmos aos laudos periciais sob as penas de nulidade da perícia.

Com o advento da lei 11.690/2008, que alterou o artigo 159 do Digesto Processual Penal, a obrigatoriedade de dois Peritos oficiais deixou de existir, passando a responsabilidade pela elaboração e assinatura do laudo pericial por apenas um perito oficial.

Destarte, a redação dada ao artigo [\[6\]](#)159 pela lei 11.690/2008 passou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior. [\(Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008\)](#)

Assim, cabe ao Perito oficial à incumbência de elaborar e posteriormente assinar o laudo elaborado, mas mesmo com a exigência de somente um perito oficial, a figura de dois peritos contendo a exigência e assinatura do laudo não foi extinta do diploma legal.

A mesma lei trouxe junto ao parágrafo primeiro do artigo 159, que em caso de não haver perito oficial, poderá a perícia ser realizada por duas pessoas.

Deste modo, a previsão aqui contida, deixa claro que a perícia ainda poderá ser realizada por dois peritos, mas deixa também claro que os peritos a que menciona o [7]parágrafo primeiro do artigo 159, não será oficial, mas sim de pessoas idôneas e portadoras de diploma de curso superior, e que prestarão compromisso perante a autoridade judiciária de fiel e competente prestação do encargo a eles imputada, previsão esta em seu parágrafo segundo do referido artigo, pois vejamos:

§ 1º Na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame. [\(Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008\).](#)

§ 2º Os peritos não oficiais prestarão o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo. [\(Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008\).](#)

Quanto aos peritos oficiais ou não e aos interpretes que poderão também agregar aos atos judiciais, os artigos 275 *usque* 281 do Código de Processo Penal, prevê os atos obrigatórios que deverão ser praticados pelos mesmos, bem como a alusão quanto a não interferência da nomeação dos peritos e interpretes pelas partes.

Art. 275. O perito, ainda quando não oficial, estará sujeito à disciplina judiciária.

Art. 276. As partes não intervirão na nomeação do perito.

Art. 277. O perito nomeado pela autoridade será obrigado a aceitar o encargo, sob pena de multa de cem a quinhentos mil-réis, salvo escusa atendível.

Parágrafo único. Incorrerá na mesma multa o perito que, sem justa causa, provada imediatamente:

a) deixar de acudir à intimação ou ao chamado da autoridade;

b) não comparecer no dia e local designados para o exame;

c) não der o laudo, ou concorrer para que a perícia não seja feita, nos prazos estabelecidos.

Art. 278. No caso de não-comparecimento do perito, sem justa causa, a autoridade poderá determinar a sua condução.

Além do que dispõem os aludidos artigos, o *Codex Processual* ainda prevê as hipóteses de quem não poderá atuar no processo como perito, cosoantes aos termos do artigo 279:

Art. 279. Não poderão ser peritos:

I - os que estiverem sujeitos à interdição de direito mencionada nos ns. I e IV do art. 69 do Código Penal;

II - os que tiverem prestado depoimento no processo ou opinado anteriormente sobre o objeto da perícia;

III - os analfabetos e os menores de 21 anos.

Consoante ao que dispõe a legislação referente aos casos de suspeição, o artigo 280, remete-se ao que for aplicável aos juízes, outrossim, o artigo 281 equipara os interpretes para todos os efeitos, ao perito quanto a aplicação da legislação referente a este:

Art. 280. É extensivo aos peritos, no que lhes for aplicável, o disposto sobre suspeição dos juízes.

Art. 281. Os intérpretes são, para todos os efeitos, equiparados aos peritos.

Rechaçando o que até agora postamos, os peritos para atuarem na elaboração dos laudos de exame de corpo de delito, deverão ser oficiais, somente será admitido no processo penal, peritos não oficiais, em casos extremos, ou seja, quando não houver peritos oficiais para a elaboração do exame de corpo de delito.

A exigência aqui postada, não significa dizer, que no caso em que houver peritos em determinada comarca e este estiver, *verbi gratia*, de férias, não poderá o juiz nomear outro, do contrário, poderá o juiz nomear os peritos conforme o parágrafo primeiro do artigo 159 do Código de Processo Penal, pois a pericia poderá ser efetuada a qualquer tempo, conforme prescreve o artigo 161 do mesmo diploma legal.

E corroborando a ideia do exame de pericia medico legal, o artigo [8](#)6º do diploma legal em comento, exige que a autoridade policial ao ter notícia de determinada infração penal, deverá dirigir-se ao local para a averiguação, e no caso em que o crime deixar vestígio, deverá preservar o local até a chegada do perito para a elaboração do exame de corpo de delito.

3.5 DA PERÍCIA COMPLEXA, DO ASSISTETE E DA ENTREGA DO LAUDO

Como bem observado, a exigência prevista no artigo quanto ao numero de peritos oficiais, após o advento da lei 11.690/208, será de apenas um perito.

Destarte, quando a pericia for tida como complexa nada impedirá de haver mais de um perito atuando no mesmo caso, o referido artigo não obsteu a realização da pericia por mais de um perito oficial, apenas fez constar que a exigência é de no mínimo um perito oficial, ou na falta desse a elaboração por dois peritos nomeados ou louvados.

Destarte, nos casos em que a perícia for complexa, poderá a mesma ser realizada por mais de um perito, bem como a indicação pela parte de mais de um assistente, consoante ao que dispõe o artigo 159 em seu parágrafo 7^a, vejamos:

§ 7^o Tratando-se de perícia complexa que abranja mais de uma área de conhecimento especializado, poder-se-á designar a atuação de mais de um perito oficial, e a parte indicar mais de um assistente técnico. [\(Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008\)](#)

O referido artigo em seus parágrafos terceiro e quarto, alude sobre a atuação de assistentes técnicos que poderão acompanhar e formular quesitos ao perito oficial ou louvado, bem como questionar determinadas perícias.

A jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais, bem como diversos outros Tribunais, são concisos ao que define o Digesto Processual, vejamos:

PROCESSUAL PENAL. "HABEAS CORPUS". ASSISTENTE TÉCNICO. FORMULAÇÃO DE QUESITOS. DIREITO. ORDEM CONCEDIDA. 1. Tendo demonstrado os Impetrantes que "o substrato narrado nos quesitos diz respeito a questões que versam diretamente sobre objetos que se relacionam com o que a denúncia narra como sendo 'manobras' dos pacientes em face de supostas ilegalidades de defrontações em marcos limítrofes, bem como em supostas fraudes", e estando os ora Pacientes na mesma situação fático-processual que os demais acusados, e, dentre eles, aquele para o qual foi concedida a realização da perícia, tem igualmente o direito de indicar assistente técnico e formular quesitos à luz do § 3^o, do artigo 159 do Código de Processo Penal, segundo o qual "serão facultadas ao

Ministério Público, ao assistente de acusação, ao ofendido, ao querelante e ao acusado a formulação de quesitos e indicação de assistente técnico". 2. As partes poderão formular quesitos até o ato da diligência segundo dispõe o artigo 176 do Código de Processo Penal. (TRF-1 - HC: 36372 MT 0036372-31.2010.4.01.0000, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRIO CÉSAR RIBEIRO, Data de Julgamento: 27/02/2012, QUARTA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.179 de 04/07/2012).

Assim, para que o assistente técnico possa atuar nos atos processuais, este deverá, além de ser indicado pela parte, Ministério Público, assistente de acusação, ofendido, querelante e acusado, deverá ser aceito pelo juiz, conforme podemos verificar no disposto do artigo 159, parágrafos 3º e 4º do *Codex Processual Penal*, ambos com a redação dada pela lei 11.690/2008:

§ 3º Serão facultadas ao Ministério Público, ao assistente de acusação, ao ofendido, ao querelante e ao acusado a formulação de quesitos e indicação de assistente técnico. [\(Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008\)](#)

§ 4º O assistente técnico atuará a partir de sua admissão pelo juiz e após a conclusão dos exames e elaboração do laudo pelos peritos oficiais, sendo as partes intimadas desta decisão. [\(Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008\)](#)

Conforme podemos observar, a admissão do assistente somente será possível após a conclusão dos exames e com a consequente entrega do laudo pericial, ora, e quando será a entrega do laudo pericial?

O artigo 160 do Código de Processo Penal em seu parágrafo único prescreve que o prazo para a entrega do laudo será de 10 (dez) dias, devendo os peritos na elaboração do laudo, escrever minuciosamente o que examinarem e responderão aos quesitos formulados pelas partes

descritas acima, consoante ao disposto no artigo 160 do mesmo Digesto Processual.

4. DA IMPORTANCIA DA MEDICINA MÉDICO LEGAL

Vimos que as perícias, no tocante ao processo penal, figura como fiel importância para o esclarecimento de todo o processo criminal, sendo que sem a perícia não há como se chegar a uma certeza quanto à busca da verdade real.

Destarte, ao buscar a verdade real, o processo penal, necessita de uma disciplina que estuda os fenômenos mais interessantes de toda a ciência mundial, a medicina.

É com a medicina, que o processo penal, através da medicina médico legal, consegue desvendar mais de 90% (noventa por cento) de seus casos, visto que diversos são os crimes que envolvem a aplicação da medicina médico legal, como o Homicídio, o infanticídio, lesão corporal, estupro, aborto, entorpecentes, dentre outros.

A medicina médico legal, não só obtém os seus estudos voltados à saúde ou a morte do ser humano, pois a medicina médico legal é constituída de vastos ramos, a saber: Antropologia Forense; Traumatologia Forense; Sexologia Forense; Tanatologia Forense; Toxicologia Forense; Psicologia Judiciária; Psiquiatria Forense; Criminologia; Infortunística e Jurisprudência Médica.

Tais estudos são de suma importância para o direito, pois auxilia o judiciário, bem como aos aplicadores e estudiosos do direito a chegar, ou se aproximar da tão procurada verdade real que o processo consagra desde a sua constituição.

Assim, valem prestar, em suma, quais são os ramos de estudos de cada disciplina suso postas[9].

4.1 ANTROPOLOGIA FORENSE

“Estuda a identidade e a identificação do homem. A identificação médico legal é determinada através de métodos, processos e técnicas de estudo dos seguintes caracteres: idade, sexo, raça, altura, peso, sinais individuais, sinais profissionais, dentes, tatuagens, etc. e a identificação judiciária é feita através da antropometria, datiloscopia etc.”.

4.2 TRAUMATOLOGIA FORENSE

“Estuda as lesões corporais, (queimaduras, sevícias, infanticídio e asfixias) sob o ponto de vista jurídico e das energias causadoras do dano.”.

4.3 SEXOLOGIA FORENSE

“Vê a sexualidade sob o ponto de vista normal, anormal e criminoso (estudo do matrimônio, gravidez, aborto, himeneologia, atentado aos costumes, contaminação venérea, etc.).”.

4.4 TANATOLOGIA FORENSE

“Estuda os aspectos médico-legais da morte, fenômenos cadavéricos, autópsias, embalsamamento, direitos sobre o cadáver, etc.”.

4.5 TOXICOLOGIA FORENSE

“É o estudo dos venenos, envenenamentos, intoxicações médicas legais, abusos de drogas, e etc.”.

4.6 PSICOLOGIA JUDICIÁRIA

“É o estudo da capacidade civil e responsabilidade penal, psicologia do testemunho e da confissão, inteligência, fatores e avaliação.”.

4.7 PSIQUIATRIA FORENSE

“É o estudo das doenças mentais, psicoses, psiconeuroses, personalidades psicopáticas, simulação, dissimulação etc.”.

4.8 CRIMINOLOGIA

“É o estudo do crime, da Vítima e do criminoso.”.

4.9 INFORTUNÍSTICA

“Estudam os acidentes do trabalho, doenças profissionais.”.

4.10 JURISPRUDÊNCIA MÉDICA

“Decisões dos tribunais relativas à Medicina e ao exercício profissional, portanto de interesse específico da ciência médica e particularmente de uma classe. Como por exemplo, o erro médico.”.

5. DOCUMENTO MÉDICO LEGAL

Além das divisões quanto aos estudos da medicina médico legal, há também em nossa legislação, como podemos observar, por exemplo, na lei 6.259/75, no decreto 2.848/40 e na lei 6.437/77, deveres quanto aos atos dos peritos e dos médicos legistas.

Não são somente as disciplinas acima que dão importância à aplicação da Medicina Legal ao direito, visto que os atos práticos pelos operantes da medicina legal, são obrigatórios e também geram responsabilidades no meio criminal.

Deste modo, podemos destacar alguns atos, ou melhor, os documentos médicos legais obrigatórios, quais [\[10\]](#) sejam: notificações; Atestados; Relatórios; Consultas; Pareceres; Depoimento Oral e Prontuário Médico.

Tais documentos têm os seus próprios momentos de emissão, sendo que cada um ostentam de diferenciação e conceituação.

5.1 NOTIFICAÇÃO

“São comunicações compulsórias feitas pelos médicos às autoridades competentes de um fato profissional, por necessidade social ou sanitária, como acidente do trabalho, doenças infecto-contagiosas, uso habitual de substâncias entorpecentes ou crime de ação pública que

tiverem conhecimento e não exponham o cliente a procedimento criminal”. [11]

As Notificações são regidas pela legislação brasileira, em alguns casos, podem até gerar responsabilidade criminal, como podemos perceber da leitura dos artigos 154 e 269 do Código Penal, e também da leitura das leis 6.259/75 e da lei 6.437/77.

5.2 ATESTADOS

É o ato simples de atestar ou afirmar por escrito de um fato médico e suas possíveis consequências, não apresenta forma legal para a sua confecção, podendo [12] ser: Oficiosos; administrativos ou Judiciais.

5.2.1 Oficiosos

É aquele fornecido por um médico na atividade privada com destino a uma pessoa física ou privado. Justifica situações menos formais.

5.2.2 Administrativos

É aquele fornecido por um médico servidor público ou um particular, mas que vai desempenhar seu papel junto a uma repartição pública, ou seja, servem aos interesses dos serviços públicos.

5.2.3 Judiciais

É aquele expedido por solicitação do Juiz ou que integra os autos judiciais. Atende a administração da justiça.

Quanto ao que tange a legislação, o médico não poderá emitir atestados falsos, conforme dispõe o artigo [13]302 do Código Penal Brasileiro, e ao Código de Ética Profissional, prevê em seu artigo [14]110.

5.3 RELATÓRIOS

É a descrição minuciosa de um fato médico e de suas consequências, requisitadas por autoridade competente, nele são descritos os achados

médicos observados, bem como os relatos de uma análise crítica sobre o objeto da perícia.

Os relatórios são bipartidos, a saber: Auto Médico Legal e Laudo Médico Legal.

5.3.1 Auto Médico Legal

É elaborado no momento da perícia, destarte, ele é ditado à autoridade policial ou ao seu agente de polícia, ou seja, escrivão de polícia.

5.3.2 Laudo Médico Legal

É confeccionado posteriormente a perícia pelo próprio perito, neste caso, ao confeccioná-lo, o perito poderá complementar seu relatório colacionando doutrina sobre a perícia, jurisprudência, enfim, poderá aperfeiçoar suas investigações e constituir mais elementos de consulta, O prazo para a confecção do Relatório é de 10 (dez) dias.

O relatório deverá necessariamente conter: Preâmbulo; Quesitos; Histórico; Descrição; Discussão; Conclusão e Respostas aos Quesitos.

5.3.1.1 Preâmbulo

É a parte onde os peritos declaram suas identificações, títulos, residências, qualificam a autoridade que requereu e a autoridade que autorizou a perícia, e o examinado; hora e data em que a perícia é realizada e a sua finalidade.

5.3.1.2 Quesitos

São as perguntas formuladas pela autoridade judiciária ou policial, pela promotoria ou pelos advogados das partes.

5.3.1.3 Histórico

Consiste no registro dos fatos mais significativos que motivam o pedido da perícia ou que possam esclarecer e orientar a ação do legisperito.

5.3.1.4 Descrição

Contém o “*visum et repertum*” É a descrição minuciosa, clara, metódica e singular de todos os fatos apurados diretamente pelo perito. Constitui a parte essencial do relatório.

5.3.1.5 Discussão

É a análise cuidadosa dos fatos fornecidos pelo exame e registrado na descrição, compará-los com os informes disponíveis relatados no histórico, encaminhando naturalmente o raciocínio do leitor para o entendimento da conclusão.

5.3.1.6 Conclusão

É o sumário de todos os elementos objetivos observados e discutidos pelo perito, constituindo a dedução sintética natural da discussão elaborada.

5.3.1.7 Resposta aos quesitos oficiais

As respostas aos quesitos formulados devem ser precisas e concisas. Há também os quesitos oficiosos, que são elaborados pelas Partes, Juízes, Autoridade Policial e pelos representantes do Ministério Público.

Consoante ao Laudo Médico Legal, este para o Direito Processual Penal, viu-se ser um dos mais importantes documentos Médico Legal, pois ele serve de base para a formulação do convencimento do Magistrado quando diz respeito a determinados crimes que deixam vestígios e de que dependem de exame de corpo de delito.

Assim, vastos são os julgados referentes ao Laudo Médico Legal, e que a exemplo vejamos:

Ementa: PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 157, § 2º, INCISOS I E II, E ART. 159, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. REINCIDÊNCIA. AGRAVANTE. NECESSIDADE DE APLICAÇÃO.

AUSÊNCIA DE APREENSÃO **ELAUDO PERICIAL** DA ARMA. **ART. 167 DO CPP. APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO. EXTORSÃO E ROUBO. CONCURSO MATERIAL.** I - Dentro dos limites legais, uma vez caracterizada a reincidência, a agravante deve ser aplicada. II - Fere o disposto no **art. 61** , inciso I , do **Código Penal** , a rejeição de sua incidência sob pretexto de bis in idem, concretamente inócua (Precedentes). III - O exame de corpo de delito direto, por expressa determinação legal, é indispensável nas infrações que deixam vestígios, podendo apenas supletivamente ser suprido pela prova testemunhal quando tenham estes desaparecido, ex vi do **art. 167 do Código de Processo Penal** . IV – Esse entendimento deve ser aplicado no que concerne à verificação de ocorrência ou não da majorante do emprego de arma no crime de roubo, caso contrário o cancelamento da Súmula 174 do STJ seria, em boa parte, inócua. V - Aplica-se a regra do cúmulo material entre os crimes de roubo e extorsão uma vez que tratam-se de delitos de espécies diversas (Precedentes). Recurso especial provido.

Ementa: RECURSO ESPECIAL. **PENAL.** INAPLICÁVEL A MAJORANTE PREVISTA NO CRIME DE ROUBO. VIOLAÇÃO AO **ART 155, § 4º, DO CP ART. 159,** §1.º, **DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL . LAUDO PERICIAL . PESSOAS IDÔNEAS. PORTADORAS DE DIPLOMA DE CURSO SUPERIOR.** 1. A legislação **penal** define o quantum do crime de furto qualificado pelo concurso de agentes, inexistindo, pois, lacuna, razão pela qual não se afigura possível a aplicação da majorante do roubo em igual condição. 2. Nos termos do **art. 159** , § 1.º , do **Código Penal** , caso não haja peritos oficiais, o **laudo pericial** deverá ser realizado por duas

peessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior, o que não ocorreu no caso em tela. 3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido, mas declaro, de ofício, a extinção quanto ao crime imputado aos Recorridos, em face da ocorrência superveniente da prescrição da pretensão punitiva, nos termos do **art. 107**, inciso IV, c.c. os arts. 109 , inciso V , e 110 , § 1º, todos do **Código Penal** .

Ementa: PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. DELITO TIPIFICADO NO ART. 33 DA LEI N.º 11.343 /2003. ALEGAÇÕES DE NULIDADE DO LAUDO PROVISÓRIO DIANTE DE INOBSERVÂNCIA À REGRA DO ART. 159, § 1.º DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E EXCESSO DE PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DO LAUDO PERICIAL DEFINITIVO. INOCORRÊNCIA. PROCEDIMENTO EM CONFORMIDADE COM A NORMA DO ART. 50, § 1.º DA LEI 11.343 /06. LAUDO PERICIAL DEFINITIVO QUE PODE SER COLACIONADO AOS AUTOS EM QUALQUER FASE DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. 1. Não há que se falar em nulidade acerca do procedimento adotado para elaboração do **Laudo de Constatação, já que em conformidade com a regra do **art. 50**, § 1.º da Lei 11.343 /06, que permite a nomeação de perito pela Autoridade Policial, sendo que tal medida não afasta a necessidade de **laudo** definitivo para eventual condenação, cabendo a sua juntada em qualquer fase da instrução criminal. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA NO TRÂMITE DA AÇÃO PENAL N.º 0304001-66.2013.8.05.0039. MARCHA PROCESSUAL INCOMPATÍVEL COM O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. INEXISTÊNCIA DE COMPLEXIDADE DA CAUSA OU CONTRIBUIÇÃO DA**

DEFESA. CONFIRMAÇÃO DA MEDIDA CONCEDIDA INITIO LITIS. 1. O Paciente foi preso em 16/05/2013, com a decretação de sua segregação cautelar em 18/07/2013. Notificado, na Ação **Penal** n.º 0304001-66.2013.8.05.0039, em 23/07/2013, oportunidade em que informou que não possuía defensor, todavia, apenas em 04/09/2013, por ocasião do mutirão carcerário, foi determinada a intimação da Defensoria Pública do Estado, com apresentação da respectiva peça defensiva em 10/10/2013 e recebimento da Denúncia em 11/12/2013. Foi designada a Audiência de Instrução para 18/03/2014, ou seja, 08 (oito) meses após a prisão em flagrante do Paciente, manifesto, portanto, o constrangimento ilegal por excesso prazal, razão pela qual foi determinada, liminarmente, em 28/01/2014, a soltura do Paciente. 2. Considerando que as alegações trazidas ao acerto jurisdicional versam tão-somente acerca do excesso de prazo no curso da aludida Ação **Penal**, tendo sido concedida a tutela jurisdicional initio litis, sendo os efeitos dessa medida satisfativos, não há alternativa senão confirmar a liminar deferida, mantendo-se as medidas cautelares anteriormente fixadas, concedendo-se, pois, a presente Ordem. ORDEM CONCEDIDA.

6.4 CONSULTA MÉDICO LEGAL

É a solicitação na qual o interessado ouve a opinião de um ou mais especialistas a respeito do valor científico de determinado relatório médico-legal, quando o mesmo deixa dúvidas a respeito de seu conteúdo.

6.5 PARECER MÉDICO LEGAL

É a resposta escrita de autoridade médica, de comissão de profissionais ou de sociedade científica, a consulta formulada com o

intuito de esclarecer questões de interesse jurídico (Preâmbulo, Exposição, Discussão, Conclusão), nestes casos, geralmente, são médicos renomados que elaboram pareceres sobre casos duvidosos, com o intuito de sanar equívocos ou de ratificar um laudo ou auto médico legal.

6.6 DEPOIMENTO ORAL

São os esclarecimentos dados pelo perito, acerca do relatório apresentado, perante o júri ou em audiência de instrução e julgamento.

O Depoimento Oral, ou esclarecimentos, esta previsto no artigo 400 *caput* e parágrafo 2º; artigo 411 *caput* e parágrafo 1º; 473, parágrafo 3º e no artigo 531 todos do Digesto Processual Penal.

Não diferentemente, o Depoimento Pessoal, ou Oral do Perito, é de suma importância para o Processo Penal, visto que como o Laudo, o depoimento oral ajudará o Magistrado, bem como os Jurados, no caso de plenário do Júri, a desvendar determinado evento, cujo conhecimento seja específico, auxiliando assim, em seu livre convencimento quanto à determinada situação.

6.7 PRONTUÁRIO MÉDICO

Tem previsão no artigo 69 do Código de Ética Médica e é obrigatório sua laboração, podendo o profissional incorrer em falta grave. Pois ele é o registro feito pelo médico dos comemorativos do paciente.

6.8 ATESTADO DE ÓBITO

Dentre os diversos tipos de documentos Médicos Legais, poderíamos pôr o atestado de Óbito dentro dos atestados, onde realmente é o seu lugar, mas para o Direito o atestado de óbito é o documento mais importante, pois ele atesta a morte de um ser humano, geram direitos e deveres para as pessoas, sendo importante para diversos ramos do direito, bem como o Direito Penal, Direito Civil, Administrativo, Tributário, Direito Trabalhista etc.

Assim, podemos definir o atestado de óbito como sendo um documento simples, escrito e fornecido exclusivamente por um médico, que tem como finalidade confirmar a morte, determinar a causa morte e satisfazer alguns interesses de ordem civil, estatístico-demográfico e político sanitário, bem como determinar as consequências jurídicas, tem previsão legal no Código de Ética Médica em seu artigo 10.

7 CONCLUSÃO

Ante ao que até aqui foi esposado, as ciências jurídicas podem até ser uma ciência autônoma, mas necessita de “apoio” para o seu desenvolvimento. Muitos são os ramos das ciências que complementam as ciências jurídicas, Antropologia, Filosofia, Sociologia etc.

Em nosso caso, às ciências médicas, através da Medicina Médico Legal, é inexorável para a elucidação de diversos casos aplicáveis ao direito.

Podemos de maneira simples, em consonância ao que foi colocado, concluir, que sem a Medicina Médico Legal, o Direito Penal, tanto Material, quanto Processual, não conseguiria desvendar os “mistérios” existentes em determinados crimes.

É através da Medicina Legal, que podemos observar o motivo de uma morte; como se procedeu à morte; quais os objetos utilizados para ceifar a vida; quais tipos de lesões corporais foram sofridas, e quais objetos utilizados, nos casos de lesões corporais; dentre diversas outras hipóteses.

Destarte, essa pequena demonstração, é no sentido de chamar a atenção dos estudiosos do direito, bem como das Faculdades e Universidades de Ciências Jurídicas e Criminais quanto à importância da aplicabilidade da Medicina Médico Legal ao Direito, em nosso caso, especialmente quanto ao Direito Processual Penal, e mostrar que a Perícia Médica e Científica deveria ter autonomia para suas atuações, visto que é uma disciplina séria e respeitada em todo o mundo, e possuidora de diversos ramos.

8 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Código de Processo Penal Brasileiro Decreto-Lei 3.689/41 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm.

Greco, Rogério (coord.). Medicina Legal à Luz do Direito Penal e do Direito Processual Penal: teoria resumida/Willian Douglas Resinente dos Santos, Lélío Braga Calhau, Abouch Valent Krymchantowski, Roger Ancillotti, Rogério Greco. 11ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013

FICKER, José. **Manual de avaliações e perícias em imóveis urbanos**. São Paulo: Pini, 2001.

Medicina Legal do professor PEREIRA, Gerson Odilon, ano 2001 p. 10. http://www.malthus.com.br/rw/forense/Medicina_Legal_2004_gerson.pdf.

FRANÇA, Genival Veloso de **Medicina Legal**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1998.

NOTAS:

[1] Artigo 158 do Código de Processo Penal Brasileiro Decreto-Lei 3.689/41.

[2] Greco, Rogério (coord.). Medicina Legal à Luz do Direito Penal e do Direito Processual Penal: teoria resumida/Willian Douglas Resinente dos Santos, Lélío Braga Calhau, Abouch Valent Krymchantowski, Roger Ancillotti, Rogério Greco. 11ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

[3] Retirado do Site http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm em 25 de Maio de 2014

[4] Retirado do Site <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20002516/recurso-crime-rc-71003059938-rs/inteiro-teor-20002517> em 20 de Junho de 2014, às 20h00m.

[5] FICKER, José. **Manual de avaliações e perícias em imóveis urbanos**. São Paulo: Pini, 2001.

[6] Retirado do
Sítio http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm em 20 de Junho de 2014.

[7] Retirado do
Sítio http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm em 20 de Junho de 2014

[8] Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais; (Redação dada pela Lei nº 8.862, de 28.3.1994) (Vide Lei nº 5.970, de 1973)

[9] Retirado no
Sítio http://www.malthus.com.br/rw/forense/Medicina_Legal_2004_gerson.pdf, no Artigo Medicina Legal do professor PEREIRA, Gerson Odilon, ano 2001 p. 10, em 25 de Junho de 2014.

[10] Retirado no
Sítio http://www.malthus.com.br/rw/forense/Medicina_Legal_2004_gerson.pdf, no Artigo Medicina Legal do professor PEREIRA, Gerson Odilon, ano 2001 p. 10, em 25 de Junho de 2014, às 19h30min.

[11] FRANÇA, Genival Veloso de **Medicina Legal**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1998.

[12] Retirado no
Sítio http://www.malthus.com.br/rw/forense/Medicina_Legal_2004_gerson.pdf, no Artigo Medicina Legal do professor PEREIRA, Gerson Odilon, ano 2001 p. 10, em 25 de Junho de 2014, às 19h45min.

[13] -“Art. 302. Dar o médico no exercício de sua profissão, atestado falso”.

[14] “Art. 110. Fornecer atestado sem ter praticado ato profissional que o justifique, ou que não corresponda à verdade”.

A defesa da Concorrência e o combate aos Cartéis

RAFAEL DE OLIVEIRA COSTA: Mestre em Direito Político e Econômico pelo Mackenzie. Professor Tutor do Damásio Educacional.

RESUMO: O presente artigo científico visa tratar sobre a defesa da concorrência e o combate aos Cartéis no Brasil, valendo-se de ensinamentos e conceitos que foram explorados por outros países, principalmente os Estados Unidos da América, o qual é o grande repressor em termos globais desta prática anticoncorrencial. Houve grande preocupação em explicar como funciona a política de defesa da concorrência no Brasil, tratando-se de institutos extremamente importantes como o acordo de leniência ou delação premiada e ainda trazendo novas tendências no combate aos cartéis no nosso País.

Palavras-chave: defesa da concorrência; mercado concorrencial; repressão a cartéis; Brasil.

ABSTRACT: This research paper aims to address on the defense of competition and the fight against cartels in Brazil, taking advantage of teaching and concepts were explored by other countries, particularly the United States, which is the great repressor overall this anti-competitive practice. There was great concern to explain how the antitrust policy in Brazil, in the case of extremely important institutes such as the leniency agreement or award-winning snitching and still bringing new trends in the fight against cartels in our country.

Key words: antitrust; competitive market; crackdown on cartels; Brazil.

1 –INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é o de retratar como o mercado atual é competitivo e está suscetível a proliferação de práticas anticoncorrenciais. Na verdade se trata de um assunto bastante delicado, uma vez que exige um estudo aprofundado sobre o tema, trazendo a

forma e o procedimento que devem ser seguidos para que práticas como esta sejam reprimidas.

Ademais, é importante ressaltar que existem leis que tutelam e proíbem a proliferação de cartéis e outras práticas concorrenciais, objetivando justamente fazer com que tais práticas sejam vedadas e severamente punidas, dado que a dominação de mercado deve ser impedida, a fim de que se tenha um mercado isonômico e permissivo da concorrência de maneira justa e equilibrada.

Sendo assim, o objetivo é o de tutelar e demonstrar como tais práticas devem ser combatidas, mostrando as principais formas e normas a respeito do tema e ainda trazendo novas tendências sobre os cartéis no Brasil e esclarecimentos sobre o tema da delação premiada ou acordo de leniência.

2 – A Política da Defesa da Concorrência

A Política brasileira de defesa da concorrência é disciplinada pela Lei nº 8.884/94, conhecida como Lei de Defesa da Concorrência. Estão sujeitos a mencionada lei as pessoas físicas, empresas públicas e privadas, associações de classe e sindicatos.

MARTINEZ^[1] informa que:

“Concorrência pode ser definida como o processo de rivalidade entre os agentes de mercado, que pode se expressar em termos de preço, qualidade, diversidade ou qualquer outra variável comercialmente relevante. É o estado em que forças de mercado agem livremente com o objetivo de garantir que os limitados recursos da sociedade sejam usados da forma mais eficiente possível, maximizando o bem-estar social”.

A aplicação da Lei de Defesa da Concorrência, no âmbito administrativo, é realizada por apenas dois órgãos, que compõem o chamado Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), quais

sejam o 1. CADE e a 2. Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE/Ministério da Fazenda) nos termos das recentes alterações implementadas pela Lei nº 12.529/11[2] senão vejamos:

“TÍTULO II

DO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

CAPÍTULO I

DA COMPOSIÇÃO

Art. 3º O SBDC é formado pelo **Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda**, com as atribuições previstas nesta Lei.

CAPÍTULO II

DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

Art. 4º O Cade é entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional, que se constitui em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e competências previstas nesta Lei.

Seção I

Da Estrutura Organizacional do Cade

Seção I

Da Estrutura Organizacional do Cade

Art. 5º O Cade é constituído pelos seguintes órgãos:

I - Tribunal Administrativo de Defesa Econômica;

II - Superintendência-Geral; e

III - Departamento de Estudos Econômicos”.

DEL MASSO^[3] diz que:

“A experiência com a aplicação da Lei 8884/1994 deu ensejo a criação de um sistema de tutela da concorrência contra o abuso do poder econômico, mas deve-se destacar que o sistema de proteção não envolve órgãos que cuidam de todos os atos anticompetitivos. No caso, por exemplo, dos atos de concorrência desleal é o próprio Poder Judiciário a instância diretamente responsável pela tutela competitiva.

Na sistemática da Lei 12.529/2011, **o SBDC é formado apenas pelo CADE e pela SEAE**. As atribuições que cabiam aos órgãos na sistemática da Lei 8.8884/1994 agora foram redistribuídas entre o CADE e a Secretaria de Acompanhamento Econômico”.

A SEAE, por sua vez, é responsável por emitir pareceres econômicos em fusões e aquisições, bem como, facultativamente, elaborar pareceres em investigações sobre condutas lesivas à concorrência.

O CADE é um órgão colegiado que realiza o julgamento final, em âmbito administrativo, dos processos que investigam violações à ordem econômica e dos atos de concentração, após a análise dos pareceres proferidos pela SEAE.

Por sua vez, BAGNOLI^[4] ensina que:

“A Lei nº 12.529/11 estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômico (CADE) e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE), cujas atribuições, em linhas gerais, consistem na aplicação das medidas preventivas e repressivas de infrações à ordem econômica, a qual é orientada pelos princípios constitucionais contidos

na Constituição Federal, notadamente nos arts. 170 e 173, § 4º.

[...] o SBDC é composto pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), estruturado no Tribunal Administrativo de Defesa Econômica (TADE), na Superintendência-geral (SG) e no Departamento de Estudos Econômicos (DEE), e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE). Junto ao CADE, ainda atuam a Procuradoria Federal Especializada (PROCADE) e o Ministério Público Federal (MPF).

AREEDA e KAPLOW^[5] ensinam que:

“Apoiando-se a defesa da concorrência, no Brasil, na indicação das condutas (práticas desleais) e no controle das estruturas (concentrações tendentes à dominação dos mercados), importa verificar que em que sentido a tributação ou outras variáveis a ela relacionadas poderiam ensejar desequilíbrios concorrenciais passíveis de prevenção ou repressão”.

A análise com base na conduta dos concorrentes e no seu respectivo desempenho pode deparar-se com elementos relacionados à tributação, porquanto, no que diz respeito à conduta, a adoção de planejamentos fiscais pode significar a busca de vantagem comparativa em face dos demais concorrentes, da mesma forma que, quanto ao desempenho, a capacidade gerencial e a adoção de estratégias fiscais tendentes à redução de tributos podem produzir o mesmo efeito. A análise estrutural, por outro lado, pode ser igualmente influenciada por fatores tributários.

Cabe registrar que a análise quanto à aplicação da legislação de defesa da concorrência tem por foco os efeitos anticoncorrenciais decorrentes de causas tributárias, e não as causas em si mesmas, até porque os órgãos de defesa da concorrência não têm competência para afastá-las, mas tão somente detêm o poder de controlar ou mitigar os

efeitos que sejam lesivos ao funcionamento do mercado (ou seja, à livre concorrência).

POSSAS[6] diz que:

“Poder de mercado é definido como a capacidade de uma empresa ou grupo de empresas de manter seus preços persistentemente acima dos níveis competitivos, sem com isso provocar uma redução de vendas suficiente para torná-la não lucrativa. Para identificar se uma firma (ou grupo de firmas) detém poder de mercado, os órgãos de defesa da concorrência utilizam métodos indiretos de estimação, normalmente associados ao cálculo da participação de mercado (Market share) da firma (ou grupo de firmas)”.

A apreciação e repressão dos efeitos anticoncorrenciais decorrentes de causas de natureza tributária pelos órgãos do SBDC não representam uma ofensa à competência do Poder Judiciário quanto à declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de normas tributárias ou ao reconhecimento de práticas ilícitas, pelos contribuintes, relacionadas ao cumprimento de obrigações tributárias.

Os órgãos do SBDC não têm competência para eliminar as causas de natureza tributária que porventura causem efeitos danosos para a concorrência. Mas isso não quer dizer que não possam e devam mitigar tais efeitos.

Assim, por exemplo, é possível que os órgãos do SBDC concluam, a partir de uma consistente análise e investigação, que determinada causa tributária, quando associada ao comportamento de um ou mais agentes econômicos específicos, afeta a livre concorrência. O que é relevante para fins de aplicação das normas do SBDC no campo da tributação é o efeito anticoncorrencial e não essencialmente as suas causas.

Segundo FARINA[7]:

“A Política de defesa da concorrência pode ser definida como congregante daquelas ações e parâmetros regulatórios do Estado voltados para a preservação de ambientes competitivos e para o desencorajamento de condutas anticompetitivas derivadas do exercício de poder de mercado, a fim de preservar e/ou gerar maior eficiência econômica no funcionamento dos mercados”.

GONÇALVES^[8] informa que:

“Da mesma forma que, ao julgar um acordo de preços praticados entre agentes econômicos que atuem em um mesmo mercado como uma prática danosa à concorrência, os órgãos do SBDC não questionam a legitimidade do direito de contratar, também na seara da tributação devem ser focados apenas os efeitos anticoncorrenciais porventura oriundos de causa de natureza tributária, sem que isso implique o afastamento dessa causa”.

Além disso, polícias e Ministérios Públicos – Federal e Estaduais – estão a cargo da persecução criminal a cartéis, conforme dispõe a Lei nº 8.137/90, que trata sobre os crimes contra a ordem econômica.

Como sabemos, os cartéis são a mais grave lesão à concorrência. A investigação e punição de condutas real ou potencialmente anticompetitivas praticadas por empresas, indivíduos e associações constitui uma das prioridades do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Podemos mencionar como exemplos de condutas que podem ser consideradas lesivas à concorrência a fixação de preços ou condições de venda entre concorrentes (cartel), acordos de exclusividade, discriminação de preços, venda casada, recusa de negociação e prática de preços predatórios.

Podemos definir o cartel como um acordo entre concorrentes para, principalmente, fixar os preços ou quotas de produção, divisão de clientes e de mercados de atuação. Cartéis prejudicam seriamente os consumidores ao aumentar preços e restringir a oferta, tornando os bens e serviços mais caros ou indisponíveis.

Em artigo veiculado pelo CADE^[9] consta que:

“Um cartel pode envolver as seguintes práticas:

- a) fixação de preços, por meio da qual as partes definem, direta ou indiretamente, os preços a serem cobrados no mercado;
- b) estabelecimento de restrições/quotas na produção, que envolve restrições à oferta ou produção de bens ou serviços;
- c) adoção de prática concertada com concorrente em licitações públicas (e.g. combinação quanto ao teor de cada uma das propostas, e d) divisão/alocação de mercados por áreas ou grupos de consumidores.

Os participantes de cartéis sabem que estão cometendo um ilícito e, por isso, se valem de manobras que criam obstáculos à sua detecção. A comunicação entre os membros do cartel ocorre, via de regra, de maneira sigilosa e com poucos rastros, o que dificulta o acesso à prova documental. Daí decorre a importância de um Programa de Leniência que, ao conceder benefícios a um membro do cartel em troca de cooperação, permite a identificação e punição da prática que traz prejuízos substanciais ao consumidor brasileiro”.

O CADE^[10] aponta que:

“O poder de um cartel de limitar artificialmente a concorrência traz prejuízos também a inovação, por impedir que outros concorrentes aprimorem seus processos produtivos e lancem novos e melhores produtos no mercado.

Isso resulta em perda de bem-estar do consumidor e, no longo prazo, perda da competitividade da economia como um todo. Segundo a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE, 2002, os cartéis geram um sobrepeso estimado entre 10% e 20% comparado ao preço em um mercado competitivo, causando perdas anuais de centenas de bilhões de reais aos consumidores.

Nos últimos anos, as autoridades de defesa da concorrência de diversos países intensificaram seus esforços para identificar e impor severas sanções administrativas e criminais pela prática de cartel. Como exemplo, a Comissão Europeia, de 1990 a 2008, aplicou multas por formação de cartel que excederam 13 bilhões de euros e os Estados Unidos, de 1997 a 2008, aplicaram multas criminais que superaram 03 bilhões de dólares.

Na mesma linha, o Brasil, desde 2003, considera o combate a cartéis uma prioridade absoluta. A partir daquele ano, a SDE passou a utilizar ferramentas sofisticadas de investigação, como a realização de operações de busca e apreensão e a celebração de acordos de leniência (espécie de “delação premiada”).

A SDE está em crescente cooperação com as autoridades estrangeiras, tendo ocorrido em fevereiro de 2009 a primeira operação internacional simultânea em caso de cartel com a participação do Brasil. Paralelamente, o CADE passou a impor multas recordes a empresas, funcionários e sindicatos culpados pela prática de cartel.

Como reconhecimento da importância do combate aos cartéis, em 2008 foi editado Decreto

Presidencial que estabeleceu o dia 8 de outubro como o Dia Nacional do Combate a Cartéis. Foi escolhido o mencionado dia, pois no ano de 2003 foi firmado o primeiro Acordo de Leniência, instrumento que tem se mostrado fundamental para garantir a condenação de cartéis no Brasil.

Além de combatidos administrativamente pelos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, por sua gravidade, os cartéis são alvo de investigações e punições nos âmbitos criminal e civil”.

FERRAZ[11] aponta que:

“As normas de Direito Econômico, tais como aquelas de natureza concorrencial, devem ser interpretadas sob um enfoque macroeconômico ou de forma macrológica, como bem ponderou”.

De acordo com tal perspectiva, as normas de Direito Econômico não têm por objetivo fazer justiça entre dois indivíduos. Tampouco pretendem oferecer meras duas possibilidades, apontando a validade ou invalidade de um determinado comportamento. Ao contrário das normas dos demais ramos do Direito, aquelas pertencentes ao Direito Econômico têm por foco um universo de relações. Assim, por exemplo, as normas concorrenciais são erigidas sob a premissa de que há uma tendência natural dos agentes econômicos de buscarem o monopólio (concentração), sendo então necessário suprimir as práticas que possam levar à concretização dessa tendência, em prejuízo da livre concorrência e do próprio mercado.

FERRAZ[12] informa que:

“Daí porque a macrológica das normas concorrenciais indica que a sua aplicação a situações concretas passa por uma análise do contexto, no qual a resposta quanto à validade do comportamento dos

agentes econômicos jamais será, à primeira vista, positiva ou negativa (sim ou não), mas será dependente das circunstâncias existentes”

No âmbito administrativo, cartéis podem ser sancionados com multas impostas às empresas pelo CADE que variam de 1 a 30% do seu faturamento bruto, excluídos os impostos, no ano anterior ao início do processo, não podendo nunca serem inferiores à vantagem auferida, quando quantificável.

Além de multas, a Lei de Defesa da Concorrência prevê outras sanções aos condenados por infração à concorrência, tais como a publicação da decisão em jornal de grande circulação às expensas do infrator; a proibição ao infrator de participação em licitações e de obtenção de financiamentos de bancos oficiais por até cinco anos; e a recomendação para que os órgãos públicos competentes não concedam aos infratores o parcelamento de tributos federais.

BAGNOLI^[13], ensina que:

“O CADE é uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal. Trata-se de entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional e é titular das competências delineadas pela Lei nº 12.529/2011.

Em sua estrutura organizacional conferida pela Lei nº 12.529/11, o CADE é constituído pelo: i) Tribunal Administrativo de Defesa Econômica; ii) Superintendência Geral e iii) Departamento de Estudos Econômicos”

O CADE tem demonstrado, em várias ocasiões, o seu comprometimento com a punição severa dos cartéis. Um exemplo importante foi o caso do cartel das britas, em que o Conselho multou em 2005 as empresas representadas em quantias que variaram entre 15 e 20% do respectivo faturamento bruto no ano anterior ao da instauração do processo.

Um dos principais cartéis desmantelados pelo SBDC foi o chamado “Cartel da Britas”. Em 2002, a SDE recebeu uma denúncia sobre suposto cartel envolvendo empresas de pedra britada na Região Metropolitana de São Paulo.

As empresas operavam um cartel para fixar preços, alocar consumidores, restringir a produção e fraudar licitações públicas no mercado de pedra britada, insumo essencial para a indústria de construção civil. O cartel passou a atuar de forma mais sistemática a partir de fins de 1999, como forma de combater a queda no preço médio do produto que ocorria no mercado desde 1995.

Em 2003, a SDE e o Ministério Público do Estado de São Paulo realizaram a primeira operação de busca e apreensão em investigação de cartéis no Brasil. O procedimento foi realizado no Sindicato da Indústria de Mineração de Pedra Britada do Estado de São Paulo (Sindipedras), com a cooperação da Advocacia-Geral da União.

Além de infração administrativa, a prática de cartel também configura crime, punível com multa ou prisão de dois a cinco anos em regime de reclusão. De acordo com a Lei de Crimes contra a Ordem Econômica (Lei nº 8.137/90), essa sanção pode ser aumentada de um terço até metade se o crime causar grave dano à coletividade, for cometido por um servidor público ou se relacionar a bens ou serviços essenciais para a vida ou saúde.

No tocante a punições civis, os membros de cartéis estão sujeitos ainda a persecução na esfera civil. A Lei de Defesa da Concorrência prevê que consumidores podem ingressar em juízo, diretamente ou por meio de associações, Ministérios Públicos e PROCONs, para obter indenização por perdas e danos sofridos pela prática de cartel. As ações de indenização são realidade em outros países, sendo que as primeiras ações desse tipo já foram propostas no Brasil.

3 – Novas tendências no combate aos cartéis no Brasil

Ana Paula Martinez^[14] define os cartéis como:

“Acordos, ajustes ou mesmo troca de informações sobre variáveis comercialmente sensíveis entre concorrentes com o objetivo de alterar artificialmente as condições de mercado com relação a bens ou serviços, restringindo ou eliminando a concorrência. Os cartéis operam essencialmente por meio da fixação de preços ou de condições de venda, limitação da capacidade produtiva ou distributiva ou divisão de mercados ou de fontes de abastecimento”.

Cumprir informar, que o combate aos cartéis vem se intensificando, com impacto considerável em diversos setores da economia. Em 2001, a Comissão Européia multou mais de 50 empresas, em 10 casos de cartel. As multas aplicadas, somadas resultam em quase 02 bilhões de dólares.

Em 2001, a Comissão Européia multou mais de 50 empresas, em 10 casos de multas aplicadas que somadas resultaram em quase 02 bilhões de euros. Ademais, uma grande empresa do ramo farmacêutico foi multada em mais de 400 milhões de euros em um caso conhecido como “cartel das vitaminas”. Por sua vez, uma empresa do setor de papel e celulose foi multada em mais de 180 milhões, no caso dos “cartéis dos papéis descarbonados”.

O Reino Unido, após uma ampliação dos poderes investigativos das autoridades antitruste, ocorrida em 2000, passou a descobrir, em média, um cartel por mês. A criação de um programa de leniência naquele país já gerou diversas condenações de cartéis em apenas dois anos.

As autoridades norte-americanas, desde 1997, impuseram multas em condenações de cartéis que, somadas superam 02 bilhões de dólares. A maior sanção já imposta nos EUA foi no cartel das vitaminas, com multas acima de 01 bilhão de dólares.

Em 2002, ocorreram duas condenações pelo CADE, de cartéis dos postos de gasolina de Santa Catarina e Goiás, também contestadas em juízo atualmente. Foram impostas multas ao Sindicato do Comércio

Varejista de Combustíveis Minerais de Florianópolis, ao Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Estado de Goiás, e aos postos de gasolina envolvidos, no valor de 10% do seu faturamento do ano anterior.[

Os meios de investigação usados foram muito mais sofisticados, incluindo o uso de escuta telefônica, sendo impostas multas também às pessoas físicas envolvidas, da ordem de 10% do valor da multa imposta à empresa correspondente.

Podemos apontar que a primeira lei no Brasil a buscar a repressão aos cartéis remonta a 1962 (Lei nº 4137/62), mas nunca alcançou a aplicação prática desejada. Seguiram-se outras leis, prevendo a punição aos cartéis, tais como a Lei nº 8.037/90 e a Lei nº 8.158/91, as quais foram revogadas pela Lei nº 8.884/94.

MARTINEZ^[15] ensina que:

“A diferenciação mais básica entre os cartéis é quanto à variável comercialmente sensível objeto da conduta. Segundo esse critério, os cartéis podem ser classificados em cartéis de preços/quantidade (como nos ensina a microeconomia, os dois terão os mesmos efeitos no mercado, uma vez que a quantidade determina indiretamente o preço e vice-versa) e cartéis de alocação de mercado ou grupos de clientes (também referidos como acordos de *Market-allocation ou market-sharing*). Neste último caso, a intenção é replicar um ambiente de monopólio, em que cada agente econômico reserva uma área (e.g., bairro, cidade, Estado da Federação ou mesmo um país, no caso de um cartel internacional) ou um perfil de clientes para sua atuação. Os cartéis em licitação podem ser considerados uma subespécie de cartéis de alocação de mercado, por sua relevância”.

Em linhas gerais, a Lei 8.884/94 disciplina como cartel a conduta de fixar, em acordo com concorrente, preços ou condições de venda de bens ou serviços. Prevê também como infração a influência ou obtenção de conduta uniforme.

Não obstante o empenho das autoridades em buscar combater os cartéis, as armas oferecidas somente pela Lei 8.884/94 se mostravam insuficientes para dar ensejo a uma condenação. Até 1999, várias foram as denúncias formuladas, vários os procedimentos administrativos iniciados e conduzidos pelas autoridades, sem que se concluísse por nenhuma condenação, quer em âmbito administrativo, quer em âmbito penal.

É muito comum se atribuir à ausência de condenações a inexistência de leis severas ou a frouxidão dos julgadores. Reforça-se esse pensamento com o fato de que os investigados, nesses casos, são empresários, com acesso à assessoria legal adequada.

No caso específico dos cartéis, no entanto, tais motivos não explicam a inexistência de condenações até hoje. A razão precípua para a inexistência de condenações é, sem dúvida, a dificuldade de obtenção de provas contundentes da existência do ilícito. E essa dificuldade não é privativa das autoridades brasileiras: a doutrina estrangeira é unânime em reconhecer que a maior dificuldade no combate aos cartéis é a obtenção da prova do ilícito. De fato, cartéis dificilmente são consubstanciados em documentos.

MARTINEZ^[16] ensina que:

“Um indicativo da relevância dos cartéis internacionais é que dos 96 cartéis contra os quais os Estados Unidos impuseram multas superiores a US\$ 10 milhões até 31 de julho de 2012, 93 deles foram internacionais, a grande maioria deles afetando mais de duas jurisdições. Estudo aponta que cartéis internacionais geraram, em média, um sobrepreço 6% maior que os cartéis domésticos nos Estados

Unidos. Ainda que esse fenômeno possa não se repetir em outras jurisdições, estudos indicam que cartéis internacionais são especialmente propensos a causar danos significativos – de 133 cartéis estudados pela OCDE no período de 1996-2000, apenas 14 deles eram internacionais, mas estes responderam por mais da metade dos danos estimados no valor de US\$ 55. Investigações de cartéis internacionais recentes envolvem produtos tão diversos como vitaminas, lisinas, eletrodos de grafite, mangueiras marítimas, compressores e carga aérea.

Quanto aos cartéis nacionais, eles são mais facilmente formados naqueles países em que há concentração de poder econômico e em que a economia era até recentemente regulada, com mecanismos governamentais de determinação de preços, volume ou outras variáveis comerciais. Um exemplo é o Brasil, em que a existência do Conselho Interministerial de Preços – CIP e da Superintendência Nacional de Abastecimento – SUNAB criava contexto para trocas de informações comercialmente sensíveis entre concorrentes, tendo sido necessárias décadas para superar a cultura então formada”.

A atuação da Polícia Federal nas investigações possibilita, finalmente, colocar em prática os poderes investigatórios introduzidos na Lei nº 8.884/94. Contanto que atue dentro dos limites da legalidade e com autorização judicial, a Polícia Federal poderá fazer inspeção na sede das empresas investigadas, realizar a busca e apreensão de documentos, escutas telefônicas, interrogatórios etc.

Outro mecanismo muito importante para a obtenção da prova dos cartéis são os acordos de leniência, introduzidos na Lei nº 8.884/94, e que constituem uma espécie de “delação premiada”. Em linhas gerais,

representam a possibilidade de pessoas físicas e jurídicas, que de qualquer forma participarem de infração à ordem econômica, cooperarem com as investigações das autoridades antitruste, em troca da extinção da ação punitiva ou da redução de um a dois terços da penalidade aplicável, dependendo do caso.

Os acordos de leniência em âmbito concorrencial nasceram nos EUA, em agosto de 1993, sendo modificados até chegarem ao atual Corporate Leniency Policy (Programa de Leniência Corporativa). Após um certo período de ceticismo, o programa resultou na descoberta de vários cartéis em diversos setores da economia norte-americana.

Segundo o CADE^[17]:

“A Lei de Defesa da Concorrência reconhece que o interesse dos cidadãos brasileiros em ver desvendados e punidos cartéis supera o interesse de sancionar uma única empresa ou indivíduo que possibilitou a identificação e desmantelamento de todo o cartel e a punição de todos os seus outros membros”

Animadas com os resultados positivos alcançados pelos norte-americanos e por outros países que adotaram a mesma política, as autoridades brasileiras viram-se, com a introdução dos acordos de leniência e com a ampliação dos seus poderes investigativos, munidas dos instrumentos necessários para finalmente conseguir combater as infrações à ordem econômica, e, em especial os cartéis.

O problema é que o instituto foi transplantado para o sistema jurídico brasileiro sem as necessárias adaptações, o que o tornaria atualmente sem aplicação prática. A maior dificuldade para a celebração dos acordos de leniência está no fato de que como se viu acima, os cartéis são, no Brasil, além de infrações administrativas, crimes, sujeitos a ação penal pública incondicionada.

O primeiro acordo de leniência no País foi firmado pela então Secretária de Direito Econômico do Ministério da Justiça em 08 de outubro

de 2003^[18], dando origem, anos depois, à definição da data comemorativa do Dia Nacional do Combate a Cartéis, criado por Decreto Presidencial em 2008.

Podemos concluir que a história econômica brasileira mostra que a defesa da concorrência não foi, durante muitos anos, seriamente considerada pelo empresariado nas suas estratégias. A própria política econômica brasileira, com planos de desenvolvimento e políticas industriais altamente protecionistas, não raro deduzia deliberadamente a concorrência.

A caçada aos cartéis é quase uma febre mundial, que tem gerado ações cinematográficas de autoridades policiais no mundo inteiro e multas de valores altíssimos, como visto acima. O combate aos cartéis foi anunciado pelo Ministério da Justiça como uma prioridade em sua gestão, e não está sendo diferente.

A iniciativa das autoridades no sentido de ampliar o combate aos cartéis é realmente louvável, porque visa a punir uma conduta que é reprimida em todo o mundo, por representar um entrave à livre concorrência, gerar grandes ineficiências e transferir renda do consumidor para os infratores, por meio de preços inflados artificialmente.

4 – A delação premiada na defesa da concorrência brasileira

O contexto brasileiro atual não poderia ser mais propício para refletir sobre o instituto da delação premiada, notadamente sob a ótica do direito de defesa da concorrência.

A delação premiada é um instituto do Direito Penal usado como instrumento político-criminal de produção probatória, por meio do qual, mediante a confissão do acusado/indiciado e a sua respectiva colaboração nos procedimentos persecutórios, lhe é assegurado um benefício (“prêmio”).

O CADE^[19] menciona que:

“Cartéis são difíceis de detectar investigar sem a cooperação dos participantes da conduta, dado seu caráter sigiloso e fraudulento. Por essa razão, um número expressivo de jurisdições adotaram programas de leniência de modo a desvendar tais condutas, tais como África do Sul, Alemanha, Austrália, Canadá, Espanha, Estados Unidos, França e Holanda, Hungria, Irlanda, Israel, Japão, Nova Zelândia, Portugal, Reino Unido e União Européia.

O Brasil não é exceção a essa regra: a lei nº8.884/94 reconhece que é do interesse dos consumidores brasileiros conceder benefícios àquele participante do cartel que queira pôr um fim na conduta e cooperar de forma plena e ampla com as autoridades de defesa da concorrência de modo a permitir a condenação dos demais participantes do cartel. O interesse dos cidadãos brasileiros de ver desvendados e punidos cartéis supera o interesse de sancionar uma única empresa ou indivíduo que possibilitou a identificação, desmantelamento e punição de todo o cartel”.

No ordenamento jurídico pátrio há uma multiplicidade de leis esparsas que dispõem sobre a delação premiada, seja na sua forma original, seja em suas variações, como a colaboração espontânea ou a colaboração premiada. Todavia, essa constatação não significa a existência de procedimentos claros e bem definidos acerca do tema.

MARTINEZ[20] aponta que:

“O programa de leniência é considerado um dos instrumentos de política pública mais efetivos na repressão a cartéis e tem sido incorporado em ordenamentos jurídicos por um número crescente de jurisdições – mais de 30 países já adotaram o instituto em seus ordenamentos, após sua

concepção em 1978 pelos Estados Unidos. Entre os diferentes países, podemos diferenciar dois modelos principais: o dos Estados Unidos, que apenas garante benefícios ao primeiro delator, e o da Comissão Europeia, que acolhe em seu programa mais de um delator, concedendo imunidade para o primeiro e níveis decrescentes de desconto para os demais que decidam colaborar e pôr fim à prática.

O instrumento investigativo foi introduzido no Brasil em 2000, primeiramente por intermédio de medida provisória reeditada por duas vezes, posteriormente convertida na Lei 10.149, de 21 de dezembro de 2000, que alterou dispositivos da então Lei 8.884/1994. O instituto brasileiro, que segue a lógica do sistema norte-americano, foi preservado na Lei 12.529/2011, com incrementos pontuais”.

Ainda que relativamente recente, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) assistiu a um incremento no que tange à celebração de acordos de leniência nos últimos anos. Esse fato pode ser justificado, dentre outros, pela crescente difusão da cultura de defesa da concorrência no mercado brasileiro, despertando a conscientização da sociedade acerca dos malefícios advindos das práticas anticompetitivas (sensibilização concorrencial).

Nesse contexto de promoção de valores antitruste emerge tanto o viés preventivo, que visa à observância e cumprimento das regras de defesa da concorrência (compliance concorrencial), como o viés repressivo, com o desiderato de estabelecer mecanismos aptos e efetivos no combate a condutas anticompetitivas (sensibilização concorrencial).

Diante dessa realidade, as autoridades antitruste enfatizaram seus esforços na repressão aos cartéis. Em sede nacional, o cenário não pode ser diferente, tanto que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) vem acompanhando de perto o movimento global, destacando o

combate aos cartéis como uma pauta prioritária em termos de política pública.

MARTINEZ[21] informa que:

“Um programa de leniência apenas será efetivo se, além de haver ameaça de sanções severas para aqueles que não delatarem o esquema, o membro do cartel tiver receio de a conduta ser detectada pelas autoridades por meio de investigações independentes. Além de instrumentos alternativos de investigação – como a possibilidade de conduzir diligências de busca e apreensão e existência de canais efetivos de denúncias por terceiros, inclusive anônimas – algumas jurisdições têm inserido em seus ordenamentos a previsão de recompensas monetárias para aqueles que delatarem esquemas de cartéis e a impossibilidade de indivíduos sofrerem represálias por denunciarem ilícitos perpetrados pela empresa em que trabalham”.

O panorama global retrata, dentre outras variáveis: 1. Aumento do número de denúncias/investigações; 2. Novas tecnologias e técnicas investigativas; 3. Severidade das sanções em casos de condenação; 4. Conscientização da sociedade civil e 5. Novas legislações para reprimir com rigor condutas ilícitas e que se inter-relacionam com questões antitruste.

A Lei de Defesa da Concorrência (12.529/11) disciplina o acordo de leniência em seus artigos 86 e 87. Conforme se constata, o CADE poderá, por intermédio de sua Superintendência-Geral, celebrar acordo de leniência com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, com a extinção da ação punitiva da Administração Pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável.

O CADE[22] entende que:

“Nos termos da Lei de Defesa da Concorrência, os seguintes requisitos devem ser observados para habilitação ao programa de leniência:

- a) O proponente (empresa ou pessoa física) deve ser o primeiro a se apresentar à SDE e a admitir sua participação na prática denunciada. Se uma empresa se habilita para leniência, todos os seus funcionários que admitirem seu envolvimento no cartel receberão o benefício da leniência da mesma forma que a empresa, desde que assinem o Acordo de Leniência juntamente com a empresa e colaborem com a SDE durante as investigações. Por outro lado, caso a empresa não queira aplicar para o Programa de Leniência, seu funcionário pode fazê-lo individualmente, caso em que a proteção não se estende à empresa.
- b) O proponente deve cessar seu envolvimento na prática denunciada.
- c) O proponente não pode ser o líder da prática denunciada.
- d) O proponente deve concordar em cooperar plenamente com a investigação.
- e) A cooperação deve resultar na identificação dos outros membros do cartel e na obtenção de provas que demonstrem a prática denunciada.
- f) No momento da propositura do Acordo, a SDE não pode dispor de provas suficientes para assegurar a condenação do proponente.

[...] O Programa de Leniência concede imunidade administrativa total ou parcial para as empresas e pessoas físicas, dependendo da SDE ter conhecimento prévio da conduta ilegal em questão.

Se a SDE não tinha conhecimento prévio sobre a existência do cartel, o beneficiário pode ter direito à imunidade total. Se a SDE estava previamente ciente sobre o cartel, a penalidade aplicável pode ser reduzida de um a dois terços, dependendo da efetividade da cooperação e da boa-fé da parte no cumprimento do Acordo de Leniência. No Acordo de Leniência, a SDE declara se tinha conhecimento prévio da conduta, de modo a dar maior previsibilidade à parte quanto aos benefícios esperados com o acordo”

Um ponto sensível e de interesse geral diz respeito à confidencialidade. A proposta do acordo de leniência é sigilosa, salvo no interesse das investigações/processo administrativo. De igual sorte, a proposta não importa confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada, caso seja rejeitada, não se fará qualquer divulgação da mesma, tampouco poderá a autoridade usar essas informações e confissões para instauração de processo administrativo.

Oportuno mencionar, que o acordo de leniência também foi contemplado em sede da Lei da Empresa Limpa (12.846/2013). A novel legislação, que disciplina a responsabilidade civil e administrativa de pessoas jurídicas por “atos de corrupção”, dispõe sobre o acordo de leniência em seu artigo 16, com uma estrutura semelhante à inteligência antitruste (qualificações), facilitando a detecção do delito.

O CADE^[23] diz que:

“Caso a proposta seja aceita, um Acordo de Leniência é celebrado entre a SDE e o proponente. Os principais termos e condições do Acordo são os seguintes (modelo de Acordo está disponível em www.mj.gov.br/sde):

- a) Identificação completa do beneficiário e de seus representantes legais, incluindo dados de contato.
- b) Descrição completa da prática denunciada, incluindo a identificação dos outros participantes e de sua respectiva participação no cartel.
- c) Confissão de participação na prática denunciada pelo beneficiário.
- d) Declaração do beneficiário de que não esteve à frente da prática denunciada (i.e., de que não foi o líder do cartel).
- e) Declaração do beneficiário de que cessou sua participação na prática denunciada.
- f) Lista com todos os documentos fornecidos ou que serão fornecidos pelo beneficiário com o intuito de demonstrar a existência da prática denunciada.
- g) Obrigação do beneficiário de cooperar plenamente com as autoridades durante a investigação.
- h) Disposição de que o não-cumprimento das obrigações previstas no Acordo de Leniência pelo beneficiário resultará em perda da imunidade em relação a multas e outras sanções.
- i) Declaração da SDE de que o beneficiário foi o primeiro a se candidatar à leniência.
- j) Declaração da SDE de que não dispunha de provas suficientes para garantir a condenação do beneficiário pela prática denunciada”.

Em síntese, é possível inferir que a qualidade da colaboração dos signatários, o incremento das assinaturas, a diversidade de mercados alcançados e os impactos positivos na instrução processual, por exemplo,

são resultados que fortalecem a projeção do acordo de leniência na cultura concorrencial brasileira.

5 – As condutas restritivas da Concorrência

Ana Paula Martinez[24], informa que:

“a experiência no combate aos cartéis surgiu nos Estados Unidos da América, tendo o Poder Judiciário tido bastante influência no reconhecimento desta prática anticoncorrencial. O cartel é punido desde 1890 nos EUA, mas apenas no fim da década de 1990 a repressão ganhou os contornos que tem atualmente”.

MARTINEZ[25] diz que:

“Esse fato deve servir de lição deve servir de lição para outros países – não deve esperar resultados imediatos pós-introdução de arsenal jurídico adequado para a repressão da prática. De certa forma, essa é a experiência do Brasil: desde a década de 1930 o tema da repressão penal a condutas lesivas à ordem econômica permeia a mente do legislador, com a aprovação da lei hoje em vigor em 1990 – além de outra lei, específica para reprimir cartéis em licitações, em 1993. Mas somente mais recentemente, a partir de meados da década de 2000, é que o tema passou a ganhar destaque.

Cumprir informar que o primeiro registro de uma lei no Brasil que tem como pano de fundo a promoção da concorrência foi a Lei 2.919, de 31 de dezembro de 1914[26]. Martinez[27] informa que:

“De acordo com seu art.2º, IX poderia o Presidente da República “modificar a taxa dos impostos de importação, indo mesmo até permitir a entrada livre de direitos durante certo prazo para os

artigos de procedência estrangeira que possam competir com os similares nacionais, desde que estejam produzidos ou negociados por trusts”. Percebe-se que a motivação do dispositivo foi promover a concorrência interna de uma incipiente indústria nacional por intermédio de um aumento nas importações naqueles casos em que os mercados locais estivessem a cargo de agentes dotados de poder econômico”.

Segundo FERRARI^[28]:

“a primeira lei de caráter penal econômico foi o Decreto-lei 22.626, de 7 de abril 1933, que deu tratamento penal à usura no País. Ademais, as Constituições brasileiras de 1934 e 1937 se referiam à possibilidade de o Estado intervir no domínio econômico, mas não previa a forma expressa de repressão ao “abuso do poder econômico”.

MARTINEZ^[29] diz que:

“Com a Constituição Federal de 1988, a ordem econômica ganha um novo status e a livre concorrência passa a ser um de seus princípios balizadores, prevista no artigo 170, IV, ao lado de outros princípios como o da defesa do consumidor, que exigem balanço em sua aplicação pelo Estado.

Ademais, no artigo 173, § 4º da CF foi estabelecido que: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”, prosseguindo o § 5º: “A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem

econômica e financeira e contra a economia popular”. Note-se a preservação da expressão “abuso do poder econômico”, ficando implícito que o ordenamento jurídico reputa ser inerente ao regime de mercado a formação de poder econômico – o que se deve reprimir é o seu abuso. Além disso, há inegável resquício do Estado intervencionista, com destaque para a repressão do aumento arbitrário dos lucros e de atos contra a economia popular”.

FRANCESCHINI^[30] (2000 apud MARTINEZ, 2013, P.124) sustenta que:

“A revogação dos artigos que tratam de crimes contra a ordem econômica da Lei nº8.137/90 pela Lei 8.884/1994, uma vez que esta última teria natureza penal-econômica, com aplicação a cargo de conselho com função quase judicial. A única exceção seria o artigo 4º, VII da Lei 8.137/90, que permaneceria em vigor por força de expressa determinação do artigo 85 da Lei 8.884/1994. Ora, não nos parece ser esse o caso. Em primeiro lugar, o ordenamento jurídico permite a convivência dos sistemas administrativo e penal em relação aos mesmos ilícitos – como ocorre com a área de mercado de capitais. Em segundo lugar, exatamente porque a Lei 8.884/1994 alterou a redação de um inciso específico da Lei 8.137/90 (“elevar sem justa causa o preço de bem ou serviço, valendo-se de posição dominante no mercado”) é que é possível inferir que não foi seu intuito revogar tacitamente aquele diploma legal. Não é lógico sustentar que o legislador alteraria a redação de um inciso que trata de uma prática que pode ser considerada de importância lateral no rol de ilícitos previstos no artigo 4º da Lei 8.137/90 e com isso preservasse a vigência desse único inciso, afastando a vigência dos demais dispositivos. Esse é o

posicionamento dos tribunais brasileiros, que sempre reconheceram plena vigência aos dispositivos que tratam de crime contra a ordem econômica da Lei 8.137/90, alterados inclusive recentemente pela Lei 12.529/2011”.

Cumpra informar que, tratando-se de Direito da Concorrência, este é definido como o ramo do Direito Penal-Econômico que disciplina as relações de mercado entre os agentes econômicos e os consumidores, tutelando-lhes sob sanção, o pleno exercício do direito à livre concorrência como instrumento da livre iniciativa, em prol da coletividade.

FRANCESCHINI^[31] ensina que:

“A função quase jurisdicional do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, ou seja, a atividade-poder específica de seus Conselheiros de decidir qual a vontade da lei em relação a um caso concreto e de conferir à decisão autoridade pública e, por via judicial, exequibilidade compulsória, foi instituída para tutelar direitos coletivos, exprimindo-se no poder de conhecer e julgar acerca das infrações à ordem econômica. Dispõe o órgão, portanto, de funções e exerce atividade para-jurisdicional penal, embora conservando, ele próprio, estruturalmente, caráter administrativo”.

FRANCESCHINI informa que:

“Do processo penal comum, haure o processo penal-econômico os princípios fundamentais. São eles seis: a) o princípio da ação; b) o da indisponibilidade; c) o do contraditório e da imparcialidade; d) o da verdade real; e) o da persuasão e f) o da publicidade.

Pelo princípio da ação ou oficialidade, não se admite procedimento penal-econômico ex officio. Para constituir-se a relação processual depende sempre de acusação do DPDE, órgão oficial. Igualmente, o princípio delimita o campo do poder de decisão do CADE, pela determinação do fato submetido à sua apreciação, impedindo, desta forma o julgamento ultra petita.

Pelo princípio da indisponibilidade ou irretratabilidade se reconhece que o Estado não tem apenas o direito, mas o dever de punir. Portanto, o DPDE não dispõe de poderes discricionários para apreciar a oportunidade ou conveniência da instauração, quer do processo penal-econômico, quer do inquérito preliminar, desde que, evidentemente, enquadrado um fato na tipificação legal da infração à ordem econômica (princípio da obrigatoriedade). O DPDE não age senão em nome do que ela representa, tendo, portanto, o exercício, mas não a disposição, da ação penal-econômica, que lhe não pertence. O princípio comporta abrandamentos, tal como ocorre no processo penal comum, mas com maior razão. O crime, em geral, acarreta lesão irreparável ao interesse coletivo, tornando a pena indispensável à restauração da ordem jurídica violada. Já em tema da Lei da Concorrência, prevalece o aspecto utilitário-preventivo do Direito Penal-Econômico, pondo em relevo o processo competitivo e o desempenho econômico desejável. Competitividade, eficiência e progresso são palavras-chave, interessando muito mais o restabelecimento da ordem econômica ofendida do que propriamente sua reparação. Daí a instituição do Compromisso de Cessação da prática economicamente indesejável (art. 53 da LDC),

instituto de enorme valia social, somente desconhecido dos mentores da inadmissível Medida Provisória nº2.055/2000, que visaram sua extinção parcial (art. 53, §5º, da LDC, com a redação dada pela referida MP), visando fazer prevalecer o interesse político-repressor do Estado sobre o da Coletividade, em flagrante desrespeito ao disposto no art. 1º, parágrafo único, da Lei de Regência.

OLIVEIRA[32] nos aponta que:

“de um lado, as práticas restritivas da concorrência podem ser classificadas a partir da perspectiva do sujeito que incorre na conduta contrária a legislação concorrencial, em (i) unilaterais, quando realizadas por uma única empresa, ou ii) coordenadas, quando duas ou mais empresas agem em conjunto. De outro lado, tais práticas classificam-se em (i) horizontais, na hipótese de afetarem concorrentes de um mesmo mercado (v.g. cartéis) ou (ii) verticais, se envolverem diferentes mercados em uma mesma cadeia produtiva (fornecedor-produtor-consumidor) (v.g. acordos relativos a preços de revenda, restrições territoriais, restrições aos tipos de clientes que podem ser atendidos, discriminação de preços e venda casada”.

FONSECA[33] diz que:

“Note-se que as condutas reputadas como infrações à ordem econômica são aquelas cujos efeitos, independentemente de serem alcançados, se enquadram em alguns dos incisos do artigo 20”.

Por sua vez, FERRAZ JÚNIOR[34] ensina que:

“Na seara tributária, podem ser consideradas como condutas contrárias à ordem econômica aquelas que ferem diretamente a lei, como o contrabando e a sonegação, propiciando, com isso, indevidas vantagens concorrenciais para o agente que as pratica”.

Note-se que a redução ou eliminação do ônus dos tributos pode eventualmente caracterizar limitação, falseamento ou qualquer forma de prejuízo à livre concorrência ou à livre iniciativa, conduzindo o agente econômico beneficiário a uma posição de vantagem em relação aos seus concorrentes, interferindo no equilíbrio de mercado. Essa afirmação é especificamente ampla, sendo de rigor, como contraponto, a constatação efetiva do efeito lesivo que a vantagem comparativa decorrente de causa fiscal provoca na concorrência.

Cumprе mencionar que, para a maior parte das condutas lesivas à concorrência, há a preocupação quanto à eventual prática de preços predatórios (prevista nos incisos IV, V, X e XVIII do artigo 21^[35]), excessivos (inciso XXIV) ou que conduzam ao aumento arbitrário dos lucros. Trata-se, pois, de condutas que podem igualmente ensejar os efeitos arrolados no artigo 20.

Para fins de caracterização da imposição de preços excessivos ou do aumento injustificado de preços (e lucros), o parágrafo único do artigo 21 da Lei nº 8.884/94 prescreve que, além de outras circunstâncias econômicas e mercadológicas relevantes, devem ser considerados: “I – o preço do produto ou serviço, ou sua elevação, não justificados pelo comportamento do custo dos respectivos insumos, ou pela introdução de melhorias de qualidade; II – o preço de produto anteriormente produzido, quando se tratar de sucedâneo resultante de alterações não substanciais; III – o preço de produtos e serviços similares, ou sua evolução, em mercados competitivos comparáveis; IV – a existência de ajuste ou acordo, sob qualquer forma, que resulte em majoração do preço de bem ou serviço ou dos respectivos custos”.

FRANCESCHINI^[36] ensina que:

“A prática do preço predatório exige que a empresa incorra em perdas substanciais ou, ao menos, que reduza seus lucros na esperança que essas perdas serão recuperadas no futuro, por meio do exercício de poder de mercado. Daí porque as condições do mercado considerado se revelam como um ponto fundamental para a caracterização dessa conduta, pois sua viabilidade está atrelada ao fato de o agente possuir parcela substancial do mercado ou a possibilidade de adquirir essa parcela”.

Se o agente econômico incorpora aos seus lucros o ganho decorrente de uma vantagem tributária (v.g. coisa julgada em matéria tributária, regime especial ou isenção), sem repassá-lo aos seus clientes, não há como presumir a configuração de uma prática restritiva da concorrência, já que inexistente, nesta hipótese, aumento arbitrário de lucros, mas tão somente uma redução do custo fiscal.

Note-se que não há qualquer infração à ordem econômica no incremento dos lucros da empresa, ainda que isso leve, indiretamente, a uma condição de posição dominante no futuro. Como mencionado, não se pune a posição dominante em si mesma, mas tão somente o seu uso abusivo.

CRETELLA JÚNIOR^[37] informa que:

“A investigação por parte das instituições do SBDC levará em conta os custos de produção do agente com o qual os demais concorrentes não conseguem competir, sempre que haja nítidos indícios de que ele impõe preços predatórios (ou mesmo abusivos)”.

A sonegação fiscal é uma nítida forma de concorrência desleal^[38], sendo perfeitamente passível de penalização à luz da legislação concorrencial, na exata medida em que se verifiquem efeitos danosos à concorrência. Neste particular, não se pode confundir a prática de preço

predatório com a concorrência desleal (oriunda de sonegação fiscal ou de outra causa tributária), embora não se negue a possibilidade da primeira decorrer da segunda.

BIBLIOGRAFIA:

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 6023: informação e documentação: referências: elaboração. Rio de Janeiro, 2002.

_____. NBR 6023. Referências Bibliográficas. Rio de Janeiro: 2003.

_____. NBR 6027. Sumário. Rio de Janeiro: 2003.

_____. NBR 6029: Apresentação de livros. Rio de Janeiro: 1993.

_____. NBR 14724: Informação e documentação: trabalhos acadêmicos e apresentação. Rio de Janeiro: 2005.

_____. NBR 10520: Citações em documentos: apresentação. Rio de Janeiro: 2002.

ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de. **Livre Iniciativa, Livre Concorrência e Intervenção do Estado no Domínio Econômico**. In: *Revista dos Tribunais*. Vol. 874. São Paulo: RT, 2008.

ALVES, Cintia Gonzaga. **Extraterritorialidade e Defesa da Concorrência**. In: *Revista do IBRAC*. Vol. 8. nº 2. São Paulo: IBRAC, 2001.

ANDRADE, Maria Cecília. **A Política da Concorrência e Organização Mundial do Comércio**. In: *Revista do IBRAC* vol. 8. Número 5. São Paulo: IBRAC, 2001.

BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico**. 6ª edição. São Paulo. Editora Atlas. 2006.

CADE/SDE, Combate a cartéis e o programa de leniência, Cartilha SDE/CADE 01/2009, Brasília: Imprensa Oficial, 2009. Disponível em: http://www.cade.gov.br/upload/Cartilha%20Lenienciac%20SDE_CADE.pdf.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito Antitruste Brasileiro: comentários à Lei nº 8.884/94**. São Paulo: Saraiva, 1995.

CRETELLA JÚNIOR, J. **Livre iniciativa e Direito Concorrencial**. In: **Direito Concorrencial: Aspectos Jurídicos e Econômicos – Comentários à Lei nº 8.884/94 e Estudos Doutrinários**. Coordenadores: Marcos da Costa, Paulo Lucena Menezes e Rogério Gandra da Silva Martins. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

DEL MASSO, Fabiano. **Direito Econômico Esquematizado**. 3ª edição. São Paulo. Editora Atlas. 2015.

FAGUNDES, Jorge; KANCZUK, Fabio. **Preços Predatórios: Testes e Avanços Recentes**. In: Revista do IBRAC. Vol. 13. nº 2. São Paulo: IBRAC, 2006.

FARINA, E. **Política Industrial e Política Antitruste: Uma Proposta de Conciliação**. Revista do IBRAC. São Paulo: IBRAC, v.3, n.8, 1996.

FERRAZ, Roberto. **O Consumo, a Concorrência, o Mercado e as Distorções da Substituição Tributária (para frente)**. In: **Grandes Questões Atuais do Direito Tributário**. Vol. 11. Coord. Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Dialética, 2007.

FERRAZ, Roberto. **A Macrológica do Direito Econômico**. In: **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro** nº 142. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Práticas tributárias e abuso de poder econômico** In: **Revista de Direito da Concorrência**. nº 9. Brasília. Jan/mar. 2006.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de Proteção da Concorrência – Comentários à Lei Antitruste**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga (Org.). **Direito da concorrência case law**. São Paulo. Editora Singular. 2000. 1517 p. ISBN 8586626058.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. **Lei de Concorrência conforme Interpretada pelo CADE**. São Paulo: Singular, 1998.

GONÇALVES, Priscila Brolio. **A Obrigatoriedade de Contratar no Direito Antitruste**. São Paulo: Editora Singular, 2010.

MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis**. São Paulo 2013, Editora Singular.

OLIVEIRA, Gesner. **Defesa da Concorrência na OMC: uma Proposta de Agenda de Cooperação Internacional**. In: **OMC e o Comércio Internacional**. Coord. Alberto do Amaral Júnior. São Paulo: Aduaneiras, 2002.

OLIVEIRA, Gesner. RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

POSSAS, M. (1996). "Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência". Revista do IBRAC, 3 (5), maio.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica (Princípios e Fundamentos Jurídicos)**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Setor de Telecomunicações: Definição de Mercado**. In: **Regulação e Concorrência (estudos e pareceres)**. São Paulo. Malheiros, 2002.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: As Estruturas**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 82-83.

SILVEIRA, Rodrigo Maito da. **Tributação e Concorrência – Série Doutrina Tributária Vol. IV**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

TROIANELLI, Gabriel Lacerda. **Sobre a Natureza (Tributária?) das Medidas Antidumping, Compensatórias e de Salvaguarda**. Rio de Janeiro: Resenha ABDF, 1999.

NOTAS:

[1] MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis**. São Paulo, Editora Singular. 2013. p. 29.

[2] Lei nº 12.529/11 arts. 3 a 5º.

[3] DEL MASSO, Fabiano. **Direito Econômico Esquemático**. São Paulo. 3ª edição. 2015. p. 162-163.

[4] BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico**. 6ª edição. São Paulo. Editora Atlas. 2006. p. 213-214.

[5] Areeda e Kaplow, citados por BRUNA, apontam três elementos que devem ser levados em conta quando se procura averiguar se o nível de concorrência em determinado mercado está ou não aquém do 'desejável': a) a conduta dos concorrentes; b) o seu desempenho e c) a estrutura do mercado (Cf. AREEDA, Philip e Kaplow, Louis. **Antitrust Analysis – Problems, Text, Cases. 4th edition. Boston: Toronto, Little, Brow e Company Limited**, 1988. P. 42 apud BRUNA, Sérgio Varella. **O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu exercício**. São Paulo: RT, 2001. P. 64-54).

[6] POSSAS, M. (1996). **Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência**". Revista do IBRAC, 3 (5), maio.

[7] FARINA, E. **Política Industrial e Política Antitruste: Uma Proposta de Conciliação**. Revista do IBRAC. São Paulo: IBRAC, v.3, n.8, 1996.

[8] Embora o direito de contratar também albergue o direito de não contratar, é interessante perceber que, em determinadas situações, o poder econômico pode influenciar no exercício dessas prerrogativas, gerando desequilíbrios concorrenciais. Sobre o assunto, recomendamos a leitura de: GONÇALVES, Priscila Brolio. **A Obrigoriedade de Contratar no Direito Antitruste**. São Paulo: Editora Singular, 2010. 284 p.

[9] CADE/SDE, **Combate a cartéis e o programa de leniência, Cartilha SDE/CADE 01/2009**, Brasília: Imprensa Oficial, 2009. p. 25. Disponível em: http://www.cade.gov.br/upload/Cartilha%20Leniencia%20SDE_CADE.pdf

[10] CADE/SDE, **Combate a cartéis e o programa de leniência, Cartilha SDE/CADE 01/2009**, Brasília: Imprensa Oficial, 2009. p. 6-7. Disponível em: http://www.cade.gov.br/upload/Cartilha%20Leniencia%20SDE_CADE.pdf

[11] FERRAZ, Roberto. **A Macrológica do Direito Econômico**. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* nº 142. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. P. 80-86.

[12] FERRAZ. op.cit. p. 81-82.

[13] BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico**. São Paulo. 6ª edição. Editora Atlas. 2013. p.214.

[14] MARTINEZ, op. cit. p. 36-37.

[15] MARTINEZ. op. cit. p. 42.

[16] MARTINEZ. op.cit. p.45-46.

[17] Vide: **CADE/SDE, Combate a cartéis e o programa de leniência, Cartilha SDE/CADE 01/2009**, Brasília: Imprensa Oficial, 2009.

[18] PA 08012.001826/2003-10, que investigou suposto cartel de vigilância privada no Rio Grande do Sul, Conselheiro-Relator Abraham Benzaquen Sicsu, d.j. 19.09.2007.

[19] CADE/SDE, **Combate a cartéis e o programa de leniência, Cartilha SDE/CADE 01/2009**, Brasília: Imprensa Oficial, 2009. p.17.

[20] MARTINEZ, op.cit. p.257-258.

[21] MARTINEZ. op.cit. 262.

[22] CADE/SDE, **Combate a cartéis e o programa de leniência, Cartilha SDE/CADE 01/2009**, Brasília: Imprensa Oficial, 2009. p. 20-21. Disponível em:

http://www.cade.gov.br/upload/Cartilha%20Leniencia%20SDE_CA_DE.pdf

[23] CADE/SDE, **Combate a cartéis e o programa de leniência, Cartilha SDE/CADE 01/2009**, Brasília: Imprensa Oficial, 2009. p. 23-24. Disponível em

http://www.cade.gov.br/upload/Cartilha%20Leniencia%20SDE_CA_DE.pdf

[24] MARTINEZ, op.cit., p. 109.

[25] MARTINEZ, op.cit., p. 109.

[26] Publicada no DOU de 05.01.1915, p.15.

[27] Martinez, Ana Paula. **Repressão a cartéis**. São Paulo 2013, Editora Singular. Página 110.

[28] Cf. Ferrari, Eduardo Reale. **Legislação penal antitruste: direito penal econômico e sua aceção constitucional**, cit.

[29]

[30] MARTINEZ, apud. FRANCESCHINI.

[31] FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. **Direito da concorrência case law**. São Paulo. Editora Singular. 2000. p. 1339-1384.

[32] Cf. OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. P. 33-56.

[33] Cf. FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de Proteção da Concorrência – Comentários à Lei Antitruste**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. P. 89.

[34] Cf. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Práticas tributárias e abuso de poder econômico** In: **Revista de Direito da Concorrência**. nº 9. Brasília. Jan/mar. 2006. P. 125-138.

[35] Cf. FAGUNDES, Jorge; KANCZUK, Fabio. **Preços Predatórios: Testes e Avanços Recentes**. In: **Revista do IBRAC**. Vol. 13. nº 2. São Paulo: IBRAC, 2006. P. 37-61 (p. 51-52).

[36] Cf. FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. **Lei de Concorrência conforme Interpretada pelo CADE**. São Paulo: Singular, 1998, p. 717).

[37] Cf. CRETILLA JÚNIOR, J. **Livre iniciativa e Direito Concorrencial**. In: **Direito Concorrencial: Aspectos Jurídicos e Econômicos – Comentários à Lei nº 8.884/94 e Estudos Doutrinários**. Coordenadores: Marcos da Costa, Paulo Lucena Menezes e Rogério Gandra da Silva Martins. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 73.

[38] Não se está aqui a adotar a concepção de concorrência desleal tipificada como conduta ilícita no tocante à violação de direitos de propriedade intelectual a que se refere a Lei nº 9.279/96. Empregase o termo concorrência desleal, neste contexto, como prática atética em termos de concorrência, na medida em que a inadimplência tributária, esta sim um ilícito, favorece o agente econômico que adota, em detrimento daqueles que cumprem rigorosamente a legislação fiscal.

CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE DIREITOS SOCIAIS

ANDERSON LUIZ GUIMARÃES CARDOSO: Analista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Pós-graduado em Direito Civil, de Família e Sucessões, Ambiental e do Consumidor pela Faculdade Internacional Signorelli. Pós-graduado em Ciências Penais pela Universidade do Sul de Santa Catarina.

RESUMO: O objetivo da pesquisa será demonstrar que a Constituição Federal deve prevalecer sobre qualquer poder, que os direitos fundamentais devem ser totalmente preservados e garantidos e que devemos ficar atentos aos abusos que muitos fazem da máquina pública, sabendo que o Poder Judiciário não só poderá, como deverá intervir para garantir a efetividade de nossa Carta Magna. Mostrar que o Judiciário tem o dever de garantir a máxima efetividade de nossos direitos fundamentais, vedando o retrocesso social, garantido um verdadeiro Estado Democrático de Direito, no qual tenhamos verdadeiramente uma igualdade material de fato, construindo uma sociedade livre, justa e solidária. Esclarecer que diante do comportamento de abuso e omissão por parte da Administração Pública e do Poder Legislativo, os quais, ordinariamente, deveriam exercer a função de fixar e implementar políticas públicas, há a possibilidade de o Poder Judiciário garantir a efetivação de políticas públicas, pelo menos as consideradas mais essenciais à sociedade. Como base de elaboração do presente trabalho monográfico, foram utilizados métodos de pesquisa como buscas de materiais na internet, consulta de livros em biblioteca, pesquisa em jurisprudências, julgados simples e súmulas, além de toda a legislação necessária para fundamentar o tema discutido nesta monografia.

Descritores: Políticas Públicas. Poder Judiciário. Administração Pública. Poder Legislativo.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO JUSTIFICATIVA 1.1 Direitos humanos e garantias fundamentais 1.2 As primeiras declarações e o constitucionalismo: direitos humanos e direitos fundamentais 1.3. As “gerações/dimensões” dos direitos fundamentais 2.1 Implementação de Políticas Públicas 2.2 Interferência do Poder Judiciário 2.3 O limite da reserva do possível 2.4

Garantia do mínimo existencial 2.5 Direito Difuso, Direito Coletivo e Direitos Individuais Homogêneos CONSIDERAÇÕES FINAIS REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

INTRODUÇÃO

Apresentaremos neste estudo, o controle judicial das políticas públicas de direitos sociais. O tema em voga do presente trabalho se mostra cada vez mais recorrente em nossa doutrina e jurisprudência. Aliados a teoria do neoconstitucionalismo, mostra-se indispensável atualmente uma conduta estatal em prol da efetivação dos direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal, garantindo sua máxima efetividade, preservando a dignidade da pessoa humana, vedando o retrocesso social.

O Poder Público possui um papel fundamental na efetivação dos direitos sociais, pois conforme a “teoria das gerações do direito”, os direitos sociais (2ª geração) exigem uma conduta positiva do Estado, atuando em busca da concretização de uma igualdade material de fato, confrontando-se com os direitos de

1º geração (liberdades negativas), os quais cobravam um “não agir” do Estado. (LEAL,2010).

Notadamente, cumpre salientar as funções de cada Poder (Executivo, Legislativo e Judiciário) em prol da efetivação dos direitos sociais é discutir até que ponto o judiciário poderá intervir na discricionariedade administrativa da escolha de políticas públicas a serem implementadas, que por sinal, devem suprir as necessidades e os anseios da sociedade, não apenas a vontade de um administrador público. (BUCCI,2009).

Ocorre, que muitas das vezes, o Estado não efetiva os direitos fundamentais devendo o Judiciário, como guardião da Constituição, quando provocado, intervir e buscar a efetivação de tais direitos no caso concreto.

Alguns argumentos contrários a intervenção do Poder Judiciário ecoam no mundo jurídico, discute-se se nesses casos, se haveria ofensa ao princípio da separação dos poderes, tendo os magistrados “superpoderes”. Outros argumentam que a administração atua de acordo com um orçamento previamente definido, sendo que a conduta da efetivação dos direitos fundamentais deve ser ditada de acordo com esse orçamento, contudo, se não houver recursos financeiros suficientes, determinadas políticas públicas não poderão ser implementadas, chama-se tal teoria de reserva do possível.(KRELL,2009).

Entretanto, há muitos doutrinadores e diversas decisões dos tribunais superiores afirmando a legalidade da conduta da interferência do Poder Judiciário. Há inúmeros julgados impondo ao executivo a construção de creches, ao fornecimento de remédios e custeamento de tratamentos médicos, a imposição de destinação financeira para determinada área no exercício financeiro seguinte, dentre outras medidas concretizadoras de direitos fundamentais. (KRELL,2009).

O operador do direito deve ter a consciência de sua função social para com a sociedade. O profissional deverá se empenhar e seguir o mandamento constitucional, garantindo a concretização dos direitos fundamentais. Deste modo, diante das omissões dos demais poderes, o Judiciário teve obrigá-lo a implementação de políticas públicas, por meio de decisões coercitivas e justas.

Apesar de muitos argumentos contrários à implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário, grande parte da doutrina afirma que o Estado deve garantir ao cidadão um “mínimo existencial”, que consistiria no acesso a serviços e produtos básicos, com os quais uma pessoa consiga viver com dignidade, como por exemplo, educação, saúde, moradia, emprego, entre outros. Consoante tal teoria, caso o Estado não assuma seu papel de garantir o “mínimo” de uma vida digna aos seus cidadãos, não há outra alternativa a não ser a intervenção do Judiciário. (PALU,2011).

O presente trabalho apresentará os temas divididos em tópicos, onde constarão tanto as posições favoráveis, quanto às opiniões

contrárias ao tema em debate, além disso se exporá o que a jurisprudência pátria decide a respeito do assunto. Tal monografia demonstrará ser totalmente possível a intervenção do Poder Judiciário, na esteira do neoconstitucionalismo, buscando a máxima efetividade da Constituição, a garantia do mínimo existencial e a efetivação dos direitos fundamentais até o ponto que se atingirá uma igualdade material de fato e não será mais necessária a atuação do judiciário.

JUSTIFICATIVA

A sociedade está cansada de ver todos os dias notícias de que a violência aumenta, as escolas públicas são de baixa qualidade, de que não há remédios nos hospitais e postos de saúde, de que não há médicos e nem possibilidade de tratamento digno a saúde da população. O mais repugnante é que muitas das vezes poderíamos ter um cenário mais próspero se o Poder Executivo e o Legislativo, agissem de maneira consciente, com responsabilidade, em prol da satisfação do interesse público, consoante o insculpido na Constituição Federal.

Alguns gestores públicos priorizam programas que irão lhe dar retorno eleitoral, ou seja, votos nas próximas eleições, do que programas que verdadeiramente irão mudar a situação da população. Sem falar, que vários de nossos deputados, senadores e vereadores se esquecem de elaborar projetos de lei

ou de priorizar votações de matérias importantes, para discutiram aumento do próprio salário, da verba de gabinete, das regalias, entre outras. Desta forma, a população fica desassistida, sem saber o que fazer, por exemplo, para ter uma saúde, uma educação, uma segurança pública de qualidade. Por isso, muitos cidadãos recorrem ao Poder Judiciário para tentar efetivar um direito social fundamental seu. Ora, se está devidamente garantido na Carta Magna ele deve ser devidamente efetivado.

Já há em nosso ordenamento jurídico diversas decisões que estão dando razão aos cidadãos, obrigando o Estado a, no caso concreto,

efetivar um direito social, como por exemplo, decisão que manda o Estado construir creches e escolas

de educação infantil, decisões que garantem o fornecimento de medicamentos e o custo do tratamento. Ressalte-se que o Poder Judiciário não pode ser visto como um “salvador da pátria” e não deve interferir na separação de poderes, pois cada poder possui sua função típica e atípica previamente estabelecida. O Judiciário só deve ser acionado em último caso, para em determinado caso concreto, solucionar a lide de forma mais justa possível, mitigando as desigualdades existentes. (MELLO,2013).

Somente com um efetivo controle pela população das atividades desempenhadas pelos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário poderá haver melhorias em nosso país. O cidadão tem o dever de cobrar e exigir do Estado, na medida do possível, a efetivação de seus direitos fundamentais, uma vez que, o parâmetro de atuação dos poderes deve ser a Constituição da República. O Judiciário deverá intervir até que não seja mais necessária sua atuação, tendo os poderes Executivo e Legislativo se conscientizado de suas funções, efetivando à população seus direitos fundamentais (MELLO,2013).

Este trabalho tem sua importância social, no sentido de demonstrar ao operador do direito, sendo este juiz, promotor, advogado, ou outro profissional, que em sua vida prática deve-se buscar a plena concretização dos direitos fundamentais.

Sendo assim, cada vez mais o advogado tem o dever de pleitear em juízo diante da omissão estatal a garantia de satisfação de políticas públicas pelo Judiciário. Já o Ministério Público, instituição responsável pela defesa e proteção dos cidadãos, tendo como atribuições a fiscalização da aplicação e cumprimento das leis, tem o dever de quando as vias administrativas se tornarem infrutíferas adentrar na esfera judicial para que os direitos dos cidadãos sejam garantidos. Já o magistrado não deve temer, nem se omitir em aplicar a lei, buscando os meios necessários de forçar o Estado a efetivação dos direitos e garantias insculpidos na Constituição. (PALU,2011).

Desta forma, não basta uma decisão judicial favorável, é necessário que as decisões judiciais possuam força coercitiva e executiva de obrigar ao Estado a cumprir o estabelecido nas sentenças/acórdãos. Destarte, o primordial neste estudo é demonstrar a importância do tema na vida do profissional jurídico, uma vez que este possui uma relevante função na sociedade e capacidade de tornar o Estado, mais justo, democrático e igualitário.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

1.1 Direitos humanos e garantias fundamentais

Para que se possa compreender substancialmente como se coloca hoje a questão da cidadania, bem como divisar a tendência prospectiva, é indispensável refletir sobre o curso da evolução histórica. As instituições jurídico-políticas, como expressões da vida cultural, só adquirem sentido quando examinadas no contexto da História. (ANDRADE, 2013).

O processo de evolução da cidadania está estreitamente relacionado com o desenvolvimento dos direitos humanos, são facetas de uma mesma história da humanidade em busca do aperfeiçoamento das instituições jurídicas e políticas para garantia da liberdade e dignidade humana. (ANDRADE, 2013).

No desenvolvimento dessa história, que não é linear nem tampouco apreendida da mesma maneira pelos diversos autores, os temas da cidadania e dos direitos humanos surgem dissociados; no seu evoluir sofrem afastamentos e convergências; são institucionalizados com pretensões de universalidade, pela primeira vez, em uma mesma declaração internacional, porém caracterizados por conteúdos diversos; para depois, paulatinamente, virem se aproximando nesta segunda metade do século XX (KELSEN, 2012).

A etimologia revela a origem histórica ocidental da cidadania, que remonta à Antiguidade Clássica: *Polites*, que os romanos traduzem por *cives*, é o sócio da *polis* ou *civitas*. Cidadãos são apenas os homens

(proprietários) que participam diretamente do funcionamento da cidade-Estado. (ALVES, 2010).

Nesta época a participação na vida política consistia basicamente na votação das leis e no exercício de funções públicas. Tratava-se de uma característica essencial da vida pública, de tal sorte que, como disse Aristóteles, em tons de obviedade, sem participação dos cidadãos no governo da *polis* não há Estado. (ALVES, 2010).

O *status activus* da cidadania greco-romana aglutinava poderes e não meros direitos subjetivos, os cidadãos tinham como prerrogativas a *isegoria* (igual liberdade de palavra), a *isonomia* (submissão das mesmas leis), a *legis ragatae* (leis votadas pelo povo reunido em comícios), a *provocatio ad populum* (que permitia ao condenado a penas graves recorrer diretamente ao julgamento popular), entre outras. (ALVES, 2010).

Em contraste com essa pujança do *status* político, o indivíduo na civilização greco-romana não gozava de nenhuma liberdade privada. O cidadão estava em todas as coisas submetido, sem reserva alguma, à cidade; pertencia-lhe inteiramente, tanto na guerra como na paz. Não havia praticamente vida privada. Muitas cidades gregas proibiam o celibato; outras o trabalho manual, ou, contraditoriamente, a ociosidade. Até a moda era objeto de regulação pública: a legislação espartana determinava o penteado das mulheres e a de Atenas proibia que elas levassem em viagem mais que três vestidos. Tanto a religião como a educação, eram assuntos de exclusiva competência dos poderes públicos, pois se tratava de moldar o caráter dos cidadãos para o serviço da *polis*. (ALVES, 2010).

Em suma, a vida privada do mundo greco-romano, matriz da civilização ocidental, era o espaço da sujeição e do poder absoluto, em contraste com a liberdade ativa que prevalecia na esfera política.

Com a decadência da civilização greco-romana, o mundo ocidental atravessou vários séculos de supressão da cidadania. O *status civitatis* foi substituído por um complexo de relações hierárquicas de dominação privada. O renascimento da vida política fundada entre iguais (homens e

proprietários) deu-se apenas a partir do século XI, nas cidades-estados da península itálica, e com características muito semelhantes às da cidadania antiga. (PIOVESAN, 2012).

O movimento de centralização e expansão do poder político, a culminar com a instauração do regime do absolutismo monárquico, suprimiu este espaço limitado de liberdade. Foi contra ele que se forjou, pela via revolucionária (na Inglaterra e na França), o mundo político moderno. (PIOVESAN, 2012).

Na história da humanidade nunca os Direitos Humanos foram respeitados e implementados socialmente só porque tinham sido previamente afirmados por uma Declaração. O processo de conquista dos Direitos Humanos está intimamente relacionado com as lutas de libertação de determinados grupos sociais que vivenciam na pele a violação de seus direitos. (PIOVESAN, 2012).

Neste sentido é possível afirmar que as Declarações, em sua grande maioria, surgem como resultado dessas lutas, dessas violações, aparecendo como corolário de um processo histórico determinado. Fazendo uma leitura retrospectiva da história dos Direitos Humanos e de suas conquistas jurídicas, constata-se que existe um amadurecimento progressivo e expansivo do caminho realizado, em que cada Declaração de direitos incorpora as conquistas anteriores e dá um novo passo para à frente.

Esse processo pode ser visualizado a partir da classificação das “gerações/dimensões” dos direitos no marco do constitucionalismo, que segue certa ordem cronológica no seu reconhecimento formal, o que não significa, é importante destacar, que corresponda a um movimento linear.

1.2 As primeiras declarações e o constitucionalismo: direitos humanos e direitos fundamentais

A Declaração da Virgínia (1776) e a Declaração Francesa de 1789 são muito importantes pelo que significam: pela primeira vez na história ocidental, uma proclamação de direitos outorga a titularidade dos

mesmos à pessoa pelo mero fato de sê-lo, independentemente de haver nascido ou não em um determinado estamento social. (PIOVESAN, 2012).

Com o advento do constitucionalismo, passa-se a conferir um perfil jurídico aos direitos contemplados nas Declarações, que, num primeiro momento, tiveram uma dimensão moral, apelando apenas para as consequências individuais, posto que provindos do jusnaturalismo. (SILVA, 2012).

No princípio, em alguns países, as declarações de direitos se traduzem quase que em mera retórica. Proclamam os direitos humanos com toda solenidade, mas não estabelecem mecanismos para que os juízes possam reparar as violações dos direitos reconhecidos, nem sanções para quem não os respeitem. Outros países iniciam uma prática que resultará decisiva para a garantia dos direitos: os juízes passam a tratá-los como os demais preceitos de ordenamento jurídico, garantindo sua eficácia e situando fora da legalidade aqueles comportamentos que atentem contra eles. Assim, quando também os legisladores ditam leis que passam a regular o exercício dos direitos, podemos dizer finalmente, que estes direitos entram materialmente no mundo jurídico *puro y duro*. (SILVA, 2012).

Sublinhamos que a positivação dos direitos fundamentais é o produto de uma dialética constante entre o progressivo desenvolvimento das técnicas de seu reconhecimento na esfera do direito positivo e a paulatina afirmação, no terreno ideológico das ideias da liberdade e da dignidade humana. (SILVA, 2012).

A partir da institucionalização dos direitos humanos, com o seu reconhecimento nos ordenamentos jurídicos dos Estados nacionais, passamos a falar de direitos fundamentais. Nesse entendimento os *direitos do homem* ou direitos humanos são os direitos válidos para qualquer pessoa, em qualquer lugar, para todos os povos em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista). Os direitos fundamentais são os direitos humanos, jurídico e institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem arrancaríamos da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável,

intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta. (FERRAJOLI, 2009).

1.3. As “gerações/dimensões” dos direitos fundamentais

Somente a partir do reconhecimento e da consagração dos direitos fundamentais pelas primeiras constituições é que assume relevo a temática das assim denominadas “gerações” (ou dimensões) dos direitos fundamentais, vinculada às transformações geradas pelo reconhecimento de novas necessidades, de modo especial em virtude da evolução do Estado Liberal (Estado formal de direito) para o moderno Estado de Direito (Estado social e democrático de direito), bem como pelas mutações decorrentes do processo de industrialização e seus reflexos, pelo impacto tecnológico e científico, pelo processo de descolonização e tantos outros fatores direta ou indiretamente relevantes neste contexto e que poderiam ser considerados.(ALMEIDA, 2011).

Desde seu reconhecimento nas primeiras constituições, os direitos fundamentais passaram por diversas transformações relativas tanto ao seu conteúdo e titularidade, quanto às formas de sua concretização e efetividade.

Neste contexto, marcado pela mutabilidade histórica dos direitos fundamentais, os direitos civis constituíram os direitos de primeira geração, os direitos políticos os de segunda geração, enquanto os direitos sociais situam-se como direitos de terceira geração.

Passou-se, assim, a ter maior aceitação na doutrina a classificação que distingue os direitos de liberdade, direitos individuais, civis e políticos, de primeira geração; os direitos de igualdade, direitos sociais, econômicos e culturais, de segunda geração; e os direitos de solidariedade, novos direitos, ou direitos de terceira geração. (ALMEIDA, 2011).

Preleciona Paulo Bonavides (2013) que:

Os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo

cumulativo e qualitativo, tendo por bússola uma nova universalidade, material e concreta, em substituição da universalidade abstrata e, de certo modo, metafísica, relativa aos direitos humanos do jusnaturalismo do século XVII.

Nessa perspectiva, os direitos de primeira geração correspondem à fase inaugural do constitucionalismo liberal. No âmbito de seu reconhecimento nas primeiras constituições escritas, são um produto peculiar (ressalvado certo conteúdo social do constitucionalismo francês) do pensamento liberal-burguês do século XVII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. (BONAVIDES, 2013).

São direitos negativos, dirigidos a uma abstenção dos poderes públicos, direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. Num primeiro momento, destacam-se no rol desses direitos, especialmente pela sua notória inspiração jusnaturalística, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. São posteriormente complementados por um leque de liberdades, incluindo as denominadas liberdades de expressão coletiva (liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação, etc.) e os direitos de participação política, tais como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva. Também o direito de igualdade, (que na acepção liberal significa igualdade formal perante a lei) e algumas garantias processuais (*due process of law*, *habeas corpus*, direito de petição) se enquadram nesta categoria. Estes direitos caracterizam-se pela subjetividade e titularidade individual, valorizando as liberdades abstratas do homem singular inserido na sociedade. Enfim, cuida-se dos assim chamados direitos civis e políticos, que, em sua maioria, correspondem à fase inicial do constitucionalismo ocidental, mas que continuam a integrar os catálogos das constituições, ainda que lhes seja atribuído, por vezes, conteúdo e significado diferenciados. (BONAVIDES, 2013).

O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos dela decorrentes, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal da liberdade e igualdade não gerava a garantia de seu efetivo gozo, acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo-se ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social. Surgem, assim, os direitos de segunda geração, direitos sociais, econômicos e culturais, caracterizados por outorgarem direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc. Estes direitos estão associados ao princípio da igualdade (material), notadamente no marco do constitucionalismo da social democracia. São direitos coletivos, ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social. A nota distintiva desses direitos é a sua dimensão positiva. Cuida-se de propiciar um direito de participar no bem-estar social. (KELSEN,2012).

Os direitos de terceira geração, dotados de teor de humanista e universalista, emergiram da reflexão sobre temas concernentes a solidariedade que deve pautar as relações humanas. Extrapolam a titularidade individual e coletiva, são direitos difusos que têm por destinatário o gênero humano. Figuram no conjunto dos direitos de solidariedade: o direito ao desenvolvimento o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação. (FERRAJOLI,2009).

Essa relação dos direitos de solidariedade é apenas indicativa daqueles direitos que se delinearão em contornos mais nítidos contemporaneamente; é possível que haja outros em fase de gestação, podendo o círculo alargar-se à medida que o processo universalista se for desenvolvendo. (FERRAJOLI,2009).

Bonavides (2013),

elencando dentre os direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo, que correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado

Social. Segundo este autor os direitos de primeira, segunda e terceira geração são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia, coroamento da globalização política. “Os direitos de quarta geração compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão somente com eles será legítima e possível a globalização política”.

A declaração Francesa de 1789 ao intitular-se “Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão”, estabeleceu a distinção entre direitos do homem e direitos do cidadão: nesta separação, os primeiros direitos pertencem ao homem enquanto tal; os segundos pertencem ao homem enquanto ser social, ou seja, enquanto indivíduo integrado em sociedade. Esta classificação pressupõe uma separação talhante entre *status negativus* e *status activus*, entre direito individual e direito político. Vendo bem as coisas, a distinção em referência é uma sequela da teoria da separação entre sociedade e Estado, pois o binômio homem-cidadão assenta no pressuposto de que a sociedade civil, separada da sociedade política e hostil a qualquer intervenção estatal, é, por essência, apolítica. Isto permitiu a célebre oposição entre ‘*liberdade dos antigos*’ e ‘*liberdade dos modernos*’: se a liberdade dos antigos consistia na participação ativa nos negócios públicos, a liberdade dos modernos. (BONAVIDES,2013).

Para elucidar o tema, Barroso (2013) remonta a fase de elaboração da Declaração Universal. Afirma o autor que:

A Assembleia Nacional Constituinte teve que enfrentar, desde o início de seus trabalhos em 1789, o problema político-ideológico suscitado pela confluência de duas correntes de pensamento. Durante todo o debate sobre a Declaração de Direitos, vários oradores manifestaram-se, reiteradamente, em favor de seu alcance universal; de onde a utilização preferencial do termo *homem*, em lugar de cidadão. Essa visão do mundo, que remonta ao naturalismo antigo e foi, de certa

maneira, consagrada por Locke, reputa que os cidadãos de qualquer país, em qualquer época, têm os mesmos direitos fundamentais, ainda que não reconhecidos pelo Estado. Em sentido contrário, uma outra corrente, mais ou menos influenciada por Rousseau, entende que no estado civil, contrariamente ao estado de natureza, todos os direitos são fixados pela lei, como expressão da vontade geral.

É à luz desse choque de opiniões, o qual se acha, de resto, na origem da controvérsia contemporânea sobre o positivismo jurídico, que podemos entender o fato de que a Declaração de 1789 diga respeito, como autêntica fórmula de compromisso, aos direitos do homem e do cidadão. Todo homem é, doravante, protegido em seus direitos naturais, independentemente de sua nacionalidade, mas somente os nacionais são titulares dos direitos políticos.

Ademais e, sobretudo, o valor básico da cidadania moderna - a liberdade - adquire um sentido também diverso daquele vigente no mundo antigo. No mundo moderno, ao contrário do que acontecia na Antiguidade, a liberdade consiste não em participar da gestão da coisa pública, mas a não ser molestado abusivamente pelo Estado na vida privada. (BARROSO,2013).

É nesse momento que ocorre a ruptura entre a cidadania civil e a cidadania política, a primeira entendida como forma de afirmação da soberania individual e a segunda como delegação da soberania coletiva. No terreno político, os cidadãos do Estado liberal são condenados à passividade, não podendo intervir, de modo direto e oficial, no funcionamento das instituições públicas. A soberania - quer seja ela atribuída à nação ou ao povo - tem o seu exercício monopolizado pelos representantes eleitos. Foi este o preço, que o cidadão da era moderna teve que pagar para resgatar a sua liberdade privada. (BARROSO,2013).

O advento da sociedade de massas e o fenômeno do subdesenvolvimento econômico e social levaram, em todos os

quadrantes, à superação da cidadania liberal-individualista. Trata-se, exatamente, de uma superação no sentido hegeliano, ou seja, de uma conservação dos elementos positivos, acompanhada de uma substituição dos negativos, sem que haja, portanto, negação pura e simples do passado. (BARROSO,2013).

A sociedade de massas instaurou o predomínio das relações impessoais e simbólicas e pôs em foco, por isso mesmo, os chamados interesses difusos, isto é, não encarnados especificamente num grupo ou classe social. Com isto falseou-se o tradicional mecanismo de representação política, que implicava o relacionamento pessoal entre representantes e representados. Nas sociedades subdesenvolvidas, por outro lado, a essa impessoalidade da relação política acresceu-se o pronunciado desnível sócio-econômico entre regiões geográficas, setores econômicos e classes sociais, ocasionando o falseamento do sistema tradicional de garantia das liberdades individuais. A liberdade e a igualdade, como se sabe a muito, não são valores sociais igualmente garantidos, tanto aos ricos, quanto aos pobres. (ALMEIDA,2011).

É nesse contexto, ante as relações de poder difusas na sociedade, à hipertrofia do mercado, o enfraquecimento dos Estados, mas, sobretudo, diante da concentração capitalista de riquezas, e seus efeitos nefastos que se torna fundamental a reunião dos direitos do homem aos direitos do cidadão, reafirmando a indivisibilidade e universalidade dos direitos humanos.

Ainda que alguns autores mantenham a concepção liberal-positivista que limita os direitos de cidadania aos direitos políticos, é importante ressaltar que o exercício destes últimos (como de todo e qualquer direito humano) pressupõe o exercício de todos os demais direitos humanos. Sem a satisfação das necessidades materiais, sem igualdade, sem liberdade, não há como falar-se de participação na formulação da vontade estatal.

Também não parece plausível a separação entre homem e cidadão, ante a concepção hodierna dos direitos humanos, pois não se vislumbra a existência de um cidadão que não seja humano. Contudo, existem

humanos que não são cidadãos por que não participam da vida política, social, econômica e cultural da comunidade. Também nestes casos não subsiste a distinção, pois tendo seus direitos humanos negados, agredidos na sua dignidade, estes seres não são nem humanos nem cidadãos. Não são humanos porque não vivem - “viver” tem sua raiz etimológica na língua latina, onde significava “estar entre os vivos”. As pessoas que têm vedados os direitos sociais, econômicos e culturais, uma grande maioria no mundo todo, não podem exercer plenamente seus direitos civis e políticos, não podem participar da sociedade, “estar entre os vivos”, são assim violentados em sua dignidade e cidadania, perdem seus atributos de pessoa humana, e, portanto, deixam de viver. (FERREIRA FILHO,2014).

A organização sócio-política da primeira República sintetizava um regime que estava muito longe de ser uma democracia, a despeito de uma Constituição que formalmente garantia os direitos individuais e firmava uma estrutura de poder liberal e limitado, mas que, no fundo e em seu funcionamento formava uma pirâmide oligárquica. (FERREIRA FILHO,2014).

Sobre a estrutura social da época, cuidava-se de uma pirâmide em cujo ápice se encontrava o Presidente da República, vindo logo abaixo o Partido Republicano Paulista e os partidos estaduais; e, na base do arcabouço, o coronel e sua família, amigos, parentes e dependentes, constituindo as famosas oligarquias estaduais, pequenos Estados dentro do Estado, que centralizaram em suas mãos os poderes fundamentais da República: legislavam, julgavam e governavam. (FERREIRA FILHO,2014).

À primeira Constituição Republicana faltou-lhe vinculação com a realidade do país. Por isso não teve eficácia social. Não regeu o meio social para o qual fora feita.

A revolução de 1930 foi uma esperança do povo que logo se frustrou. Segue-se a supressão do regime constitucional, que só foi reconquistado mediante a convocação de Assembleia Constituinte que elaborou a Constituição de 1934.

A Constituição de 1934 vigorou por pouco mais de três anos, sobrevivendo o golpe de Estado de 1937 com sua Carta ditatorial, que durou até a promulgação da Constituição dos Estados Unidos do Brasil, em 1946.

A Constituição de 1946 trouxe um título sobre a declaração de direitos, com capítulos sobre os direitos de nacionalidade, os direitos políticos e os direitos e garantias individuais. Incorporou ela, como a de 1934, os chamados direitos humanos de segunda geração, consubstanciados num título sobre os direitos econômicos, sociais e culturais. Ela regeu o período de grande liberdade democrática. É verdade que o País já estava em franca urbanização, com razoável desenvolvimento industrial, que reunia um operariado sindicalizado que foi tomando consciência de sua própria expressão política. Sob sua égide, contudo, sucederam-se inúmeros conflitos constitucionais que encontraram um laboratório na Escola Superior de Guerra onde se formulou, por influência dos Estados Unidos, a doutrina da segurança nacional que fundamentou o golpe militar de 1964. (FERREIRA FILHO,2014).

A ditadura militar produziu duas Constituições, nas quais também se previa uma declaração de direitos, mas o princípio da segurança nacional sobrepairava a eficácia das demais normas constitucionais, pela criação de uma normatividade excepcional sem contemplação para com os direitos humanos mais elementares, sufocados durante vinte anos. Tudo poderiam fazer os detentores do poder: fechar as Casas Legislativas, cassar mandatos eletivos, demitir funcionários, aposentar magistrados, suspender direitos políticos, invadir domicílios, encarcerar, torturar e até sumir com as pessoas. (ANDRADE,2013).

A dialética dos fatos, contudo, é mais forte do que as formas dos regimes, pois, foi justamente sob esse regime fechado que o povo foi aprendendo que direitos humanos não devem constituir-se numa concepção imprecisa e abstrata, cumprindo mera função de retórica política, mas hão que ser tidos como sinônimos de interesses populares, significando moradia, terra, sindicalização, resistência à violência policial cotidiana, e que as vítimas das violações de direitos humanos são procedentes das classes populares. A reflexão sobre o tema da utopia e da

justiça fez-se de maneira nova, não como simples ideal, mas como prática, pois a utopia das classes populares não é o que elas pensam, é o que elas fazem; é o seu movimento real e concreto de luta. Sem luta a utopia não existe como não existe a justiça. (ANDRADE,2013).

A luta travada em vários níveis pelos movimentos de direitos humanos criou novas arenas políticas e novos atores: envolveu o Judiciário, que parecia pairar acima de tudo, confrontou o Executivo ao reivindicar verbas públicas para os chamados bens de consumo coletivo (escolas, creches, postos de saúde, etc.). Não se reivindicava nem mesmo a positivação de situações novas. Tratava-se de compreender, em primeiro lugar, que as declarações de direitos individuais e sociais não constituem apenas bons conselhos, e, em segundo lugar, o reconhecimento de que as garantias dos direitos humanos não estão apenas na sua positivação, mas no modo como se aplicam as normas constitucionais e as leis. (ANDRADE,2013).

Esses movimentos sociais postularam por uma nova ordem constitucional em que os direitos humanos fossem reconhecidos numa Constituição democrática, mas, sobretudo, que esses direitos declarados tivessem uma tradução concreta no cotidiano de milhões de pobres e minorias discriminadas, conscientes que ficaram de que os direitos humanos até então positivados em nossas Constituições, não tinham sido ainda capazes de responder às demandas formuladas pelas classes populares e de que esta dificuldade não era acidental, mas parte de um conjunto de relações econômicas e políticas; que constituem no Brasil - e na América Latina em geral - um sistema social feito para funcionar apenas para uma parcela da população. (ANDRADE, 2013).

Buscava-se não tanto a construção de um direito novo, mas uma forma de uso alternativo das formulações jurídicas existentes, convertendo seu vetor elitista no rumo da satisfação dos interesses gerais do povo.

A Constituição de 1988 resultou dessa luta pela construção de um Estado Democrático onde se assegurasse o exercício dos direitos humanos fundamentais.

2.1 Implementação de Políticas Públicas

As Políticas Públicas podem ser compreendidas como um sistema de elementos que se interligam, com vistas ao cumprimento de um fim: o bem-comum da população a quem se destinam, ou mesmo como um processo, pois tem ritos e passos, encadeados, objetivando uma finalidade. Estes normalmente estão associados à passos importantes como a sua concepção, a negociação de interlocutores úteis ao desenvolvimento, tais como técnicos, patrocinadores, associações da sociedade civil e demais parceiros institucionais. A pesquisa de soluções aplicáveis, como uma agenda de consultas públicas, que é uma fase importante do processo de legitimação do programa no espaço público democrático, a eleição de opções razoáveis e aptas para o atingimento da finalidade, a orçamentação e busca de meios ou parceiros para o suporte dos programas, oportunidade em que se fixam os objetivos e as metas de avaliação. Finalmente, a implementação direta e/ou associada, durante o prazo estimado e combinado com os gestores e financiadores, o monitoramento, acompanhamento e reajustamento de linhas de refinamento e a sua avaliação final, com dados objetivamente mensuráveis. (ESPÍNDOLA,2014).

As políticas públicas são um processo dinâmico, com negociações, pressões, mobilizações, alianças ou coalizões de interesses. Compreende a formação de uma agenda que pode refletir ou não os interesses dos setores majoritários da população, a depender do grau de mobilização da sociedade civil para se fazer ouvir e do grau de institucionalização de mecanismos que viabilizem sua participação. É preciso entender composição de classe, mecanismos internos de decisão dos diversos aparelhos, seus conflitos e alianças internas da estrutura de poder, que não é monolítica ou impermeável às pressões sociais, já que nela se refletem os conflitos da sociedade. (LEITE,2010).

Na sociedade civil também há uma diversidade de interesses e de visões que precisa ser debatida, confrontada, negociada, buscando-se um consenso mínimo. Essa formulação hoje se torna

complexa devido à fragmentação das organizações, apesar de algumas iniciativas de articulação em alguns setores. (LEITE,2010).

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados. (LEITE,2010).

O Professor Carvalho Filho (2009, p. 111) formula uma definição e desmitificacada elemento que compõe o conceito de Políticas Públicas.

Segundo o autor:

As Políticas Públicas são as diretrizes, estratégias, prioridades e ações que constituem as metas perseguidas pelos órgãos públicos, em resposta às demandas políticas, sociais e econômicas e para atender aos anseios oriundos das coletividades.

[...] Diretrizes são os pontos básicos dos quais se originara a atuação dos órgãos; estratégias correspondem ao *modus faciendi*, isto é, aos meios mais convenientes e adequados para a consecução das metas; prioridades das metas obtidas mediante processo de opção de escolha, cuja execução antecederá à exigida para outros objetivos; e ações constituem a efetiva atuação dos órgãos para alcançar seus fins.

[...]

[...] Metas constituem os objetivos a serem alcançados: decorrem, na verdade, das propostas

que nortearam a fixação das diretrizes. Por fim, temos os elementos mobilizadores, ou seja, as causas responsáveis pelas políticas e econômicas, representando os fatos que, em determinados lugar e tempo, rendem ensejo à perseguição de metas específicas. De outro, os anseios das coletividades, que é o que resulta das vontades coletivas, vale dizer, os resultados que, efetivamente, podem causar satisfação às pessoas em geral. [...]

O mesmo autor ainda diz:

Como retratam verdadeiros projetos para atendimento às demandas sociais, as políticas públicas são definidas e executadas basicamente pelos órgãos legislativos e administrativos. Até no Judiciário, quando se instituem e implementam políticas públicas relativas à prestação dos serviços jurisdicionais (de caráter institucional) e judiciário (de caráter organizacional), os instrumentos cingem-se aos atos de natureza legislativa e aos caracterizados como administrativos. Em outras palavras: legislação e administração formam o binômio responsável pelas diretrizes e ações a serem desenvolvidas pelos órgãos estatais.

Portanto, as políticas públicas são programas estatais que visam dar efetividade aos direitos fundamentais que se mostrem indispensáveis ao bem-estar social do indivíduo. Sendo tais políticas desenvolvidas pelo Poder Legislativo e na maioria das vezes de forma objetiva pelo Poder Executivo. Desta maneira, todos os elementos que constituem as políticas públicas devem ser diuturnamente avaliados e controlados para que alcancem suas finalidades.

Em relação a efetivação das políticas públicas, devemos observar que no primeiro momento cabe ao Poder Legislativo a elaboração das leis, consubstanciando os anseios da sociedade, delimitando as ações e as

metas a serem alcançadas, também aprovando o orçamento disponível para cada esfera de governo. No momento seguinte, após possuir aparato legislativo, cabe ao Poder Executivo complementar as ações definidas em lei, buscando mecanismos para a efetivação das políticas públicas. (ESPÍNDOLA,2014).

A Carta Magna em seu texto repartiu as competências dos poderes e também dos entes federativos. Definiu nos arts. 22 e 24 as competências para legislar e nos

arts. 21 e 23 definiu as atribuições dos entes federativos. Conforme se observa no texto constitucional, as atribuições da União, Estado, Municípios e Distrito Federal são justamente para efetivar e implementar as matérias consubstanciadas em nossa legislação. Deste modo, por exemplo, cabe privativamente a União legislar sobre seguridade social (art. 22, XXIII, CF), logo cabe ao ente federal estabelecer, através da lei, as políticas públicas relacionadas a essa matéria.(ESPÍNDOLA,2014).

2.2 Interferência do Poder Judiciário

Inicialmente, oportuno ser faz a inclusão de trecho doutrinário (CRISTOVÁM, 2010) bastante elucidativo sobre o tema:

A extrema rapidez com que se alteram os cenários político e econômico, aliada à crescente complexidade da sociedade contemporânea, tem exigido um profundo redimensionamento do papel do Direito e das instituições jurídicas no corpo social. Aquele modelo jurídico de cunho marcadamente liberal, no mais das vezes indiferente às pressões das massas populares e às lutas pelo direito a ter direitos, vem sendo paulatinamente suplantado por um modelo de Estado de direito inclusivo, que assume obrigações perante os cidadãos e procura dialogar com os anseios dos mais diferentes conjuntos de atores sociais.

Esta é a leitura que se pode fazer da Constituição Federal de 1988, uma carta política que embora taxada de prolixa, reflete os interesses das mais diversas camadas da sociedade brasileira. O expressivo número de direitos fundamentais de cunho liberal e social é um forte indicativo neste sentido. O grande desafio está na sua implementação, sobretudo os direitos sociais, aqueles direitos fundamentais ditos positivos porque exigem a atuação direta e efetiva do Poder Público. (FERRAJOLI,2009).

A supremacia da Constituição e o caráter vinculante dos direitos fundamentais são os traços característicos do Estado constitucional, um modelo de Estado de direito pautado pela força normativa dos princípios constitucionais e pela consolidação de um modelo substancial de justiça, conforme pensado pelas teorias pós-positivistas que vem sustentando a consolidação do que se pode referir como o novo constitucionalismo. (CRISTÓVAM,2010).

A superação do positivismo jurídico exige uma revisão de vários institutos jurídicos e inúmeras teorias que, embora servissem ao modelo liberal de Estado de direito, atualmente não se sustentam no seio do novo constitucionalismo: a teoria liberal da separação de poderes, a própria noção de soberania, o papel do Poder Judiciário no controle da Administração Pública, o controle jurisdicional da discricionariedade e do mérito administrativo, e, o objetivo central deste texto, a judicialização de políticas públicas. (CRISTÓVAM,2010).

Um dos grandes problemas de nossa nação é a aplicação inadequada do dinheiro público e a ineficiência na gestão e execução de políticas públicas por parte do Poder Executivo. Diante desses problemas, o Judiciário se tornou cada vez mais provocado a solucionar tais incidentes. (CRISTÓVAM,2010).

Ressalte-se que o Poder Legislativo tem a função de planejar e controlar as ações governamentais por intermédio das leis orçamentárias, que estão cada vez mais superficiais, ocasionando o descumprimento da finalidade orçamentária de priorização de diversas políticas públicas. Alheio a tais problemas, o Poder Executivo vê-se livre para agir de forma perigosamente discricionária. (SILVA,2012).

Há muita ineficiência, desperdício, omissão e corrupção por parte do Poder Legislativo, que se empenha na maioria das vezes apenas nos projetos que têm repercussão na mídia, ao invés de estudar todos os projetos que se preocupam em tornar mais digna a vida dos cidadãos. Tais condutas usufruem grande parte dos recursos financeiros do Estado sem resultado eficaz. (SILVA,2012).

A Constituição Federal preocupada em manter um Estado Democrático de Direito estabeleceu alguns mecanismos que visam a fiscalização dos gastos públicos, como é o caso do Tribunal de Contas da União. (SILVA,2012).

Apesar de muito se discutir a respeito do tema, a maioria dos autores admitem a possibilidade de interferência do Poder Judiciário na execução e controle das políticas públicas sociais, já que possui a função de guardião da Constituição, devendo primar na garantia de sua máxima efetividade.

Com maestria surge a lição de Cristóvam (2011):

Ao Judiciário cabe a guarda da Constituição e a defesa das instituições democráticas, sendo-lhe função primordial o controle de atos legislativos e executivos contrários ao manifesto teor da Constituição. A função de controle da constitucionalidade das leis, dos atos da Administração e das políticas públicas, não reflete, contudo, a superioridade do Judiciário sobre o Legislativo ou Executivo, mas a supremacia da Constituição, sobre as leis e atos administrativos.

Não se está, portanto, defendendo que a supremacia do legislador, verdade “senhor do direito” no Estado legislativo, seja substituída pela supremacia dos juízes, os novos “senhores do direito”. Ainda que seja inegável e essencial o agigantamento das responsabilidades dos juízes no Estado constitucional, como instrumentos de realização da justiça material, a ideia da existência de qualquer “senhor do direito” é incompatível com o Estado constitucional. (SILVA,2012).

Com os atuais contornos traçados pelo Estado constitucional não mais parece adequado falar em diferentes poderes. Em verdade, o que existem são funções públicas desempenhadas por diferentes órgãos, todos voltados ao implemento da Constituição. (SILVA,2012).

A supremacia da Constituição é o traço marcante do Estado constitucional. A própria teoria da soberania do Estado deve ser deslocada para a ideia de soberania da Constituição. O estado somente alcança legitimidade, na medida em que garante as liberdades fundamentais e implementa os direitos fundamentais sociais, numa clara redefinição do conceito de soberania. Soberania é a Constituição; o Estado é apenas um instrumento de efetivação dos ditames constitucionais. (LAFER,2014).

Partindo desses parâmetros, não parece que o controle jurisdicional de políticas públicas afronta o princípio constitucional da separação de poderes. Antes o torna efetivo, vez que por meio da judicialização de políticas públicas se busca garantir a implementação de direitos fundamentais positivos. A Constituição de 1988, conforme o art. 5º, XXXV, conferiu ao Poder Judiciário ampla função jurisdicional, sendo vedado à lei excluir da sua apreciação lesão ou ameaça a direito. A legitimidade do Judiciário para examinar quaisquer violações a direitos dos cidadãos não decorre do princípio político democrático; sobressai, expressamente, do texto constitucional, não devendo encontrar nenhum óbice legal. Mesmo assim, no Brasil há centenas de julgados que defendem a impossibilidade do controle judicial da implementação de políticas públicas. (LAFER,2014).

2.3 O limite da reserva do possível

Outro obstáculo à concretização dos direitos fundamentais é a teorização de que estes direitos ficam adstritos à “reserva do possível”, dentro das condicionantes econômicas e políticas da sociedade, necessitando da organização e da atuação do Estado para a sua realização.

Nesse ponto o problema será enfrentado partir da contribuição teórica de Coutinho (2014):

Como é sabido, na perspectiva do monismo jurídico, estando a produção do direito concentrada

no Estado, todos os direitos, como instituição positiva que são, pressupõem a existência de recursos, aparelhamento e atuação estatal, seja para implementá-los diretamente, seja para garantir a expectativa de que qualquer violação a eles será remediada ou reprimida. Na linguagem de Luhmann, dizer-se-ia que todos os direitos necessitam da presença do Estado para sua “generalização congruente”.

O que se questiona é qual a justificação para a aplicação considerável de recursos públicos em setores que tendencialmente se destinam à proteção dos chamados direitos individuais clássicos, que teoricamente, exigiriam apenas a “ausência” do Estado, como é o caso dos investimentos no aparelho judiciário (a proteger, de maneira privilegiada, os direitos individuais; e, na época das eleições, os direitos políticos clássicos); dos custos do aparelho policial e outras instituições (direcionados à proteção, garantia e desenvolvimento da propriedade - industrial, intelectual, urbana, etc.); e dos gastos na manutenção do sistema financeiro-administrativo (bancos estatais de fomento, autarquias, fundos e outras entidades do poder público, e mesmo entidades financeiras privadas). Indagando-se também pelos motivos da correspondente dificuldade na destinação de recursos que possibilitam a efetivação dos direitos sociais (educação, cultura, saúde, moradia e previdência social), dificuldade esta, diretamente proporcional à exuberância dos recursos destinados à manutenção do *status quo*. (SCAFF,2009).

Poder-se-ia ainda perguntar o seguinte: se na reserva do possível, estão localizados os direitos que, pela complexidade que envolvem, submetem a sua realização aos limites econômicos e políticos da realidade, quais, então, dentre os direitos fundamentais (individuais, políticos e sociais) não fixariam moradia em tal reserva, pois quais não exigem uma permanente opção (política e econômica) do Estado e da sociedade, que lhes garanta a sobrevivência? Enfim, existe um só direito fundamental, cuja realização não se submeta aos limites econômicos e políticos da realidade? O que seria do direito de propriedade sem o enorme complexo de instituições econômicas, políticas e sociais no Estado, a lhe proteger? Bastaria a sua só presença entre os elencados no

rol de direitos fundamentais da Constituição para que ele, num átimo, se concretizasse? Em linguagem jurídica, bastaria isso para que ele fosse fruível, imediata e diretamente, por seu destinatário? Não está no excluir os outros (opor-se *erga omnes*, como querem os civilistas) a verdadeira essência do direito real de propriedade? Quem, na ausência do Estado, garantiria tal faculdade? (SCAFF,2009).

Conforme Ruy Espíndola (2014):

O problema, pois, do que tem sido dito pelos constitucionalistas sobre “a reserva do possível” é que eles têm dado por comprovado o que, em verdade, pede comprovação (se os direitos sociais fazem parte da “reserva do possível”, como e porque é que lá estão?). E, ainda, em outros termos, o grande problema de uma Teoria Constitucional, democraticamente concebida, não é afirmar quais os direitos constitucionais fazem parte da “reserva possível”, mas porque alguns saem de lá com tanta facilidade, enquanto outros lá se eternizam. Os direitos sociais passam, no plano da realidade, pelo mesmo processo de concretização de qualquer dos outros direitos, não se resolvendo, é óbvio, apenas no plano normativo, pois a Constituição não cria o paraíso pelo simples fato de existir.

As dificuldades que o Estado e a sociedade enfrentam na realização desses direitos são da mesma estatura que as encaradas quando da efetivação de outros direitos. Assim, o que não se pode aceitar é que as classes e grupos dirigentes, no Brasil, com o argumento de que não se pode realizar tudo o que foi estabelecido pela Constituição, em matéria de direitos sociais, se vejam desobrigados a concretizarem, aí sim, o que a realidade já aponta ser possível. (LEITE,2010).

2.4 Garantia do mínimo existencial

O principal princípio que deverá nortear a sociedade é o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, inciso III, da CF, como um fundamento da República Federativa do Brasil, deste princípio decorre diversos outros, como é o caso do mínimo existencial.

O Estado Social tem a obrigação de proporcionar ao cidadão os recursos necessários à sua sobrevivência, ou seja, garantindo o direito à saúde, à educação, ao salário digno, ao trabalho, à moradia, à assistência, entre outros capazes de lhe proporcionar a felicidade.

O grande problema é diante do caso concreto concretizar esses direitos, que a todo momento são violados pela administração pública, ainda mais complicado, é definir o que seja o mínimo essencial para o indivíduo.

Na concepção de Torres (2003 *apud* GUERRA; EMERIQUE),

os direitos referentes ao mínimo existencial incidiriam sobre um conjunto de condições que seriam pressupostos para o exercício da liberdade. Inclusive o autor sustenta a ideia de metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. Tal posicionamento reduz o caráter fundamental dos direitos sociais fora do âmbito do mínimo existencial, extraindo sua plenitude colocando-os em patamares inferiores, mínimos de eficácia.

O conjunto dos direitos sociais praticamente na sua integralidade forma o bloco constitucional dos direitos fundamentais e a identificação com níveis mínimos, em que pese à contribuição para buscar um nível de garantia mais adequado aos referidos direitos, acaba por menosprezar seu impacto deixando a cargo do Estado a cômoda condição de oferecer apenas o mínimo, ainda que este grau seja insatisfatório. Uma verdadeira ótica de implementação dos direitos sociais prestacionais não se coaduna com nivelamentos que excluem determinados direitos ou diminuem as dimensões dos mesmos, até porque esta postura acentua as desigualdades sócio-econômicas.

De outra forma, não se deve confundir a materialidade do princípio da dignidade da pessoa humana com o mínimo existencial, nem se pode reduzir o mínimo existencial ao direito de subsistir. Apesar da vasta extensão dos direitos sociais gerarem problemas relacionados à amplitude

de sua eficácia e comprometer a credibilidade da construção do Estado Democrático de Direito, não se justifica partir para versões minimalistas abandonando de vez uma visão mais global.

Poderíamos dizer que embora não expressamente previsto na CF/88 o princípio do mínimo existencial constitui uma regra constitucional, que resulta da ponderação entre os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade material, contrabalançados com os princípios da competência orçamentária do Estado e da separação dos poderes.

O Estado Democrático de Direito implica a concretização e efetividade dos direitos fundamentais, aplicando-se os instrumentos adequados, conforme a realidade de cada sistema, sendo considerado o mínimo existencial aquilo que é necessário e indispensável para uma vida plena e digna, devendo o Judiciário intervir na busca desse mínimo.

2.5 Direito Difuso, Direito Coletivo e Direitos Individuais Homogêneos

Direitos difusos são aqueles cujo interesse abrange número indeterminado de pessoas unidas pelo mesmo fato, enquanto os direitos coletivos são os que abarcam grupos ou categorias de pessoas determináveis, possuindo uma só base jurídica.

Então, direitos ou interesses difusos são o topo da escala de indivisibilidade e da falta de atributividade a determinado indivíduo ou grupo, sendo a mais ampla síntese dos interesses de uma coletividade. São características dos direitos difusos:

Quanto aos sujeitos: não existe vínculo jurídico entre os sujeitos afetados e a lesão de seus respectivos direitos, mas os efeitos se agregam por força de contingências, como, por exemplo, o fato de viverem na mesma região, consumirem determinado produto, possuírem pretensões semelhantes, trabalharem na mesma empresa, etc.

Quanto ao objeto: é indivisível, e por este motivo, quando um sujeito obtém a satisfação, os outros envolvidos também são contemplados. Da

mesma forma, se algum é lesado, todos os demais, provavelmente, também o serão.

Duração: é efêmera, já que não existe vínculo jurídico entre seus titulares, de forma que a ligação entre eles é resumida, não individualizável inicialmente.

Por sua vez, direitos coletivos são aqueles que constituem direitos transindividuais de pessoas ligadas por uma relação jurídica base entre si ou com a parte contrária, sendo seus sujeitos indeterminados, porém determináveis. Há também a indivisibilidade do direito, pois não é possível conceber tratamento diferenciado aos diversos interessados coletivamente, desde que ligados pela mesma relação jurídica (CERQUEIRA JUNIOR E CAVALCANTI, 2014).

Como exemplo, citem-se os direitos de determinadas categorias sindicais que podem, inclusive, agir por meio de seus sindicatos, tendo tais direitos maior afinidade com a tutela processual trabalhista, pelas características que esse ramo apresenta, sendo as organizações de trabalhadores sempre exerceram influência marcante, mesmo quando não reconhecidas pelo Estado. Porém, não são observados somente na seara trabalhista, são também direitos de sentido amplo, confundem-se com os direitos de solidariedade, e abrangem as espécies de direitos meta-individuais, que resumindo, são aqueles descritos no artigo 81, II, do Código de Defesa do Consumidor. São classificadas:

Quanto aos sujeitos: diz respeito às pessoas que fazem parte de grupos autônomos e juridicamente definidos, assim como o associado do sindicato, o profissional vinculado a uma corporação, acionista de uma grande sociedade anônima, condômino de edifício de apartamentos, etc. Interesses coletivos São, portanto, os que dizem respeito a vários sujeitos, não considerados individualmente, mas sim por sua qualidade de membro de comunidades menores ou grupos, situados entre o indivíduo e o Estado.

Quanto ao objeto: é indivisível, mas, seus titulares, mesmo sendo tratados coletivamente, são determináveis, passíveis de identificação, à

medida que se encontram vinculados, entre si ou com a parte contrária, por meio de relação jurídica base.

Já os direitos individuais homogêneos se referem a indivíduos indeterminados que podem vir a ser determinados, gerando a formação de um grupo que se une em prol de um interesse comum. Isto é, os direitos se conectam por um acontecimento de mesma origem, sendo tutelados pelas pessoas que se aproximam para defendê-los. Conservam sua natureza individual mesmo quando colocados em plano coletivo, ou seja, o fato em comum que deu origem à relação entre os indivíduos os une de forma que cada um possa ter o seu interesse satisfeito. Um exemplo são as vítimas de um acidente de trânsito que se juntam para pedir indenização contra o autor do fato, entendendo-se, portanto, que cada um pode pleitear em juízo, mas como o grupo foi lesionado homogeneamente, estes podem recorrer ao litisconsórcio unitário ativo facultativo (CERQUEIRA JUNIOR E CAVALCANTI, 2014).

Para garantir a validade e eficácia dos direitos supramencionados, existem três importantes medidas em nosso ordenamento jurídico que merecem destaque: Ação popular, Mandado de segurança coletivo e Ação Civil Pública.

Em concordância com a legislação vigente, entendo que a saúde pura e simples é direito difuso, uma vez que este se caracteriza por ser direitos que não conseguimos identificar e quantificar exatamente os beneficiários, mas que sabemos, com certeza, que eles existem, não é possível dizer com certeza quem será beneficiado por ele, até que o sejam. Já no caso do fornecimento de medicamentos, entendo que se trata de direito individual homogêneo, onde mesmo havendo a possibilidade de a lesão atingir várias pessoas, cada uma delas, individualmente, poderá pleitear jurisdicionalmente a reparação a sua lesão, buscando atingir a preservação de seu bem jurídico, ou seja, cada paciente, mesmo que compartilhando a mesma necessidade com outros pacientes ainda pode requerer seus direitos separadamente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo demonstrou que o Poder Judiciário poderá e deverá intervir quando for, no caso concreto, provocado a efetivar os direitos sociais. Seguindo os ditames do neoconstitucionalismo, a Supremacia da Constituição e a busca pela concretização dos direitos fundamentais devem pautar as condutas dos operadores do direito e principalmente dos administradores públicos.

A mera discricionariedade administrativa não poderá ser absoluta, devendo ser orientada pelo interesse da coletividade, deste modo, as políticas públicas de cunho predominantemente social terão prioridade das meramente políticas.

O papel do Estado é de extrema importância sendo o órgão responsável e capaz no primeiro momento de se alcançar uma igualdade material de fato, reservando a dignidade da pessoa humana. No entanto, se a administração for abusiva ou omissa o Judiciário intervirá e tutelar os direitos sociais dos indivíduos que recorrerem aos tribunais.

No tocante, aos argumentos contrário a efetivação dos direitos sociais pelo Judiciário esses não deverão prevalecer, uma vez que, o Judiciário é o guardião da Constituição, devendo buscar sua efetivação real. Não há ofensa ao princípio da separação dos poderes, já que tais funções estatais deverão juntas colaborar para a plena efetivação dos direitos sociais, além disso, a CF é que limitará a conduta de cada poder, não sendo possível considerar a supervalorização do poder judiciário e a criação de uma ditadura da toga.

É fato que a administração não possui recursos financeiros ilimitados, sendo as destinações financeiras previamente definidas, contudo, não se pode superficialmente alegar a insuficiência de recursos criando um obstáculo a efetivação dos direitos sociais, tal alegação só poderá ser considerada se ficar totalmente comprovada, no caso concreto, a escassez dos recursos. O magistrado deverá atuar com razoabilidade e serenidade ao analisar tal argumento, prevalecendo os direitos fundamentais, mesmo que em um primeiro momento, causem um rompo no orçamento público. Isso servirá para que a administração

seja mais responsável na elaboração de políticas públicas, e que preveja gastos para suprir as expectativas da sociedade.

De acordo com o pós-positivismo, a dignidade da pessoa humana deverá ditar as políticas públicas, garantindo o mínimo existencial a todos e a máxima efetividade da Constituição. Deste modo, a doutrina e a jurisprudência vêm consolidando o entendimento da possibilidade da interferência do poder judiciário nas políticas públicas, tendo vários julgados neste sentido.

Conclui-se que, enquanto houver omissões e ingerências administrativas, enquanto não forem totalmente efetivas as políticas públicas, deverá o Judiciário intervir para efetivar os direitos sociais, buscando uma igualdade material de fato, prevalecendo o princípio da dignidade da pessoa humana e da soberania das normas constitucionais. No momento, em que os direitos fundamentais forem respeitados e efetivados, em que as políticas públicas priorizarem os interesses sociais, vivendo um verdadeiro Estado Democrático de Direito e de bem-estar social não será mais preciso a intervenção do judiciário, enquanto isso não acontece, é mister defender sua intervenção.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Fernando Barcellos. Teoria geral dos direitos humanos. Porto Alegre: Fabris, 2011.

ALVES, José A. L. A arquitetura internacional dos direitos humanos. São Paulo: FTD, 2010.

ANDRADE, Vera R. P. Cidadania: do direito aos direitos humanos. São Paulo: Acadêmica, 2013.

BARROSO, LUÍS R. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. São Paulo, Malheiros, 2013.

BUCCI, Maria P. D., **Políticas públicas e direito administrativo**, Brasília: Revista de Informação Legislativa, 2009, Pp. 89-98.

CERQUEIRA JUNIOR, Carlos Alberto Cardoso; CAVALCANTI, Vanessa Ribeiro Simon. **A judicialização do direito humano à saúde**. Artigo. 2014. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/41361/a-judicializacao-do-direito-humano-a-saude>. Acesso em: 23 dez 2016.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Breves considerações sobre o conceito de políticas públicas e seu controle jurisdicional**. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 797, 8 set. 2010.

COUTINHO, Carlos Nelson. A democracia como valor universal. Rio de Janeiro, Salamandra, 2014, p. 216.

ESPÍNDOLA, Ruy S. Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 225.

FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema de garantias. In OLIVEIRA Jr, José Alcebíades de (org). O Novo em direito e política. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel G. . Direitos humanos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2014.

KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do estado. São Paulo, Martins Fontes, 2012.

KRELL, Andréas J. **“Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais”**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *A Constituição concretizada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 25-60.

LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

LEAL, Rogério Gesta. **“O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais”**. In SARLET, Ingo Wolfgang. *Jurisdição e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 157-178.

LEITE, Marcelo Lira da Costa. **A Implementação de Políticas Públicas pelo Poder**

Judiciário e o Princípio da Reserva do Possível. 2010.

MELLO Bandeira De, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013, PP. 830-831.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle dos atos de governo pela jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 156/159.

PIOVESAN, Flávia. Tema de direitos humanos. São Paulo: Max Limonad, 2012.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. **Interesse Público**, v.7, n. 32, p; 225, julho-agosto/2009.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo, Malheiros, 2012.

REPERCUSSÕES DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.351.571/SP PARA A IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA

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: *In primo loco*, ao se examinar o instituto do bem de família, infere-se que o seu surgimento ocorreu no ano de 1845 no Texas, nos Estados Unidos da América, por meio da *Homestead Exemptio Act*, que tinha como escopo a proteção das famílias que se encontravam instaladas na, então, República do Texas. A origem do instituto do bem de família se cinge em razões humanitárias, que buscavam resguardar o mínimo existencial para que os núcleos familiares pudessem viver com o mínimo indispensável a uma existência digna. Nesta senda, o Código de Processo Civil pátrio, desfraldando a tábua de valores em que o instituto em comento foi edificado, trouxe à baila que eram absolutamente impenhoráveis as provisões de alimentos e de combustível, os quais exerciam função imprescindível à manutenção do devedor e de sua família durante um mês. Outrossim, o Estatuto da Terra agasalhou de impenhorabilidade o imóvel rural que contasse com tamanho de até um módulo, desde que fosse o único de que dispusesse o devedor, ficando, contudo, resguardada a possibilidade de hipoteca para fins de financiamento. Ambos os exemplos, com efeito, buscam salvaguardar a garantia de subsistência do devedor, tendo o propósito essencialmente humanitário, o qual é afastado tão somente diante das exceções consagradas no artigo 650 do Estatuto de Ritos Civis, maiormente a satisfação de obrigação alimentar em relação a pessoa incapaz.

Palavras-chaves: Bem de Família. Patrimônio Mínimo. Direito Civil

Sumário: 1 Bem de Família: Substrato Histórico; 2 Bem de Família: A Substancialização do Patrimônio Mínimo da Pessoa Humana; 3 Abordagem Conceitual do Bem de Família; 4 Bem de Família Convencional: 4.1 Ponderações Introdutórias; 4.2 Extensão da Proteção; 4.3 Exceções à Regra da Impenhorabilidade do Bem de Família Voluntário; 4.4 Legitimação para a instituição do Bem de Família Convencional; 4.5 Extinção do Bem de Família Voluntário; 5 Bem de Família Legal: 5.1 Noções Conceituais; 5.2 Alargamento do Objeto; 5.3 Exceções à Regra de Impenhorabilidade do Bem de Família Legal; 6 Repercussões do Recurso Especial nº 1.351.571/SP para a impenhorabilidade do bem de família

1 Bem de Família: Substrato Histórico

In primo loco, ao se examinar o instituto do bem de família, infere-se que o seu surgimento ocorreu no ano de 1845 no Texas, nos Estados Unidos da América, por meio da *Homestead Exemptio Act*, que tinha como escopo a proteção das famílias que se encontravam instaladas na, então, República do Texas. Como bem pontua Rolf Madaleno, ao dispor acerca da gênese do instituto do bem de família, o ato supramencionado apresentava como fito “*livrar de qualquer execução judicial até 50 acres de terra rural, ou lote de terreno na cidade, compreendendo a habitação até 500 dólares, os móveis e utensílios de cozinha, no limite de 200 dólares*”^[1], assim como arados, instrumentos e livros destinados ao comércio e ao exercício da profissão. O ato em comento ainda livrava da execução determinado número de animais e todas as provisões indispensáveis a um ano de consumo.

Como se infere, a origem do instituto do bem de família se cinge em razões humanitárias, que buscavam resguardar o mínimo existencial para que os núcleos familiares pudessem viver com o mínimo indispensável a uma existência digna. Nesta senda, o Código de Processo Civil pátrio, desfraldando a tábua de valores em que o instituto em comento foi edificado, trouxe à baila que eram absolutamente impenhoráveis as

provisões de alimentos e de combustível, os quais exerciam função imprescindível à manutenção do devedor e de sua família durante um mês. Outrossim, o Estatuto da Terra agasalhou de impenhorabilidade o imóvel rural que contasse com tamanho de até um módulo, desde que fosse o único de que dispusesse o devedor, ficando, contudo, resguardada a possibilidade de hipoteca para fins de financiamento. Ambos os exemplos, com efeito, buscam salvaguardar a garantia de subsistência do devedor, tendo o propósito essencialmente humanitário, o qual é afastado tão somente diante das exceções consagradas no artigo 650 do Estatuto de Ritos Cíveis, maiormente a satisfação de obrigação alimentar em relação a pessoa incapaz.

Ao lado disso, com a construção de uma tábua principiológica mais rotunda pela Constituição Federal de 1988, desfraldando como flâmulas os valores sociais, há que se dispensar uma análise dos institutos do Direito Civil, notadamente os associados ao patrimônio, a partir de uma ótica alicerçada na promoção da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, expressamente consagrados no artigos da Carta de Outubro, em seus artigos 1º, 3º e 5º. *“Em outras palavras, vem se empreendendo elevado esforço no sentido de recuperar a preponderância da pessoa em relação ao patrimônio, abandonando o caráter neutro e despreocupado do ordenamento jurídico”*[2], aproximando-se, por conseguinte, à realidade social vigente.

Nessa ótica, salta aos olhos a necessidade de dispensar proteção ao patrimônio do indivíduo, uma vez que é fundamental, para a promoção da dignidade da pessoa humana, valorar o indivíduo e suas carências fundamentais. Tal premissa tem amplo assento, notadamente quando se considera que a pessoa humana é o fito a que se destina, maiormente, a tutela jurídica. Deste modo, ao se resguardar o mínimo existencial, a Constituição Federal de 1988 tem atendida um dos seus fitos mais substanciais, a saber: a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais, assegurando ao patrimônio uma atuação como instrumento de potencialização da cidadania.

2 Bem de Família: A Substancialização do Patrimônio Mínimo da Pessoa Humana

Cuida destacar que o ser humano nasce inserido em um seio familiar, que dá início a uma moldagem de suas potencialidades com o escopo de promover a convivência em sociedade e da busca de sua realização pessoal. Ao lado disso, há que se reconhecer que na célula familiar em que os fatos essenciais à vida do ser humano se desdobram, desde o seu nascimento até seu óbito. Nesta ambientação primária é que o homem se distingue dos demais animais, em razão da possibilidade de escolhas de caminhos a serem trilhados e orientações a serem empregadas, constituindo grupamento em que a personalidade do indivíduo se desenvolverá.

O direito à moradia foi citado inicialmente na Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada, em 1948, pela Assembleia Geral da ONU, tendo o Brasil como um dos seus signatários. A citada Declaração, em seu artigo 25, §1º, estabelece que toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, moradia, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis. O principal instrumento legal internacional que trata do direito à moradia, ratificado pelo Brasil e por mais 138 países, é o Pacto Internacional de Direitos Econômicos e Sociais e Culturais - PIDESC, adotado pela Organização das Nações Unidas, em 1966.

O artigo 11, §1º, do mencionado Pacto, dispõe que os Estados partes reconhecem o direito de toda pessoa à moradia adequada e comprometem-se a adotar medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito. Faz-se mister ressaltar que tratado internacional que versa sobre direitos humanos assume o *status* de norma supralegal, situando-se abaixo da Constituição, porém acima da legislação ordinária, de modo que o ordenamento jurídico interno deve contemplar formas para implementação dos seus mandamentos.

Mister faz-se realçar que os novos valores e dogmas que inspiram a sociedade contemporânea suplantam e afastam, de modo definitivo, com a acepção tradicionalista da célula familiar. Ressoando os axiomas adotados pela Carta de Outubro, a família passa a ser norteadada por aspectos de solidariedade social, assim como um sucedâneo de características inerentes ao desenvolvimento e aperfeiçoamento do ser humano. Assim, o

afeto passar a gozar de especial substrato, sendo considerada imprescindível a proteção do núcleo familiar, a partir dos princípios gerais, rotundamente expressados na *Lex Fundamentailis*, que colocam sob tutela a pessoa humana. Neste sentido, inclusive, colhe-se o entendimento jurisprudencial ventilado pelo Superior Tribunal de Justiça que, altos alaridos, pontua que:

Ementa: Recurso Especial. Ação Anulatória. Acordo Homologado Judicialmente. Oferecimento de Bem em Garantia. Pequena Propriedade Rural. Impenhorabilidade. Equiparação à Garantia Real Hipotecária. Descabimento. 1.- A proteção legal assegurada ao bem de família pela Lei 8.009/90 não pode ser afastada por renúncia, por tratar-se de princípio de ordem pública, que visa a garantia da entidade familiar. [...]. (Superior Tribunal de Justiça – Terceira Turma/ REsp 1115265/RS/ Relator Ministro Sidnei Beneti/ Julgado em 24.04.2012/ Publicado no DJe em 10.05.2012) (realcei)

Compreende-se, desta sorte, a evolução da concepção que se refere à família-instituição, sendo sua proteção justificada em razão da necessidade de resguardar, de maneira substancial, o desenvolvimento da pessoa humana. Para tanto, há que se acautelar qualquer interferência que atente contra os interesses de seus membros, na medida em que promove e potencializa a dignidade das pessoas de seus membros, assim como a igualdade e a solidariedade entre seus integrantes.

3 Abordagem Conceitual do Bem de Família

Em uma acepção inaugural, o bem de família instituído no Ordenamento Pátrio, por meio da Lei N°. 8.009, de 29 de Março de 1990^[3], que dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família, isenta o imóvel destinado ao domicílio da família do devedor, isentando-o das consequências de execução por dívidas de natureza civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de qualquer outra natureza, como bem entalha o artigo 1º do Diploma supra. Cuida anotar que a impenhorabilidade será

afastada quando incidir uma das exceções albergadas no artigo 3º da referida lei, porquanto a *“finalidade do instituto do bem de família proteger o direito de propriedade que serve de abrigo para a família, não no propósito de abrigar o mal pagador”*[4], equilibrando, por conseguinte, o processo executivo.

Nesse passo, há que ponderar que a impenhorabilidade compreende, o imóvel sobre o qual é erigida a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, incluindo-se em tal acepção os profissionais, ou ainda os móveis que integram a residência, desde que se encontrem devidamente quitados. Conforme lecionam os doutrinadores Tartuce e Simão, *“o bem de família pode ser conceituado como o imóvel utilizado como residência da entidade familiar, decorrente de casamento, união estável, entidade monoparental ou outra manifestação familiar”*[5], recebendo, em razão de sua essência, proteção legal específica. Nesta esteira, cuida anotar que o instituto em tela compreende duas espécies, a saber: o bem de família convencional ou voluntário, cuja previsão se encontra positivada no Código Civil, e o bem de família legal, que encontra descanso na Lei Nº. 8.009/1990.

No que concerne à natureza jurídica, o bem de família é considerada como uma forma de afetação de bens a um destino especial, tal seja: assegurar a dignidade humana dos integrantes do núcleo familiar. Deste modo, *“protege-se o bem que abriga a família com o escopo de garantir a sua sobrevivência digna, reconhecida a necessidade de um mínimo existencial de patrimônio, para a realização da justiça social”*[6]. Assim, a natureza jurídica do bem de família se deita, justamente, em assegurar a promoção da dignidade da pessoa humana, por meio da manutenção do mínimo patrimonial inerente ao desenvolvimento de seus integrantes.

4 Bem de Família Convencional

4.1 Ponderações Introdutórias

Inicialmente, cuida anotar que o denominado bem de família convencional, também denominado pela doutrina de voluntário, decorre da

manifestação das partes, que é instituído por meio da vontade do casal ou da entidade familiar, mediante registro. Álvaro Villaça Azevedo obtempera que o bem de família é “*um meio de garantir um asilo à família, tornando-se o imóvel onde a mesma se instala domicílio impenhorável e inalienável, enquanto forem vivos os cônjuges e até que os filhos completem sua maioria*”^{[7]-[8]}. Verifica-se, desta sorte, que a modalidade do bem de família convencional, também denominado de voluntário, apresenta como fito assegurar um asilo para os cônjuges ou ainda até os filhos atingirem sua maioria civil, como assinala expressamente a redação do artigo 1.716 do Código Civil^[9].

Desse modo, infere-se que o bem de família consistirá em prédio, tanto urbano como rural, compreendendo, também, suas pertenças e acessórios, destinando-se, em ambos os casos, ao domicílio do núcleo familiar. Igualmente, poderá o bem de família abranger *quantum* mobiliário, a fim de que a renda alcançada seja revertida na conservação do imóvel e no sustento da família, sendo o importe limitado a 1/3 (um terço) do patrimônio líquido. Ao lado disso, a partir do substrato estruturado por meio da concepção acerca do instituto em tela, verifica-se que a modalidade em comento reúne os seguintes aspectos característicos: **a)** decorre de ato voluntário do titular, por meio de escritura pública, doação ou cédula testamentária; **b)** acarreta a inalienabilidade e impenhorabilidade; **c)** atina ao bem imóvel em que o núcleo familiar está residindo; **d)** está limitado à vida dos instituidores ou ainda até a maioria civil da prole. A fim de subsidiar os argumentos arvorados alhures, cuida transcrever a precisa lição estruturada por Gagliano e Pamplona Filho:

Devidamente instituído, o bem de família voluntário tem por efeito determinar a: a) impenhorabilidade (limitada) do imóvel residencial – isentando-o de dívidas futuras, salvo as que provierem de impostos relativos ao mesmo prédio (IPTU, ITR, v.g.) ou de despesas de condomínio [...]; b) inalienabilidade (relativa) do imóvel residencial – uma vez que, após instituído, não poderá ter outro

destino ou ser alienado, senão com o expresse consentimento dos interessados e seus representantes legais (mediante alvará judicial, ouvido o MP, havendo participação de incapazes)[10]

O Estatuto Civilista vigente, em consonância com a novel interpretação conferida pelos ditames albergados na Constituição Federal de 1988, permitiu que a modalidade em apreço seja instituída não apenas pelo marido, conquanto tenha mantido sua voluntariedade na constituição. Ao lado disso, gize-se, por oportuno, que a Lei Substantiva Civil promoveu inovação, ao passo que deslocou o instituto em comento para o livro que versa acerca do direito de família. Deste modo, “*o conceito de família para os fins de constituição do bem de família abrange, também, a união estável, a família monoparental e outras formas de constituição de núcleos básicos*”[11], em razão da nova órbita em que o conceito de entidade familiar foi alçado, notadamente a partir da tábua principiológica emanada pelo artigo 226 da Carta de 1988. Caminham, inclusive, nesta trilha, as lições de Pablo Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho[12], precipuamente quando evidenciam que o Código de 2002 consagrou a possibilidade do bem de família voluntário não ser instituído apenas pelo casal, mas também pela entidade familiar, compreendendo-se em tal locução a união estável e família monoparental, e por terceiro, por meio de doação ou ato de disposição de última vontade. Com efeito, nesta última possibilidade, para que o ato de disposição produza eficácia necessária de revela a expressa aceitação do casal ou da entidade familiar beneficiada, como obtempera o parágrafo único do artigo 1.711 do Código Civil[13].

No mais, não se pode perder de vista que a espécie em exposição usufrui de utilidade, porquanto se apresenta como instrumento de proteção ao núcleo familiar. “*Até mesmo porque as hipóteses (excepcionais e taxativas) em que se permite a penhora do bem são mais restritas do que em relação ao bem de família legal*”[14]. Neste passo, quadra anotar que a penhora do bem de família convencional só terá assento, exclusivamente, em casos de tributos devido em decorrência do próprio bem, como IPTU e ITR, ou ainda dívidas de condomínio, como diciona, com clareza solar, o artigo 1.715, *caput*, do Código Civil: “*O bem de família é isento de*

execução por dívidas posteriores à sua instituição, salvo as que provierem de tributos relativos ao prédio, ou de despesa de condomínio”[15].

Prima pontuar, ainda, em harmonia com as informações ventiladas até o momento, que o prédio, considerado como bem de família, não pode ter destino outro além de servir de domicílio da célula familiar nem ser alienado sem o consentimento de todos os interessados, incluindo-se os filhos. Outrossim, a instituição se dá mediante cédula testamentária ou escritura, que se constituirá mediante o registro de seu título no competente Cartório de Imóveis. Ao lado disso, o imóvel não pode corresponder a fração superior de um terço do patrimônio líquido do instituidor, existente ao tempo do fato.

4.2 Extensão da Proteção

É possível afirmar que os efeitos produzidos pelo bem de família voluntário é a impenhorabilidade e a inalienabilidade, *id est*, ao se instituir o bem de família, por meio do procedimento público no Cartório Imobiliário, há a restrição da comercialidade do bem, em razão da impenhorabilidade e da inalienabilidade. “*A impenhorabilidade e a inalienabilidade decorrentes da vontade do instituidor atingem não apenas o imóvel, rural ou urbano, que serve de residência, mas, por igual, suas pertencas e acessórios*”[16]. Deste modo, os aparelhos considerados como essenciais à manutenção do lar, a exemplo do telefone, televisão e outros utensílios, serão recobertos pelos característicos esposados acima, sendo tal visão expressada no Código de 2002.

Ao lado disso, há que se realçar a inovação entalhada na Lei Substantiva Civil no que pertine à possibilidade de inserir na constituição do bem de família, cláusula que engloba também valores mobiliários, devendo a renda ser direcionada na conservação do imóvel e no sustento da família. “*Ocorre, portanto, uma mescla de bem de família imóvel e outro móvel, de montantes que podem ser equiparados até o limite do valor do prédio instituído com bem de família*”[17], não sendo possível, contudo, que os valores mobiliários ultrapassem o valor do prédio instituído. Por necessário, o montante reclama individualização quando do instrumento da instituição, sendo possível confiar a administração dos valores pecuniários

à instituição financeira, além de disciplinar a forma de renda aos beneficiários.

Nesse passo, a preocupação tem em mira assegurar a manutenção e conservação do bem de família, motivo pelo qual aprovou ao legislador limitar a instituição do bem de família convencional a um terço (1/3) do patrimônio líquido do instituidor. Para tanto, é imperioso que seja observado aludido patrimônio quando da instituição no caso de doação e verificado quando da abertura da sucessão, se, porventura, a instituição decorrer de cédula testamentária. Verificado que houve excesso, quando da estipulação, o excedente não produzirá efeitos.

4.3 Exceções à Regra da Impenhorabilidade do Bem de Família Voluntário

A Codificação Reale traz à baila, em seu artigo 1.715, exceção à regra de impenhorabilidade do bem de família, sendo possível sua penhora para pagar dívidas decorrentes de tributos relativos ao próprio prédio, como é o caso do IPTU e do ITR, ou ainda de despesas condominiais. “*Quanto ao eventual saldo resultante da execução pelas dívidas mencionadas acima, é intuitivo notar de será aplicado em outro prédio*”^[18], a título de bem de família, ou ainda em título da dívida pública, a fim de resguardar o sustento da família, excetuando-se situações peculiares que reclamarem outra solução a ser adotada pelo Juízo competente.

Objetiva a legislação em vigor salvaguardar não apenas os impostos predial e territorial, bem como as taxas e contribuições decorrentes de título de remuneração por serviços públicos prestados em benefício do imóvel e as despesas de condomínio incidentes sobre a economia instituída como bem de família. “*Não faria sentido isentar o bem imóvel destes custos, pois isto representaria um verdadeiro incentivo à inadimplência, porque qualquer um poderia deixar de atender aos encargos próprios da moradia*”^[19], pois seria caótico considerar o inaceitável enriquecimento sem causa, uma vez que a dívida relativa ao imóvel não poderia ser objeto de execução. No mais, os incidentes no regime do bem de família legal, proveniente do conteúdo na Lei N°.

8.009/90[20], não tem aplicação na sistemática referente ao instituto em tela.

4.4 Legitimação para a instituição do Bem de Família Convencional

Tendo em conta que a Constituição Federal hasteou como pavilhão a igualdade entre os cônjuges e companheiros, com clareza, pode-se constatar que a instituição do bem de família convencional não está atrelado, unicamente, ao marido, mas sim ao casal, conforme reza o artigo 1.711 do Estatuto de 2002. Nesta trilha, ao espancar acerca do dispositivo legal retro, Rolf Madaleno anota que há exigência de “*escritura pública de doação ou de testamento como pressuposto de constituição válido e regular do bem de família, e na hipótese do testamento*”[21], produzindo efeitos tão somente depois da morte daquele que o instituiu.

Por imperioso, impende afirmar que é desnecessária a outorga do cônjuge para a estipulação do bem de família, uma vez que o instituto em comento não se afigura como gravame ou alienação, contudo, ao reverso, é tido como um benefício estruturado em prol da célula familiar. “*Elastecendo a legitimidade para a instituição do bem de família convencional, veio a legislação a permitir que também o terceiro possa instituí-lo*”[22], como espanca o parágrafo único do artigo 1.711 do Código Civil. Ao lado disso, de intelecção meridiana, a constituição do bem de família só passa a produzir efeitos a partir de sua efetiva inscrição no Registro Imobiliário, nos termos em que verbaliza o artigo 1.714 do Diploma de 2002, ou ainda desde a data da prenotação da respectiva escritura pública, com o escopo de se assegurar a carecida publicidade ao ato.

4.5 Extinção do Bem de Família Voluntário

O Código Civil, em seu artigo 1.722, estabelece que a extinção da modalidade de bem de família em apreço só se dará em razão da morte de ambos os cônjuges, devendo-se, ainda, estender tal interpretação aos companheiros, que são igualmente salvaguardados pelas disposições constitucionais. “*Embora ocorra a morte dos cônjuges ou conviventes,*

segue o bem de família enquanto não suceder a maioria de seus filhos, exceto se sujeitos à curatela”[23]. Destarte, percebe-se que a afetação persistirá enquanto um dos cônjuges ou companheiros estiver vivo; porém, se ambos os cônjuges/companheiros forem mortos, enquanto houver filhos menores e incapazes, não se extinguirá o bem de família, ou ainda se maior, pelo período que perdurar a incapacidade. Com efeito, preciosas são as lições de Tartuce e Simão, em especial quando explicitam que:

A instituição dura até que ambos os cônjuges faleçam, sendo que, se restarem filhos menores de 18 anos, mesmo falecendo os pais, a instituição perdura até que todos os filhos atinjam a maioria [...] Mais uma vez se percebe a intenção do legislador de proteger a célula familiar[24].

Nessa senda, como obtempera o parágrafo único do artigo 1.721 do Código Civil, a dissolução da entidade familiar não tem o condão de acarretar a extinção do bem de família, todavia, se for em caso de morte de um dos cônjuges/companheiros, o supérstite poderá vindicar a extinção do bem de família, caso seja o único bem do casal. Com efeito, Gagliano e Pamplona Filho assinalam que *“a dissolução da sociedade conjugal não extingue o bem de família, ressalvada a hipótese de morte de um dos cônjuges, eis que, nesse caso, poderá o sobrevivente requerer a extinção do bem de família”*[25], em se tratando do único bem do casal, situação em que este será levado a inventário e partilha entre os herdeiros.

5 Bem de Família Legal

5.1 Noções Conceituais

A Constituição Cidadã cuidou de salvaguardar especial proteção estatal à família, erigindo pilares robustos a serem observados, notadamente os constantes do artigo 226. Ainda neste sedimento, a moradia passou afigurar como um direito social considerado como prioritário e de dignificação mínima do indivíduo, vez que a casa é descrita como asilo inviolável do cidadão. *“A moradia como expressão e garantia constitucional da dignidade humana, passou a ter valor maior e sobreposto*

ao direito meramente patrimonial”[26]. A Lei N°. 8.009/1990 trouxe a lume o bem de família legal, cuja proteção estatuída é a impenhorabilidade, independente da vontade do titular. Ao lado disso, há que se colacionar o seguinte aresto:

Ementa: Processo Civil. Direito Civil. Execução. Lei 8.009/90. Penhora de Bem de Família. Devedor não residente em virtude de usufruto vitalício do imóvel em benefício de sua genitora. Direito à moradia como direito fundamental. Dignidade da Pessoa Humana. Estatuto do Idoso. Impenhorabilidade do Imóvel. 1. A Lei 8.009/1990 institui a impenhorabilidade do bem de família como um dos instrumentos de tutela do direito constitucional fundamental à moradia e, portanto, indispensável à composição de um mínimo existencial para vida digna, sendo certo que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui-se em um dos baluartes da República Federativa do Brasil (art. 1º da CF/1988), razão pela qual deve nortear a exegese das normas jurídicas, mormente aquelas relacionadas a direito fundamental. 2. A Carta Política, no capítulo VII, intitulado "Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso", preconizou especial proteção ao idoso, incumbindo desse mister a sociedade, o Estado e a própria família, o que foi regulamentado pela Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), que consagra ao idoso a condição de sujeito de todos os direitos fundamentais, conferindo-lhe expectativa de moradia digna no seio da família natural, e situando o idoso, por conseguinte, como parte integrante dessa família. 3. O caso sob análise encarta a peculiaridade de a genitora do proprietário residir no imóvel, na condição de usufrutuária vitalícia, e aquele, por tal razão, habita com sua família imóvel alugado. Forçoso concluir, então, que

a Constituição Federal alçou o direito à moradia à condição de desdobramento da própria dignidade humana, razão pela qual, quer por considerar que a genitora do recorrido é membro dessa entidade familiar, quer por vislumbrar que o amparo à mãe idosa é razão mais do que suficiente para justificar o fato de que o nu-proprietário habita imóvel alugado com sua família direta, ressoa estreme de dúvidas que o seu único bem imóvel faz jus à proteção conferida pela Lei 8.009/1990. 4. Ademais, no caso ora sob análise, o Tribunal de origem, com ampla cognição fático-probatória, entendeu pela impenhorabilidade do bem litigioso, consignando a inexistência de propriedade sobre outros imóveis. Infirmar tal decisão implicaria o revolvimento de fatos e provas, o que é defeso a esta Corte ante o teor da Súmula 7 do STJ. 5. Recurso especial não provido. (Superior Tribunal de Justiça – Quarta Turma/ REsp 950.663/SC/ Relator Ministro Luis Felipe Salomão/ Julgado em 10.04.2012/ Publicado no DJe em 23.04.2012)

Neste compasso, o artigo 1º do referido texto legal, seguindo a esteira da nova ordem jurídica inaugurada pela Carta da República de 1988, passou a conferir proteção à moradia da célula familiar, que compreende o casamento, união estável e família monoparental. Neste sentido, inclusive, *“se a proteção do bem visa atender à família, e não apenas ao devedor, deve-se concluir que este não poderá, por ato processual individual e isolado, renunciar à proteção, outorgada por lei em norma de ordem pública, a toda a entidade familiar”*^[27]. Em ocorrendo a situação de possuir o proprietário mais de um imóvel, será considerado como bem de família aquele de menor valor, ainda que o núcleo familiar resida no imóvel mais valioso. O bem de família, enquanto uma propriedade destinada à moradia da pessoa ou de um grupo familiar, tem sua origem na função social, conquanto não se trate de um direito absoluto, eis que pode conflitar com outros direitos que orbitem em mesma dimensão existencial. Além disso, a proteção de impenhorabilidade acinzelada no Diploma aludido

alguns amplia o rol de bens apresentados nos artigos 649 e 650, ambos do Código de Processo Civil, com o fito de salvaguardar a moradia familiar. “A lei deve ser entendida de forma consentânea com a realidade viva, presente, obstando interpretações dissonantes do nosso tempo e espaços atuais”[28].

Há que se salientar, neste giro, que a realidade social é a mola propulsora da constante mutabilidade das normas jurídicas, tendo por elementos valoradores o processo histórico e cultural, como também os fatos concretos, decorrente da evolução da sociedade, que ofertam o fértil substrato e contribuem para a sua formulação. Nesta trilha, cogente se faz lançar mão das prodigiosas ponderações apresentadas por Eros Grau, em especial, quando destaca que “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”[29].

5.2 Alargamento do Objeto

Conforme espanca o artigo 1º da Lei Nº 8.009, de 29 de março de 1990[30], a impenhorabilidade legal do bem de família não alcança apenas o imóvel, mas também contempla suas construções, plantações, benfeitorias de qualquer natureza e os equipamentos, incluindo-se os profissionais, além de encampar os móveis e utensílios que guarnecem o lar, desde que estejam devidamente quitados. De outra banda, não usufruem do véu da impenhorabilidade, em consonância com as disposições emanadas pelo artigo 2º do referido diploma, os veículos destinados ao transporte, obras de arte e adornos suntuosos, os quais serão passíveis de penhora, a fim de assegurar o pagamento das dívidas do titular. Neste sentido, cuida trazer à colação o aresto proveniente do Superior Tribunal de Justiça que firmou entendimento que:

[...] sob a cobertura de precedentes desta Corte que consideram bem de família aparelho de televisão, videocassete e aparelhos de som, tidos como equipamentos que podem ser mantidos usualmente por suas características. A bicicleta, porém, não é bem

de família, sendo meio de transporte, mais bem situado na vedação do art. 2º da Lei Nº. 8.009/90 [...] (Superior Tribunal de Justiça – Terceira Turma/ REsp Nº 82.067/SP/ Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito/ Julgado em 26.06.1997) (sublinhei).

No que concerne à locução “adornos suntuosos”, realçar se faz necessário que a impenhorabilidade alcança tão-somente os bens indispensáveis à moradia, bem como aqueles que, hodiernamente, integram uma residência. Farias e Rosenvald[31] apregoam que o entendimento jurisprudencial empregou uma interpretação elástica ao analisar o alcance do véu da impenhorabilidade, notadamente em relação aos objetos imprescindíveis à promoção da dignidade da pessoa humana na contemporaneidade, de maneira a adequar a vida humana às novas exigências sociais. Quadra anotar que, em havendo diversos utilitários da mesma espécie, a impenhorabilidade incidirá apenas em uma unidade de cada bem, sendo plenamente possível a penhora sobre os que excederem.

Doutra forma, obstado será a extensão do manto da impenhorabilidade sobre os bens que não guarneçam a residência, cuja destinação se assenta na exploração econômica. Igualmente, com o advento da Lei Nº. 11.382/2006, que introduziu maciças alterações no Código de Processo Civil, tornou-se possível a promoção da penhora dos utensílios e bens que guarneçam o imóvel, desde que sejam de elevado valor ou ainda exasperem o que é tido como necessário para a manutenção de um padrão médio de vida. Ora, neste ponto, há que se reconhecer a substancialização do patrimônio mínimo, tendo a lei desfraldado o pavilhão de que tão somente o que é necessário para viver de forma digna deve ser resguardado por meio da impenhorabilidade. Logo, afiguraria como verdadeiro contrassenso legal admitir que o manto constante da Lei Nº. 8.009/1990[32], com fito rotundo, se destine a acampar bens supérfluos.

Nesse alarimé, fato é que se a pessoa humana do devedor reclama proteção mínima, capital para assegurar a sua dignidade, não menos certo é que o credor também merece proteção, de maneira a resguardar a sua própria dignidade. Ao lado do expendido, há se anotar que o fito primevo do Ordenamento Pátrio é dispensar proteção aos bens do

devedor naquilo que se apresentar como imprescindível para resguardar sua vida digna, não estando, por consequência, abarcado aquilo que exasperar a um padrão médio de vida. Por óbvio, tão só diante do caso concreto é que poderá aferir o padrão médio de cada indivíduo, havendo, naturalmente, variações de um devedor para o outro, assim como de um lugar para o outro. Ademais, exige ponderação algumas situações específicas que também serão agasalhadas pela impenhorabilidade legal, a saber: a) a posse do imóvel residencial, na situação em que o possuidor revelar que o bem possuído é bem de família, estando, igualmente, acobertado pela proteção; b) o imóvel em construção, cômputo, é impenhorável, uma vez que é considerado antecipadamente bem de família, seguindo a trilha de precedentes jurisprudenciais consolidados pelos Tribunais pátrios; c) “*a garagem, uma vez que integra – como qualquer outra parte, a unidade habitacional, salvo quando considerada autonomamente*”^[33], consoante interpretação dada pelo Superior Tribunal de Justiça, sendo admissível sua penhora quando individualizada, como unidade autônoma, no competente Registro de Imóveis. Outrossim, os apartamentos unificados deverão ser considerados como bem de família, desde que haja prévia demonstração da utilização conjunta por um único grupamento familiar, como bem assinalou Credie^[34].

5.3 Exceções à Regra de Impenhorabilidade do Bem de Família Legal

Tal como ocorre com o bem de família convencional, também denominado de voluntário, há exceções em relação ao bem de família legal que afastam a incidência da impenhorabilidade, “*temperando a impossibilidade de submeter à execução o imóvel que serve de lar e os objetos que o guarnecem*”^[35]. Com sulcos profundos, acinzela o artigo 3º da Lei Nº. 8.009/1990^[36] que não poderá o devedor lançar mão da impenhorabilidade quando a cobrança manejada versar acerca de: a) créditos de natureza trabalhista ou previdenciária de trabalhadores da própria residência; b) créditos financeiros empregados na construção ou aquisição do próprio imóvel, salvo aqueles contraídos para fins de reforma do bem; c) pensão alimentícia oriunda das hipóteses contempladas no Direito de Família, afastando-se, por consequência, a verba alimentar de

natureza indenizatória; d) impostos, taxas e contribuições devidas em razão do imóvel; e) execução de hipoteca que recai sobre o próprio bem, dado, de maneira voluntária, em garantia pelos titulares, independentemente de estar, ou não, constituída uma célula familiar; f) valores decorrentes da aquisição do imóvel com o produto do crime ou ainda para a execução de sentença criminal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens; g) dívida de fiança concedida em contrato de locação. De bom alvitre se faz trazer à colação o entendimento jurisprudencial consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça que ventila no sentido que:

Ementa: Recurso Especial. Ação de Indenização por Ato Ilícito. Furto Qualificado. Execução de Sentença. Embargos do Devedor. Penhora Bem de Família. Exceção do art. 3º, VI, da Lei Nº 8009/90. Possibilidade. 1. O art. 3º, VI, da Lei 8.009/90 prevê que a impenhorabilidade do bem de família é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo quanto tiver "sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens". 2. Entre os bens jurídicos em discussão, de um lado a preservação da moradia do devedor inadimplente, e de outro o dever de ressarcir os prejuízos sofridos indevidamente por alguém em virtude de conduta ilícita criminalmente apurada, preferiu o legislador privilegiar o ofendido, em detrimento do infrator, criando esta exceção à impenhorabilidade do bem de família. 3. No caso, faz-se possível a penhora do bem de família, haja vista que a execução é oriunda de título judicial decorrente de ação de indenização por ato ilícito, proveniente de condenação do embargante na esfera penal com trânsito em julgado, por subtração de coisa alheia móvel (furto qualificado). [...] (Superior Tribunal de Justiça – Quarta Turma/ REsp 947.518/PR/ Relator Ministro

Luis Felipe Salomão/ Julgado em 08.11.2011/
Publicado no DJe em 01/02/2012) (realcei)

O rol trazido à baila pela lei protetiva, com efeito, é considerado taxativo, devendo ser interpretado restritivamente, não sendo possível a sua ampliação a fim de contemplar hipóteses não albergadas pelo legislador infraconstitucional. Fato é que algumas situações apresentadas alhures merecem uma análise mais profunda, dada o sucedâneo de peculiaridades albergado. Dentre tais, pode-se arrazoar que a penhorabilidade do bem de família exclusivamente quando a dívida for decorrente de garantia real hipotecária, não sendo possível dispensar aplicabilidade a exceção para execuções fundadas em outras dívidas. Isto é, a lei não torna penhorável o imóvel dado em garantia real, mas sim preserva tão somente a execução do crédito garantido, não nas demais hipóteses além da hipotecária.

Outra questão rotunda a ser esmiuçada tange à penhorabilidade do bem de família para assegurar o pagamento de cotas condominiais. O Supremo Tribunal Federal consolidou ótica na qual a penhorabilidade se revela plenamente possível, quando a execução se deitar em dívidas condominiais a ele atinentes. “*A interpretação da citada norma tem de estar atendida na ideia de dignidade humana não somente do titular do imóvel, mas, por igual, de todos os demais condôminos que residem no mesmo condomínio*”^[37], que restarão prejudicados pela falta de pagamento reiterada de uma de suas unidades. Outrossim, há que se considerar que os créditos trabalhistas de empregados do condomínio não estão encampados na hipótese contida no inciso I da referida norma, porquanto tais créditos são devidos pelo próprio condomínio, o qual arrecada de todas as unidades valores para o pagamento.

Questão considerada alvo de calorosos embates está adstrita acerca da redação do inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/1990, atinente à dívida proveniente do contrato de fiança, sendo considerado como inconstitucional, uma vez que trataria de modo desigual duas obrigações que possuem o mesmo fundamento. Aliás, tal entendimento foi explicitado pelo Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Recurso Extraordinário Nº. 352.940-4, de relatoria do Ministro Carlos Velloso, o qual dicionou que a norma contida no inciso acrescido pela Lei do Inquilinato não foi

recepção pelo artigo 6º da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional Nº 26/2000, por expressa afronta ao princípio da isonomia e os princípios de hermenêutica empregados na interpretação das normas.

6 Repercussões do Recurso Especial nº 1.351.571/SP para a impenhorabilidade do bem de família

Recentemente, em 27 de setembro de 2016, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 1.352.571/SP, trouxe ao debate à questão da impenhorabilidade do bem de família, mesmo se tratando de fração. O ilustrativo recurso questionava a impossibilidade de se promover a penhora de fração de imóvel considerado “de luxo”, maiormente, em decorrência da ausência de uma norma capaz de inserir, no ordenamento jurídico brasileiro, a concepção de “imóvel de luxo”. De acordo com Mariana Muniz, “a discussão sobre a penhora de fração do bem foi levada ao STJ a partir do Recurso Especial 1.351571/SP, inicialmente relatado pelo ministro Luís Felipe Salomão”^[38]. É oportuno consignar que o Ministro Relator assentou a tese que, diante do caso de um imóvel dotado de alto valor e habitado por uma pessoa endividada, seria cabível à realização de penhora de fração do imóvel para adimplir ao credor. Em consonância com o relator, ainda, após a realização da constrição sobre fração do bem de família, seria assegurado que o restante do imóvel restaria protegido para que o proprietário e sua família pudessem viver de forma digna e respeitável.

Em que pese o entendimento explanado pelo Ministro Relator, no decurso do julgamento, o Ministro Marco Buzzi inaugurou divergência, em especial quando apontou que o objeto ao qual a penhorava ambicionava era uma unidade habitacional indivisível, sendo, em decorrência de tal aspecto, inviável a penhora total, parcial ou individual. Além disso, ao seguir o voto que inaugura a divergência, é denotável que uma interpretação mais arrojada da legislação que versa sobre o bem de família poderia expor, indevidamente, o intérprete, o qual ultrapassaria os limites estatuidos pela previsão legal. Neste talvez, ao se analisar a situação trazida à baila e ilustrada pelo paradigmático julgamento, é importante assinalar que não é pertinente, sobretudo em decorrência dos preceitos axiológicos norteadores

da aplicabilidade e conformação da legislação específica que versa sobre o bem de família, porquanto haveria um odioso alargamento das propostas de penhora, estribando-se na perspectiva subjetiva de ser o imóvel, no caso concreto, dotado de elevado valor econômico.

Ademais, prosseguindo ao exame do caso concreto, à luz das conotações principiológica que advém da legislação em comento, cuida explicitar que a acepção “imóvel de luxo” renega o intérprete do ordenamento brasileiro a uma seara nebulosa e movediça, porquanto encontra estribo apenas em critérios subjetivos, diante da lacuna legislativa em delinear, tal como dito algures, uma acepção mais técnica sobre a temática. Em mesmo sentido, Mariana Muniz vai explicitar que, “para Galotti, deveria haver uma lei que fixasse algum parâmetro para estabelecer o que é considerado um imóvel de luxo, ou que exceda a necessidade básica de subsistência e que fosse protegida a impenhorabilidade”^[39]. Nesta linha, o Recurso Especial em comento configura verdadeiro marco interpretativo, explicitando os aspectos limitadores para a incidência da penhora, sobremaneira na impossibilidade de estabelecer constrição sobre parcela do patrimônio tido como bem de família.

Referências:

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de Família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. **Lei Nº. 3.071, de 1º de Janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: . Acesso em: 11 out. 2016

_____. **Lei Nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: . Acesso em: 11 out. 2016.

_____. **Lei Nº. 8.009, de 29 de Março de 1990**. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Disponível em: . Acesso em: 11 out. 2016.

_____. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: . Acesso em: 11 out. 2016.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** Acórdão proferido em Recurso Especial Nº. 526.460/RS. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 08.10.2003. Publicado em 18.10.2004. Disponível em: . Acesso em: 11 out. 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Acórdão proferido em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 46-DF. Relator Ministro Eros Grau. Publicado em 25.02.2010. Disponível em: . Acesso em: 11 out. 2016.

CREDIE, Ricardo Arcoverde. **Bem de Família: teoria e prática.** 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Direito de Família: A Família em Perspectiva Constitucional.** 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

MUNIZ, Mariana. STJ proíbe penhora de parte do bem de família do devedor. **Jota.** Disponível em: . Acesso em 11 out. 2016

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: Direito de Família.** v. 05. São Paulo: Editora Método, 2012.

NOTAS:

[1] MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 751.

[2] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 697.

[3] BRASIL. **Lei Nº. 8.009, de 29 de Março de 1990**. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Disponível em: . Acesso em: 11 out. 2016.

[4] MADALENO, 2008, p. 752.

[5] TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: Direito de Família**. v. 05. São Paulo: Editora Método, 2012, p. 478.

[6] FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 703.

[7] AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de Família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 93.

[8] Neste sentido: MADALENO, 2008, p. 757.

[9] BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: . Acesso em: 11 out. 2016: “**Art. 1.716**. *A isenção de que trata o artigo antecedente durará enquanto viver um dos cônjuges, ou, na falta destes, até que os filhos completem a maioridade*”.

[10] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Direito de Família: A Família em Perspectiva Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 399.

[11] FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 703.

[12] GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 399-400.

[13] BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: . Acesso em: 11 out. 2016: “**Art. 1.711**. [omissis] **Parágrafo único**. *O terceiro poderá igualmente instituir bem de família por testamento ou doação, dependendo a eficácia do ato da aceitação expressa de ambos os cônjuges beneficiados ou da entidade familiar beneficiada*”.

[14] FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 703-704.

[15] BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: . Acesso em: 11 out. 2016.

[16] FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 704.

- [17] MADALENO, 2008, p. 758.
- [18] FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 705.
- [19] MADALENO, 2008, p. 760.
- [20] BRASIL. **Lei Nº. 8.009, de 29 de Março de 1990**. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Disponível em: . Acesso em: 11 out. 2016.
- [21] MADALENO, 2008, p. 759.
- [22] FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 706.
- [23] MADALENO, 2008, p. 760.
- [24] TARTUCE; SIMÃO, 2012, p. 481.
- [25] GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 402.
- [26] MADALENO, 2008, p. 752.
- [27] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Acórdão proferido em Recurso Especial Nº. 526.460/RS. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 08.10.2003. Publicado em 18.10.2004. Disponível em: . Acesso em: 11 out. 2016.
- [28] FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 709.
- [29] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 46-DF. Relator Ministro Eros Grau. Publicado em 25.02.2010. Disponível em: . Acesso em: 11 out. 2016.
- [30] Idem. **Lei Nº. 8.009, de 29 de Março de 1990**. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Disponível em: . Acesso em: 11 out. 2016.
- [31] FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 710.
- [32] BRASIL. **Lei Nº. 8.009, de 29 de Março de 1990**. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Disponível em: . Acesso em: 11 out. 2016.

[33] FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 712.

[34] CREDIE, Ricardo Arcoverde. **Bem de Família: teoria e prática**, 2º ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 61

[35] FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 714.

[36] BRASIL. **Lei Nº. 8.009, de 29 de Março de 1990**. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Disponível em: . Acesso em: 11 out. 2016.

[37] FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 715.

[38] MUNIZ, Mariana. STJ proíbe penhora de parte do bem de família do devedor. **Jota**. Disponível em: . Acesso em 11 out. 2016, s.p.

[39] MUNIZ, Mariana. STJ proíbe penhora de parte do bem de família do devedor. **Jota**. Disponível em: . Acesso em 11 out. 2016, s.p.

A (IM)PRESCRITIBILIDADE DA AÇÃO DE RESSARCIMENTO DE DANOS AO ERÁRIO: O ALCANCE DO ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

PRISCILLA CORREIA SIMÕES: Advogada.
Bacharel em em Direito pela Universidade
Estadual da Paraíba.

RESUMO: O Estado Democrático de Direito tem como um dos seus princípios a segurança jurídica, a qual garante estabilidade nas relações jurídico-sociais. Da necessidade de garantir a segurança jurídica é que o instituto da prescrição se tornou a regra em nosso ordenamento, sendo imprescindível a existência de previsão expressa para que uma pretensão seja imprescritível. Na Constituição Federal, o art. 37, §5º, traz em seu corpo previsão expressa de imprescritibilidade, afirmando de forma indireta e ampla, que as ações de ressarcimento de danos ao erário são imprescritíveis. Tal afirmação, por sua vez, se tornou alvo de polêmicas, visto que a imprescritibilidade, principalmente no âmbito do Direito Público deve ser interpretada com cautela, tendo surgido na doutrina e na jurisprudência duas linhas interpretativas: a primeira caminha no sentido de que a imprescritibilidade aludida no referido dispositivo alcança qualquer tipo de ação de ressarcimento ao erário, incluindo as decorrentes de ilícitos civis, já a segunda corrente entende que apenas as ações por danos ao erário decorrentes de ato de improbidade administrativa são imprescritíveis. Destarte, o presente artigo, através de pesquisa bibliográfica, busca discorrer sobre o entendimento jurisprudencial sobre o tema, a fim de delinear o alcance do art. 37º, §5º, da CF.

Palavras-chave: Prescrição. Direito Público. Ações de ressarcimento de danos ao erário. Improbidade Administrativa. Ilícitos civis.

ABSTRACT: The Democratic State of Law has as one of its principles legal certainty, which guarantees stability in legal-social relations. The need to guarantee legal certainty is that the prescription institute has become the rule in our law, and it is essential that there be express provision for a claim to be imprescriptible. In the Federal Constitution, article 37, paragraph 5, has in its body an express prediction of imprescriptibility, affirming in an indirect and ample way, that the actions of reimbursement of damage to the treasury are imprescriptible. This statement, in turn, has

become the subject of controversy, since imprescriptibility, especially in the scope of Public Law, must be interpreted with caution, and two interpretative lines have emerged in doctrine and jurisprudence: the first one in the sense that the imprescriptibility mentioned in the mentioned device reaches any type of compensation action to the treasury, including those arising from civil unlawful, the second current understands that the only actions for damages to the treasury due to administrative improbity are imprescriptible. Thus, this article, through a bibliographical research, seeks to discuss the jurisprudential understanding on the subject, in order to delineate the scope of the article 37, paragraph 5, of the Federal Constitution.

Keywords: Prescription. Public Right. Actions for reimbursement of damages to the treasury. Administrative improbity. Civil unlawful.

Sumário: 1. Introdução. 2. A (im)prescritibilidade das ações de ressarcimento de danos ao erário. 3. Conclusão. 4. Referências.

1. INTRODUÇÃO

No Direito brasileiro a prescrição tornou-se instituto de grande relevância, concretizando os ideais do princípio de segurança jurídica. Desta forma, aquele que, durante o período determinado em lei não busca discutir o seu direito violado perde, após o transcurso do lapso temporal devido, o direito de ver o mérito de sua pretensão analisado judicialmente. Tal imposição garante, assim, à sociedade certa estabilidade nas relações instituídas entre os indivíduos ou entre estes e o Poder Público.

Nesse contexto, a prescritibilidade tornou-se regra, sendo indispensável a existência de previsão expressa para que se configure a imprescritibilidade de uma pretensão. Logo, diante de sua excepcionalidade, vem entendendo a jurisprudência pátria que os dispositivos que afirmam que uma pretensão é imprescritível devem ser interpretados restritivamente.

No âmbito do Direito Público, o instituto da prescrição passou a ser objeto de divergência no tocante à imprescritibilidade ou não das ações de ressarcimento por danos causados ao erário diante da exegese do art. 37, §5º, da Constituição Federal de 1988, o qual em sua parte final ressalva as ações de ressarcimento ao erário da incidência do instituto da prescrição, sem fazer menção expressa à qual tipo de ilícitos tal norma se aplicaria.

Assim, segundo interpretação ampla do referido artigo toda e qualquer ação de ressarcimento movida pela Fazenda Pública seria imprescritível, o que trouxe inquietude para os intérpretes do direito. Diante de tal indefinição, há aqueles que sustentam a tese de que todas as ações de ressarcimentos ao erário são imprescritíveis, bem como outros que afirmam que a imprescritibilidade não abarca os ilícitos civis, mas apenas os casos de improbidade administrativa, devendo ser feita interpretação restritiva do dispositivo constitucional.

Tal questionamento traz à tona, assim, importante discussão acerca da (im)prescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário. Destarte, é sobre tal polêmica que o presente artigo propõe-se a discorrer, baseando-se, primordialmente, no atual entendimento jurisprudencial sobre o assunto, expondo as principais bases que norteiam a prescrição no âmbito do Direito Público.

2. A (IM)PRESCRITIBILIDADE DAS AÇÕES DE RESSARCIMENTO DE DANOS AO ERÁRIO

Fundamental para a estabilidade em um Estado Democrático de Direito, o instituto da prescrição busca garantir a manutenção da ordem jurídica e a tranquilidade das relações jurídico-sociais. Tal instituto existe para impedir a perpetuação de algumas pretensões, impondo prazo para que o titular de direito violado busque o manejo de ação judicial a fim de resguardá-lo.

Nas palavras de Flávio Tartuce:

É antiga a máxima jurídica segundo a qual o exercício de um direito não pode ficar pendente de forma indefinida no tempo. O titular deve exercê-lo

dentro de um determinado prazo, pois o direito não socorre aqueles que dormem. Com fundamento na pacificação social, na certeza e na segurança da ordem jurídica é que surge a matéria da prescrição [...]. De acordo com o art. 189 do CC, violado um direito, nasce para o seu titular uma pretensão, que pode ser extinta pela prescrição, nos termos dos seus arts. 205 e 206. Desse modo, se o titular do direito permanecer inerte, tem como *pena* a perda da pretensão que teria por via judicial. (TARTUCE, 2015, pp. 229-231)

Assim, diante da necessidade de segurança jurídica nas relações é que a prescrição tornou-se regra, evitando a instabilidade social e trazendo a certeza de que a situação consolidada no tempo não será impugnada pelo titular do direito, que diante de sua inércia teve sua pretensão extinta. Neste diapasão, pode-se afirmar que raras são as hipóteses de imprescritibilidade.

Quanto ao tema, José dos Santos Carvalho Filho assim se manifesta:

[...] se, de um lado, não se pode relegar o postulado de observância dos atos e condutas aos parâmetros estabelecidos na lei, de outro é preciso evitar que situações jurídicas permaneçam por todo o tempo em nível de instabilidade, o que, evidentemente, provoca incertezas e receios entre os indivíduos. (CARVALHO FILHO, 2009, p. 34)

Ademais, segundo José Joaquim Gomes Canotilho:

O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideram os princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito. (CANOTILHO, 2000, p. 257)

Por conseguinte, para que uma pretensão se torne perpétua, e, portanto, imprescritível, faz-se necessária a existência de previsão

expressa. No texto da CF/88 encontramos dispositivos que fazem referência expressa à imprescritibilidade, como o art. 5º, incisos XLII e XLIV. Desta feita, sendo a imprescritibilidade exceção, deve a norma que a contempla ser interpretada restritivamente.^[1]

No âmbito do Direito público, por sua vez, é imprescindível que o instituto da prescrição siga os princípios que norteiam a atuação da Administração Pública, devendo sua aplicação ou não ser justificada por razões de interesse público. Assim, qualquer dispositivo que tenha a previsão de imprescritibilidade na seara pública deve ser interpretado com bastante cautela.

Na Constituição Federal, o art. 37, §5º, traz em seu corpo previsão expressa de imprescritibilidade. Veja-se.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, **ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.** (grifos acrescidos)

Como se vê, o referido artigo em sua parte final afirma, de forma indireta e ampla, que as ações de ressarcimento de dano ao erário são imprescritíveis. Tal afirmação, por sua vez, se tornou alvo de polêmica nas lides judiciais, isto porque o referido artigo traz a incerteza de quais seriam os tipos de ilícitos que se encaixariam em tal situação de imprescritibilidade. Veja o que disse o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 764.278/SP:

A questão prescricional, aqui, é particularmente relevante em face do que estabelece o § 5º do art. 37 da Constituição Federal, segundo o qual "a lei

estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento". Bem se vê que o Constituinte, ao atribuir ao legislador ordinário a incumbência de estabelecer prazos prescricionais para ilícitos praticados por agentes administrativos, prescreveu uma ressalva, que não pode ser ignorada e cujo conteúdo e sentido devem ser desvendados pelo intérprete. (STJ, REsp 764.278/SP, 1ª Turma, DJe de 25.5.2008)

O referido dispositivo, portanto, como se percebe, deixa margem para as mais diversas interpretações, havendo assim, na doutrina e na jurisprudência pátria divergência de entendimentos quanto ao assunto, fundamentados em duas correntes interpretativas. A primeira corrente caminha no sentido de que a imprescritibilidade aludida no art. 37º, §5º, da CF, alcança qualquer tipo de ação de ressarcimento ao erário, já a segunda entende que a imprescritibilidade alcança apenas as ações por danos ao erário decorrentes de improbidade administrativa.

Desta forma, diante de tal indefinição[2] e a fim de garantir estabilidade jurídica para as lides que envolvem pedidos de ressarcimento de dano ao erário, o Supremo Tribunal Federal, através do julgamento do Recurso Extraordinário 669.069/MG[3] (julgado sob a sistemática da repercussão geral[4]), em 2016, trouxe para o ordenamento jurídico o seu atual posicionamento sobre o tema.

Desta forma, com a atribuição de repercussão geral, a tendência é que os tribunais passem a seguir o entendimento proferido no julgamento do RE 669.069/MG. O referido julgado, por sua vez, possui a ementa abaixo transcrita:

CONSTITUCIONAL E CIVIL.
RESSARCIMENTO AO ERÁRIO.
IMPRESCRITIBILIDADE. SENTIDO E ALCANCE
DO ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO. 1. É
prescritível a ação de reparação de danos à

Fazenda Pública decorrente de ilícito civil. 2.
Recurso extraordinário a que se nega provimento.
(STF, RE 669.069/MG, Rel. Min. Teori Zavascki,
Plenário, Dje 03.02.2016) (grifos acrescidos)

Extraí-se, assim, do referido julgado o atual entendimento do Excelso Pretório sobre o alcance da ressalva presente no art. 37º, §5º, da CF. Desta feita, segundo o STF, é prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil, ou seja, caso o Poder Público sofra um dano ao erário oriundo de ilícito civil deve ajuizar a ação no prazo prescricional previsto em lei, a fim de que seja o mesmo ressarcido.

O relator do julgado, o ex-ministro Teori Zavascki, em parte de seu voto assim se manifestou:

Essa ressalva final do texto normativo deu margem à instalação de um impasse dogmático a seu respeito. Uma das linhas de entendimento é essa sugerida pelo recurso, que, fundado em interpretação literal, atribui à ressalva constitucional a consequência de tornar imprescritível toda e qualquer ação de ressarcimento movida pelo erário, desde que o dano reclamado decorra de algum ilícito, independentemente da natureza dessa ilicitude. [...] Ora, se fosse nesse amplíssimo sentido o conceito de ilícito anunciado no § 5º do art. 37 da CF, estaria sob a proteção da imprescritibilidade toda e qualquer ação ressarcitória movida pelo Erário, mesmo as fundadas em ilícitos civis que sequer decorrem de dolo ou culpa. A própria execução fiscal seria imprescritível, eis que a não satisfação de tributos ou de outras obrigações fiscais, principais ou acessórias, certamente representa um comportamento contrário ao direito (ilícito, portanto) e causador de dano. Essa visão tão estremada certamente não se mostra compatível com uma interpretação sistemática do ordenamento constitucional. **Mesmo o domínio**

jurídico específico do art. 37 da Constituição, que trata dos princípios da administração pública, conduz a uma interpretação mais restrita. [...] não é adequado embutir na norma de imprescritibilidade um alcance ilimitado [...] O que se mostra mais consentâneo com o sistema de direito, inclusive o constitucional, que consagra a prescritibilidade como princípio, é atribuir um sentido estrito aos ilícitos de que trata o § 5º do art. 37 da Constituição Federal. (STF, RE 669.069/MG, Rel. Min. Teori Zavascki, Plenário, Dje 03.02.2016) (grifos acrescidos)

Assim, como se extrai da linha de argumentação desenvolvida pelo Ministro relator, ante a característica de exceção da imprescritibilidade deve o dispositivo ser interpretado de maneira restritiva, não se coadunando com a sistemática do ordenamento constitucional a ideia de que a imprescritibilidade presente na referida norma teria um alcance ilimitado. Veja-se o que já disse o STJ sobre o tema:

Interpretação que não seja a estrita levaria a resultados incompatíveis com o sistema, como seria o de considerar imprescritíveis ações de ressarcimento fundadas em danos causados por seus agentes por simples atos culposos. (STJ, REsp 764.278/SP, 1ª Turma, DJe de 25.5.2008)

Isto, pois, segundo o STF, a pretensão de ressarcimento fundamentada em ilícito civil, embora cause prejuízo material ao patrimônio público, não revela conduta revestida de alto grau de reprovabilidade, não se mostrando, assim, especialmente atentatória aos princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública, diferentemente dos danos ocorridos por ato de improbidade administrativa, que afetam diretamente a máxima tutela dos cofres públicos.

Neste diapasão, o alcance do dispositivo em foco deve ser mensurado mediante a sua associação com o parágrafo anterior (art. 37, §4º, da CF[5]), que trata das sanções por ato de improbidade administrativa.

Tratando da penalização dos agentes administrativos ímprobos, entende a jurisprudência que, em sentido oposto aos ilícitos civis, as ações por danos ao erário decorrentes de improbidade administrativa são imprescritíveis, tendo em vista que ferem diretamente ao Princípio da Moralidade Administrativa. Segundo o STJ:

Assim, ao ressaltar da prescritibilidade "as respectivas ações de ressarcimento", o dispositivo constitucional certamente está se referindo, não a qualquer ação, mas apenas às que busquem ressarcir danos decorrentes de atos de improbidade administrativa de que trata o § 4º do mesmo art. 37. (STJ, REsp 764.278, 1ª Turma, DJe de 25.5.2008)

Veja-se o que diz Emerson Garcia sobre ser imprescritível a ação de reparação de danos decorrentes de ato de improbidade:

A imprescritibilidade, é importante frisar, embora busque resguardar a apresentação de uma pretensão em juízo, encontra justificativa na ratio essendi do direito tutelado. Em outras palavras, a proteção do patrimônio público, enquanto modalidade de interesse difuso, afeto a todos os membros da coletividade, foi não só retirada do poder de disposição de qualquer legitimado a tutelá-lo, como, também, pode ser feita a qualquer tempo. (GARCIA, 2013, pp. 712-714)

Assim, é a moralidade administrativa, constitucionalmente garantida, que impede a equiparação do dano civil ao dano decorrente de ato de improbidade administrativa. Logo, diferentemente do que ocorre no caso de ilícitos civis, os danos decorrentes do ato ímprobo violam não apenas direito individual ou normas de serviço interno da Administração, como também o dever geral de probidade, afetando toda a sociedade.

Vejam-se alguns julgados que entendem pela imprescritibilidade das ações por danos ao erário decorrentes de improbidade administrativa:

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO
MANDADO DE SEGURANÇA TRANCAMENTO
DE INQUÉRITO CIVIL PARA APURAÇÃO DE

ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA ENRIQUECIMENTO ILÍCITO JUSTA CAUSA PRESCRIÇÃO. [...] **4. A ação civil de ressarcimento por ato de improbidade é imprescritível**, inexistindo ainda ação contra o impetrante. (STF, RE 626.697/RJ, Rel. Min. Teori Zavascki, Plenário, Dje 13.08. 2014) (grifos acrescidos)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. RESSARCIMENTO DE DANO AO ERÁRIO PÚBLICO. IMPRESCRITIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. [...] **2. É pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de que a pretensão de ressarcimento por prejuízo causado ao erário, manifestada na via da ação civil pública por improbidade administrativa, é imprescritível**. Daí porque o art. 23 da Lei n. 8.429/92 tem âmbito de aplicação restrito às demais sanções prevista no corpo do art. 12 do mesmo diploma normativo. 3. Nesse sentido: AgRg no AREsp 388.589/RJ, 2ª Turma, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 17/02/2014; REsp 1268594/PR, 2ª Turma, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJe 13/11/2013; AgRg no REsp 1138564/MG, 1ª Turma, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, DJe 02/02/2011. [...] (AgRg no REsp 1442925/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/09/2014, DJe 23/09/2014) (grifos acrescidos)

DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PEDIDO DE RESSARCIMENTO. POSSIBILIDADE. AÇÃO IMPRESCRITÍVEL. PRECEDENTES. 1. É entendimento desta Corte a ação civil pública, regulada pela Lei 7.347/85, pode ser cumulada com pedido de reparação de danos por improbidade administrativa, com fulcro na Lei 8.429/92, bem como que não corre a prescrição quando o objeto da demanda é o ressarcimento do dano ao erário público. (STJ - AgRg no REsp: 1138564/MG, Relator: Min. Benedito Gonçalves, Data de Julgamento: 16/12/2010, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/02/2011) (grifos acrescentados)

Desta forma, ante a imperatividade de interpretação restritiva, entende a jurisprudência pátria que a ressalva constante do art. 37, §5º, abarca somente as ações por danos ao erário decorrentes de improbidade administrativa, sendo prescritíveis as ações de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícitos civis.

Pode-se citar como exemplo, a situação em que um particular dirigindo seu veículo acabe batendo em carro pertencente a um órgão público, assim, neste caso existe prazo para que o Estado busque, através do manejo de ação judicial, a reparação do ilícito civil. Da mesma forma, caso seja um agente público que, dirigindo carro oficial, cometa o deslize, vindo a bater em veículo de particular, a ação regressiva do Estado (que indeniza o particular, conforme os ditames do art. 37, §6º, da CF), perante o agente público que atuou com dolo ou culpa, também é prescritível.

Assim, após o julgamento do RE 669.069/MG resta, atualmente, fixada a seguinte tese jurisprudencial: a imprescritibilidade a que se refere o art. 37, § 5º, da CF diz respeito apenas a ações de ressarcimento de danos ao erário decorrentes de atos praticados por qualquer agente, servidor ou não, tipificados como ilícitos de improbidade administrativa, sendo prescritível as ações de ressarcimento de danos ao erário por ilícitos civis.

Ademais, no tocante ao prazo prescricional para as ações de ressarcimento de danos ao erário por ilícitos civis, existem duas correntes: a primeira afirma que o prazo seria de 3 (três) anos, com base no art. 206, § 3º, inciso V, do Código Civil, segundo o qual prescreve em três anos a pretensão de reparação civil; já a outra corrente entende que o prazo, em razão do princípio da isonomia, deveria ser o mesmo que é estabelecido para as ações propostas contra a Fazenda Pública, o qual é de 5 (cinco) anos, conforme dispõe o art. 1º do Decreto 20.910/32.

Atualmente o prazo de 5 (cinco) anos é o que vem sendo aceito pela jurisprudência majoritária. Destacando-se que no STF não se firmou base concreta quanto ao referido prazo, mas, enquanto não resta pacificado, a prescrição quinquenal é a mais aceita pelos tribunais.^[6]

Vejam-se alguns julgados que entendem pela aplicação da prescrição quinquenal aos ilícitos de natureza civil.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL DE RESSARCIMENTO DE DANO AO ERÁRIO NÃO DECORRENTE DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. **1. A pretensão de ressarcimento de danos ao erário não decorrente de ato de improbidade prescreve em cinco anos. 2.** Embargos de divergência acolhidos. (STJ - EREsp: 662844 SP 2009/0181521-3, Relator: Ministro Hamilton Carvalhido, Data de Julgamento: 13/12/2010, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 01/02/2011) (grifos acrescidos)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE VEÍCULO. REPARAÇÃO CIVIL. PRESCRIÇÃO.

DECRETO 20.910/32. QUINQUENAL. INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO CIVIL. DEVER DE INDENIZAR E NEXO CAUSAL. SÚMULA 7/STJ. JUROS MORATÓRIOS. TERMO INICIAL. EVENTO DANOSO. PRECEDENTES. 1. Cuida-se originalmente de ação ressarcitória, proposta pelo Distrito Federal, com o intuito de ser ressarcido na quantia de R\$ 22.868,66, decorrentes de acidente de trânsito, envolvendo veículo oficial e ônibus da parte agravante. [...] **4. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a prescrição contra a Fazenda Pública é quinquenal, mesmo em ações indenizatórias, uma vez que é regida pelo Decreto 20.910/32, norma especial que prevalece sobre lei geral. 5. O STJ tem entendimento jurisprudencial no sentido de que o prazo prescricional da Fazenda Pública deve ser o mesmo prazo previsto no Decreto 20.910/32, em razão do princípio da isonomia.** (STJ, AgRg no AREsp 768.400/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/11/2015, DJe 16/11/2015) (grifos acrescidos)

Quanto aos que defendem a aplicação do prazo de 3 (três) anos do Código Civil, trata-se de corrente minoritária, visto que, segundo leciona Celso Antonio Bandeira de Mello (2008, p. 1033), os ideais que norteiam o ramo do Direito Civil e do Direito Público são distintos, não cabendo serem aplicadas as regras de prescrição constantes do diploma civil, mas sim as regras genéricas de Direito Público.

Desta forma, o atual entendimento do STF pela prescrição das ações de ressarcimento ao erário que se originem de ilícitos civis é o que mais se coaduna com os ditames que norteiam o Direito Público, visto que, sendo a imprescritibilidade a exceção, deve esta ser aplicada na seara pública somente quando justificada por razão de interesse público, como é no caso de improbidade administrativa que atenta diretamente contra a

moralidade do Poder Público, o que ocorre em grau mais leve nos casos de ilícitos civis, como demonstrado no presente artigo.

Destarte, garantir a imprescritibilidade sem qualquer ressalva causaria instabilidade nas relações civis entre o Poder Público e os particulares, afrontando uma das principais bases do Estado Democrático de Direito: a segurança jurídica.

3. CONCLUSÃO

Ao final do presente artigo resta definida a atual posição do STF quanto ao alcance do art. 37, §5º, da CF, entendendo a Suprema Corte que as ações de ressarcimento ao erário são prescritíveis quando se originam de ilícitos civis. Tal entendimento, exposto no RE 669.069/MG, resta pacificado, sendo tendência que os tribunais passem a seguir o referido posicionamento, diante da atribuição da repercussão geral ao tema em foco.

A imprescritibilidade de uma ação no âmbito do Direito Público justifica-se quando há a infringência dos princípios bases que norteiam a atividade pública, tal como o princípio da moralidade, afetando diretamente os cofres públicos. Desta forma, e diante da imperativa necessidade de garantir o postulado da segurança jurídica é que, segundo a jurisprudência, as ações de ressarcimento ao erário oriundas de ilícitos civis são prescritíveis, reservando-se a imprescritibilidade às ações de ressarcimento ao erário originadas por ato de improbidade administrativa.

Assim, resta claro que a ressalva do art. 37, §5º, da CF, deve ser interpretada em conjunto com o artigo antecedente (art. 37, §4º, da CF), o qual trata das sanções aplicáveis ao ato de improbidade administrativa. A regra da imprescritibilidade existe para proteção do patrimônio público em face de todos e são os atos ímprobos que afetam diretamente os cofres públicos, envolvendo o interesse de toda a sociedade.

Os danos oriundos de ilícitos civis, assim, caminham em sentido oposto, visto que afetam, principalmente, interesses individuais e internos da Administração pública, como no caso de acidente automobilístico que

envolve veículo de órgão público, como já exposto. Tal característica, por conseguinte, justifica o fato de serem prescritíveis.

Destarte, o presente artigo, debruçando-se sobre a jurisprudência majoritária e sobre o entendimento exposto no RE 669.069/MG, vem acolher a tese que define a prescritibilidade das ações de ressarcimento de danos ao erário oriundas da prática de ilícitos civis.

4. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2010.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional**. 7ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de Direito Administrativo**. 22ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GARCIA, E. **Improbidade administrativa**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MELLO, C. A. B. **Curso de Direito Administrativo**. 25ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

TARTUCE, F. **Manual de Direito Civil**. 5ª ed. São Paulo: Editora Método, 2015.

NOTAS:

[1] Nesse sentido: STJ, REsp 764.278/SP, 1ª Turma, DJe de 25.5.2008.

[2] Existem decisões do Supremo Tribunal Federal em que foi afirmado, com fundamento na parte final do § 5º do art. 37 da CF, que ações de ressarcimento ao erário eram imprescritíveis (Neste sentido: MS 26.210/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 04.09.2008; AI-AgR 788.268/SP, rel. Min. Rosa Weber, 22.05.2012).

[3] O RE 669.069/MG julgou caso em que a inicial veicula uma ação de ressarcimento instaurada pela União em face de uma empresa

de transporte rodoviário e de um motorista a ela vinculado, tendo por fundamento a alegada responsabilidade civil por acidente automobilístico ocorrido no ano de 20 de outubro de 1997 na rodovia MG 862.

[4] Repercussão Geral é instituto processual que reserva ao STF o julgamento exclusivo de temas, trazidos em recursos extraordinários, que apresentem questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. Sob o ângulo da repercussão geral, afirmou o STF que o tema ultrapassa o interesse subjetivo das partes, visto que o entendimento formalizado repercutirá em outros casos idênticos.

[5] Art. 37, §4º: Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

[6] No julgamento do RE 669.069/MG, o STF aplicou o prazo de 3 (três) anos do Código Civil, porém como o objeto do recurso extraordinário não era esse, a questão quanto a qual seria o prazo prescricional ainda se encontra em aberto na Corte.

A INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS NA DISSOLUÇÃO CULPOSA DO CASAMENTO DECORRENTE DO DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES CONJUGAIS

THIAGO DE OLIVEIRA ANDRADE COELHO:
Advogado militante (OAB/DF 7.025), bacharel em direito pelo Centro Universitário de Brasília e Pós graduado em Gestão Estratégica da Segurança Pública.

RESUMO: Este artigo apresenta estudo acerca da possibilidade de responsabilização civil em danos morais, daquele que, por descumprimento de dever conjugal, impulsionou a dissolução culposa do casamento, gerando lesão à honra subjetiva daquele que comungava de sua vida.

Palavras-chave: Indenização. Danos Morais. Dissolução culposa do casamento. Descumprimento. Deveres conjugais.

I- INTRODUÇÃO

A responsabilização civil em danos morais daquele que, por descumprimento de dever conjugal, levou a dissolução do casamento, lesionando o outro que comungava de sua vida, sem que este desse causa, tem se demonstrado tema polêmico no ordenamento jurídico brasileiro, vez que a doutrina e a jurisprudência se demonstram divergentes entre si muitas vezes quanto a procedência desta reparação.

A problemática se agrava pela falta de previsão legal específica abordando o presente tema, ocasionando escassos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, o que causa dúvidas entre os operadores do direito e os que se utilizam deste.

Mesmo diante da inércia do legislador acerca do tema, se faz necessário a alusão do antigo brocardo “ubi societas, ibi jus (onde está a sociedade está o direito). Conforme Miguel Reale “a recíproca também é verdadeira: ubi jus, ibi societas, não se podendo conceber qualquer

atividade social desprovida de forma e garantia jurídicas, nem qualquer norma jurídica que não se refira à sociedade.

Diante disso, com intuito de suprir a demanda de uma sociedade em contínua mudança diante das normas jurídicas, os operadores do direito se reportam às regras de responsabilidade civil, embasadas na cláusula geral de ilicitude, artigo 186 do Código Civil de 2002, desenvolvendo este relevante tema em evidência no ordenamento de família.

A problemática do presente trabalho se concentra no estudo acerca da possibilidade do ajuizamento de ação pleiteando danos morais decorrentes da injusta violação dos deveres conjugais na dissolução do casamento.

O que remete diretamente à hipótese de invocamento dos princípios constitucionais e doutrinários, embasado na legislação em vigor e salientados pela jurisprudência para a defesa da aplicação das normas constantes da responsabilidade civil em âmbito de direito de família, com a finalidade de resguardar o direito do cônjuge lesado a receber indenização por danos morais em virtude das lesões a honra subjetiva experimentadas injustificadamente.

A abordagem do tema foi dividida em três capítulos: Doutrina, legislação aplicada ao caso em análise e jurisprudência.

No primeiro capítulo, foram analisadas as definições, noções gerais, pressupostos, fundamentos e espécies de responsabilidade civil. Definida a responsabilidade civil, se fez um estudo acerca do dano moral, abarcando o conceito, previsão legal e constitucional deste. Depois, se fez análise acerca da conceituação, natureza jurídica e relevância do casamento, observando os direitos aplicáveis a este e como sua inobservância pode levar a dissolução do vínculo conjugal.

No segundo capítulo foi abordado um estudo objetivo e científico da legislação em vigor aplicável ao tema, remetendo a procedência acerca da responsabilidade civil em danos morais pelo

descumprimento dos deveres conjugais ao cônjuge infrator, levando em consideração a quebra do princípio da dignidade da pessoa humana, artigo 1º, III, da Constituição Federal, consagrando o homem como centro do ordenamento jurídico.

Por fim, no terceiro capítulo, se concentrou a análise jurisprudencial do tema, trazendo a luz os recentes posicionamentos mais relevantes dos Tribunais, incluindo a posição do Superior Tribunal de Justiça, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

Deste modo, o presente trabalho científico demonstrará, através da doutrina, lei e jurisprudência, mediante as regras de responsabilidade civil, a possibilidade da reparabilidade por danos morais no descumprimento imotivado dos deveres conjugais na dissolução do casamento.

II - DESENVOLVIMENTO

2.1. A DISSOLUÇÃO CULPOSA

A espécie culposa ou divórcio-sanção, é “aquela fundada no grave descumprimento dos deveres conjugais”^[1], gerando por conseqüência, devido sua natureza, a vida em comum insuportável.^[2]

A dissolução culposa tem como objetivo a imposição da separação definitiva do casal, “quando um dos cônjuges falta com seus deveres conjugais, infringindo as normas essenciais da vida em comum”^[3]. Sua finalidade é a aplicação, ao cônjuge culpado, da dissolução do matrimônio, como penalidade em face de seu comportamento infiel.^[4]

Pelo casamento, os cônjuges contraem diversos deveres, indicados no artigo 1.566 do Código Civil de 2002: fidelidade recíproca, vida em comum no domicílio conjugal, mútua assistência, respeito e consideração mútuos, sustento, guarda e educação dos filhos. Deveres,

que para que assim sejam considerados, devem receber as sanções cabíveis em caso de inadimplemento.[\[5\]](#)

Devido a modificação do art. 266, §6º, realizada pela Emenda Constitucional n. 66 / 2010, que passou a disciplinar que “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”, o efeito da eficácia plena desse dispositivo deve ser entendido como a eliminação dos requisitos da separação judicial por um ano e da separação de fato por dois anos, mas com a aplicação ao divórcio das mesmas normas constantes do Código Civil de 2002 sobre a separação judicial. Sendo considerados o divórcio ruptura, o divórcio culposo e o divórcio remédio.[\[6\]](#)

O artigo 1.572, em seu *caput*, ao estipular que “qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum”, sem estabelecer redundante indicação, em caráter genérico, da conduta desonrosa, faz referência ao grave descumprimento do dever de respeitar o cônjuge (artigo 1.569, V, CC). Todavia, o descumprimento de dever conjugal estipulado neste artigo, para dar causa ao procedimento culposo, deve ser grave, não considerando como qualquer violação a dever do casamento[\[7\]](#). Devem ser consideradas a natureza do ato, intensidade ou repetição, se o fato ou conjunto de fatos deve ser de molde a provocar constrangimento no cônjuge inocente e a sua perda de confiança no consorte.[\[8\]](#)

A insuportabilidade da vida em comum, disposta no artigo 1.572, *caput*, do Código Civil, como requisito para a dissolução culposa tem sido mitigado, por ser aspecto de difícil apreciação, de natureza predominantemente subjetiva. Comprovados, os fatos desonrosos, assim como o grave descumprimento de outros deveres conjugais, milita em favor do argüente a presunção de insuportabilidade da vida em comum.[\[9\]](#)

O artigo 1.573 do Código Civil estabelece as causas concretas da dissolução culposa[\[10\]](#):

Art. 1.573. Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos:

I - adultério;

II - tentativa de morte;

III - sevícia ou injúria grave;

IV - abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo;

V - condenação por crime infamante;

VI - conduta desonrosa.

Parágrafo único. O juiz poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum.[\[11\]](#)

Deve-se entender que o rol do artigo acima “não é taxativo, mas apenas exemplificativo das causas culposas da dissolução conjugal”[\[12\]](#). Todos os incisos do artigo 1.573 do Código Civil referem comportamentos ou atos que importam no grave descumprimento de dever conjugal, de modo que, também por isso, são mero exemplos de causas culposas.[\[13\]](#)

A experiência de vida do juiz é importante fator para apreciação de cada caso, o decisivo para apreciação desta dissolução, é o reconhecimento pelo magistrado de que a vida em comum tornou-se impossível. Paulo Nader, citando Eduardo de Oliveira Leite, arrola diversos motivos que tornam a vida em comum insuportável, à luz da jurisprudência: “*a embriaguez, a ociosidade, o vício do jogo, o uso de entorpecentes, a homossexualidade, a falta de asseio, a desonestidade nos negócios familiares, a prática de determinados cultos religiosos, o excesso de religiosidade etc*”.[\[14\]](#)

De acordo com Georges Durry e Michele Gobert, é necessário que o juiz se esqueça de seu cargo para integrar-se no seio da família, fazendo então sua voz, não de fora, em virtude de sua autoridade, mas, de dentro, pela humanidade que emana de sua própria pessoa.[\[15\]](#)

Assim como deve ser respeitada a integridade física e moral de qualquer indivíduo, do mesmo modo cabe ao cônjuge, na constância do casamento, não atingir a incolumidade do consorte.[\[16\]](#)

Se, em vez de proceder por essa forma, agride-o com agravos físicos ou morais, quer consistentes em atos e palavras, abre espaço ao repúdio, por parte do ofendido, através da ação dissolutória culposa.[\[17\]](#)

2.2. –DANO MORAL DECORRENTE DO DIVÓRCIO CULPOSO ANTE A QUEBRA DOS DEVERES CONJUGAIS

O argumento de que, por falta de previsão legal específica, não cabe a responsabilização civil por danos morais na dissolução do casamento decorrente do descumprimento dos deveres conjugais, não deve prosperar, vez que a reparabilidade dos danos é previsão constitucional como direito fundamental[\[18\]](#):

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:

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

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

Logo, extraem dos dispositivos acima, a inviolabilidade dos direitos da personalidade e o direito à indenização pelo dano moral e material decorrente de sua violação[19]. O artigo 226, § 8º, prevê que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”[20], devendo este assegurar “a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”[21].

Na visão do Desembargador Cavalieri, o dano moral importa em lesão de bem integrante da personalidade, tal como a honra, liberdade, a saúde, a integridade psicológica, ou seja, tudo aquilo que causa dor, sofrimento, vexame e humilhação à vítima, sendo perfeitamente adequada ao caso em tela.[22]

O princípio da dignidade da pessoa humana é preservado como fundamento da República Federativa do Brasil, tendo destaque no artigo 1º, III, 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:

III - a dignidade da pessoa humana;

Nas relações familiares, deve se acentuar a necessidade de proteção da dignidade da pessoa humana, pois a família é o centro da preservação pessoal, tendo seus membros relações diuturnas e constantes (endorrelacionamentos), enquanto as relações intersubjetivas com estranhos ou com o Estado (exorrelacionamentos), não são tão constantes como as relações familiares. Logo, deve o sistema constitucional de garantias de direitos ser focado sobre o microcosmo da família, vez que nesta as relações humanas se mostram mais intensas[23].

Daí, a impossibilidade de se ater à “direitos de liberdade”, “de igualdade”, “honra” e “direitos de personalidade”, se estes não forem “exercitados e garantidos já no âmbito familiar; não há pessoa humana com dignidade se esta não pode ser manifestada no núcleo familiar”[24].

O princípio da dignidade da pessoa humana colocou a pessoa humana ao centro do ordenamento civilístico, subordinando o objeto de direito à plena realização material, moral e espiritual do homem. Sendo fundamental para a análise da legitimidade para indenização por danos morais.[\[25\]](#)

Sob pena de industrializar-se o dano moral, produzindo-se demandas em série, há que se apreciar com moderação e razoabilidade as hipóteses que efetivamente o caracterizam, aquelas que realmente importem em violação à cláusula geral de tutela da pessoa humana consagrada no texto constitucional, evitando a banalização do instituto[\[26\]](#). Logo, não basta qualquer descumprimento de dever conjugal, é necessária que haja, de fato, ofensa a personalidade, dignidade, que gere dor espiritual, ultraje.[\[27\]](#)

Pelo casamento, os cônjuges contraem diversos deveres, indicados no artigo 1.566 do Código Civil de 2002: fidelidade recíproca, vida em comum no domicílio conjugal, mútua assistência, respeito e consideração mútuos, sustento, guarda e educação dos filhos[\[28\]](#), além dos deveres consagrados pela jurisprudência. Sendo considerada a espécie de dissolução culposa aquela “fundada no grave descumprimento dos deveres conjugais de acordo com o Código Civil de 2002, art. 1.572, caput” [\[29\]](#).

O legislador de 2002 preocupou-se em indicar nos artigos 1.572 e 1.573 do Código Civil inúmeras situações que representam a busca da culpa na separação. Do mesmo modo, o artigo 1.578 do mesmo código determinou a perda do direito de usar o sobrenome do outro cônjuge declarado culpado da separação judicial.[\[30\]](#)

Deve ressaltar que o direito brasileiro sempre estabeleceu sanções ao cônjuge culpado a exemplo da obrigação de prestar alimentos, a perda da guarda dos filhos e a perda do direito de usar o nome do cônjuge-varão.[\[31\]](#)

Para que os deveres do casamento sejam considerados obrigações propriamente ditas, há de se aplicar sanções em caso de

descumprimento, todavia não basta a inobservância corriqueira de qualquer obrigação para que se configure o dano moral, devem ser consideradas a natureza do ato, intensidade ou repetição, se o fato ou conjunto de fatos deve ser de molde a provocar constrangimento no cônjuge inocente e a sua perda de confiança no consorte.[\[32\]](#)

O dever de respeito, por exemplo, deve ser analisado tecnicamente, para que não se transforme em um dever vago, de caráter subjetivo. Dessa maneira, o dever de respeito tem como objeto os direitos da personalidade do cônjuge: vida, integridade física e psíquica, honra, nos aspectos subjetivos (autoestima) e objetivos (reputação social), dentre outros.[\[33\]](#)

A conduta desonrosa importa em descumprimento do dever de respeito ao cônjuge, como injúria grave indireta. A honra pode ser ultrajada de várias formas, indo além dos deveres de respeito estipulados em lei, inúmeros são os exemplos: corrupção ou torpeza, vida desregrada e criminoso, vício de embriaguez ou uso de entorpecentes, atentados à moral e aos bons costumes, ociosidade, etc.[\[34\]](#)

A orientação jurisprudencial e doutrinária tem se consolidado no sentido de que o dano moral nada mais é do que a violação do direito à dignidade[\[35\]](#). “A dignidade nada mais é do que a base de todos os valores morais, a síntese de todos os direitos do homem.”[\[36\]](#). De acordo com Sergio Cavalieri Filho, “a honra, a imagem, o nome a intimidade, a privacidade, ou qualquer outro direito da personalidade, todos estão englobados no direito à dignidade verdadeiro fundamento e essência de cada preceito constitucional relativo aos direitos fundamentais”.[\[37\]](#)

Ademais, “pelo casamento, o casal passa a viver sob o princípio da solidariedade de honras, de sorte que o desvio de um dos cônjuges inevitavelmente no outro repercute, afetando-o na sua dignidade”[\[38\]](#).

A família é a primeira destinatária dos direitos fundamentais, ficando a mercê de todo o sistema de direitos e garantias

previstos constitucionalmente, inclusive a reparação dos danos morais.[\[39\]](#)

O casamento não traz, para os consortes, imunidades no campo da responsabilidade civil e em suas relações interindividuais. Os direitos da personalidade se mantêm íntegros, exatamente como se acham concebidos e institucionalizados na Constituição Federal.[\[40\]](#)

Além da consagração constitucional e infraconstitucional, o cabimento da referida reparação se deve na perfeita aplicabilidade dos princípios da responsabilidade civil na dissolução culposa[\[41\]](#), vez que o ilícito requer a presença de quatro elementos: a) ação ou omissão; b) dano material ou moral; c) nexo de causalidade entre a conduta positiva ou negativa e o dano material ou moral; d) culpa[\[42\]](#). Deste modo, aquele que incorre na ação ilícita de descumprir com os deveres consagrados por lei na constância do casamento, não observando o devido valor moral, social e pessoal que este representa, causando ao cônjuge inocente lesão a sua dignidade devida sua conduta culposa, deve se responsabilizar civilmente, pois cometeu ilícito.

O direito de família vem acolhendo os princípios de responsabilidade civil, abandonando o posicionamento retrógrado de que as regras próprias do direito de família são suficientes para responder a todos os conflitos surgidos nas relações jurídicas de natureza familiar[\[43\]](#).

O artigo 186 do Código Civil de 2002 estabelece que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Essa regra consta da Parte Geral da codificação civil, aplicando-se a todos os Livros do Código, dentre os quais está o Livro IV – “Do Direito de Família”.[\[44\]](#)

A legislação, “ao estabelecer deveres aos cônjuges, obrigá-los à prática de certos atos e à abstenção de outros. Uma vez violados esses deveres, com a ocorrência de danos surge o direito do ofendido à reparação, em razão do preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, assim como ocorre diante da prática de

ato ilícito em outras relações jurídicas”[\[45\]](#), tendo fundamento na regra geral do artigo acima citado.

Há de se observar que “a responsabilidade civil subjetiva é pressuposto do dano moral no âmbito das relações conjugais”. Se faz necessária a comprovação da culpa no comportamento do cônjuge e o efetivo descumprimento do dever conjugal. Reporte-se à idéia de culpa em sentido amplo, abrangente de toda a espécie de comportamento contrário ao direito, seja intencional ou não, porém imputável por qualquer razão ao causador do dano.[\[46\]](#)

Essa comprovação da culpa, é de natureza teórica, pois na prática dificilmente se verifica uma seqüência de fatos e de ações [\[47\]](#).

Identifica-se a culpa nas relações de casamento dentro do conceito de “erro de conduta que leva o individuo a lesar um direito alheio”. Também, no âmbito do casamento para que se concretize a responsabilidade, é indispensável que se estabeleça uma interligação entre a ofensa ao bem jurídico e o prejuízo sofrido, de tal modo que se possa afirmar ter havido o dano porque o agente procedeu contra Direito.[\[48\]](#)

Mesmo havendo culpa e dano, não existe configuração de reparar se entre ambos não se estabelecer a relação causal. “O ressarcimento por dano moral vem conquistando, gradualmente, relevante espaço jurídico e social. Não se pode afastá-lo dos atos lesivos a qualquer dos cônjuges.[\[49\]](#)

Também, cabe observância a regra do abuso de direito prevista no artigo 187 do Código Civil, que dispõe:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.[\[50\]](#)

Carlos Roberto Gonçalves, ao analisar o dispositivo transcrito acima, revela “que o instituto do abuso de direito é destinado a reprimir exercício antisocial dos direitos subjetivos e, portanto, tem aplicação em todos os campos do direito”.[\[51\]](#)

Quando o rompimento do casamento ocorre com descumprimento de deveres, está configurado o ato ilícito, e se daí se decorrem danos ao consorte, estão preenchidos os pressupostos da responsabilidade civil, conforme dispõe o artigo 927 do Código Civil.[\[52\]](#)

Ademais, se levar em consideração a posição de que o casamento tem natureza contratual, defendida por doutrinadores de renome como Clóvis Bevilacqua, Caio Mário, Orlando Gomes e Marco Aurélio de Sá, deve se aplicar-lhe toda a teoria geral da obrigação contratual, naquilo que for compatível. Conseqüentemente há de se analisar o artigo 247 do Código Civil, o qual estipula que “Incorre na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta ou só por ele exequível”.[\[53\]](#)

Desse modo, se cônjuge descumpre o dever imposto a ele de lealdade ou fidelidade, “incorre na obrigação de indenizar perdas e danos”.[\[54\]](#)

O Código Civil ao dispor que o dever de mutua assistência entre as pessoas, aí incluídos os cônjuges, estabeleceu no artigo 949 que “No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido haver sofrido”.[\[55\]](#).

Conforme citação de Washigton de Barros, Modestino define o casamento **como** *nuptiae sunt conjunctio maris et feminae consortiu omnis vitae, divini et humani juris communicatio*, isto é, a conjunção do homem e da mulher, que se associam para toda a vida, a comunhão do direito divino e do direito humano. Ora, a conjunção indica o elemento físico da relação, o consórcio para a vida toda, o elemento moral e a comunhão do direito divino e do direito humano. Evidente que

em grande maioria dos casos aquele que atenta para com uma associação que foi estabelecida com o outro cônjuge para a vida toda, envolvendo o divino, atenta também para a saúde deste, devendo responder pelo prejuízo causado ao inocente.

Regina Beatriz Tavares da Silva, lecionando em âmbito das relações familiares, reportando-se ao direito do estrangeiro, distingue danos morais e materiais acarretados pelo descumprimento dos deveres conjugais e os prejuízos oriundos da ruptura do casamento. “Como *dano imediato* indica o sofrimento oriundo da infidelidade, do adultério, do dever de coabitação, pelo abandono voluntario e injustificado do lar e pela recusa de satisfação do débito conjugal, entre outros. Como *dano mediato* indica a situação da mulher que, após um casamento com duração de longos anos, no qual se dedicou exclusivamente ao lar, tendo sido vedada a sua atividade profissional, depara-se com o desfazimento do matrimônio pela culpa do marido com conseqüências danosas nos planos moral e material”[\[56\]](#)

Ressalte-se que no âmbito das relações conjugais não é necessário provar previamente os danos específicos, devendo ser levada ao julgador a prova do fato que gerou a dor, sofrimento e sentimentos íntimos que o ensejam.[\[57\]](#)

É cabível, diante do descumprimento dos deveres conjugais que acarrete danos, morais ou materiais, o pedido de reparação civil, seja diante da cumulação com o pedido de dissolução culposa, seja em ação própria.[\[58\]](#)

Por ser o mais sensível de todos os direitos e tratar dos afetos e sentimentos das pessoas, o direito de família, precisa dar resposta às ilicitudes cometidas no curso e, por elas, na dissolução do casamento. Não devem “persistir impunes agressões de toda espécie perpetradas entre o casal no seio da família, exatamente onde deveria ser fomentada a harmonia familiar e social”[\[59\]](#)

Pressupõe-se que a reação imediata do cônjuge diante de situações de violação, e diante do sofrimento e insatisfação, conduz-o a

mobilizar as forças cogentes do Estado na busca de uma resposta, em nome da defesa ou proteção de seus direitos[60]. Incumbe ao direito oferecer instrumentos pra reequilibrar a situação pessoal e patrimonial dos cônjuges. Dentre esses instrumentos destacam-se a aplicação dos princípios da responsabilidade civil ou da reparação civil de danos nas relações de casamento.

Desde que um cônjuge provoque danos materiais ou morais ao consorte, com este fato jurídico surge o direito subjetivo à indenização favor do lesado. A dor moral que nasce da separação ou do divórcio não é indenizável, mas as práticas ilícitas durante o casamento, inclusive as que provocaram o desenlace da sociedade conjugal[61]. O fator determinante “é que se tenha uma real configuração de um dano indenizável, como pressuposto para a admissibilidade daquela reparação” [62] devendo o Poder Judiciário quantificar a indenização com a finalidade reparar o cônjuge lesado[63].

Em “análise da responsabilidade civil decorrente do rompimento unilateral do vínculo matrimonial é importante tomar-se consciência de que o desamor, por si só, não constitui dano moral reparável, mas sim as ofensas decorrentes do fato”[64]. Ao contrair o casamento assume-se o compromisso de lealdade, não o de perpetuidade do amor.

O ajuizamento de uma ação de responsabilidade civil entre os cônjuges se presume a falência do casamento. Seja o casamento dissolvido ou não, este perde sinais de vida.[65]

O direito de família, que regula as relações dos cônjuges, não deve ser colocado em um pedestal inalcançável aos princípios da responsabilidade civil, pois se assim o fizer, deixaria de oferecer proteção aos cônjuges, impossibilitando-lhes a utilização de um relevante instrumento jurídico, “que assegura condições existenciais da vida em sociedade: a reparação civil de danos”[66].

Logo, consequência para a violação dos deveres conjugais não se limita, pois, à dissolução do casamento, pois o cônjuge culpado

pode responder por danos causados ao consorte, consoante observa Planiol e Ripert na citação por Paulo Nader: “*Le préjudice moral résultant d’une injure, d’une condamnation criminelle ou de l’adultère, peut aussi être considéré comme n’étant pas pleinement réparé par Le divorce, et Donner lieu à une allocation de dommages-intérêts...*”[\[67\]](#).

Pode-se concluir que os lesados nas circunstâncias apontadas, merecem a devida indenização pela reparação de danos morais e materiais, a compensar-lhes as angústias e perdas sofridas e a servir de desestímulo à prática de outros atos semelhantes pelo lesantes.[\[68\]](#)

Tanto pelo Texto Constitucional como infraconstitucional não se depreende restrição da incidência desses danos e de sua reparabilidade, em nenhuma órbita, inclusive na familiar.[\[69\]](#)

Nesse diapasão, não há como se sustentar que a reparação dos danos morais em sede familiar não conta com amparo legal e doutrinário. [\[70\]](#)

2.3. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

2.3.1. JULGADOS FAVORÁVEIS

Consolida-se, a cada dia, a orientação doutrinária e jurisprudencial no sentido de que o dano moral é aquele que viola o direito a dignidade, sendo aplicado também ao direito de família. Sobre o tema, a 3ª Turma do STJ, tendo como relatora a Ministra Nancy Andrighi, decidiu que é cabível a reparação por dano moral quando houver descumprimento dos deveres de lealdade e sinceridade recíprocos, implícitos no artigo 231 do Código Civil de 1916 (artigo 1.566, CC/02), justamente por lesionar a honra subjetiva do cônjuge.[\[71\]](#)

Reparação por danos materiais e morais. Descumprimento dos deveres conjugais de lealdade e sinceridade recíprocos. Omissão sobre a verdadeira paternidade biológica. (...) O

desconhecimento do fato de não ser o pai biológico dos filhos gerados durante o casamento atinge a honra subjetiva do cônjuge, justificando a reparação pelos danos morais suportados STJ, 3ª T. REsp 742.137/RJ, Rel. Min. Nancy Andrigui, j. 21-8-2007

Tal jurisprudência corrobora para a preservação do princípio da dignidade da pessoa humana estipulado no artigo 1º, III, da Constituição Federal e com a lição do Desembargador Sergio Cavalieri, a qual age na defesa ao direito subjetivo constitucional à dignidade, ao considerar que “a honra, a imagem, o nome, a intimidade, a privacidade, ou qualquer outro direito da personalidade, todos estão englobados no direito à dignidade”, estipulando a dignidade como base de todos os valores morais, a síntese de todos os direitos do homem.[\[72\]](#)

No Recurso Especial em análise, um dos cônjuges violou os deveres de lealdade e, implicitamente, os deveres de sinceridade e honestidade, omitindo-se durante vinte e cinco anos sobre a verdadeira paternidade biológica dos dois filhos nascidos durante a constância do casamento, o que conduziu ao suposto pai uma depressão e tristeza profunda, verdadeira lesão a sua honra subjetiva [\[73\]](#)

O que se pode notar, é que estão presentes no caso narrado os pressupostos da responsabilidade civil: existência de uma ação comissiva ou omissiva, ocorrência de um dano moral ou patrimonial causado à vítima e o nexo de causalidade entre o dano e a ação [\[74\]](#). Ao ocorrer a quebra do dever de fidelidade, somado a omissão do dever de sinceridade e honestidade de revelar a verdadeira paternidade durante vinte e cinco anos, resultou no ato ilícito pela inobservância dos deveres do casamento, que por sua vez, restou comprovado o nexo de causalidade entre o dano, o qual se configurou pela lesão à honra subjetiva do outro cônjuge. Exatamente neste sentido, se manteve a Ministra Nancy Andrigui, em seu irretocável voto:

Conforme delimitado na sentença e no acórdão recorrido, o fundamento que justificou a

responsabilidade civil imputada à primeira recorrente foi a ausência de

informação acerca da verdadeira paternidade.

No sistema da responsabilidade civil extracontratual, para configuração da obrigação de indenizar exige-se a prática de violação a um dever jurídico, que muitas vezes não se encontra, expressamente, indicado na lei, mas que, nem por isso, impede a **caracterização de ato ilícito ensejador da responsabilidade pelos danos causados.**

Observa-se que "*respeito e consideração mútuos*" só foram incluídos como deveres conjugais no CC/02. No entanto, **considerando as modificações pelas quais passou o direito de família e levando em conta a disposição constitucional acerca do dever de respeito à pessoa, é perfeitamente possível compreender, de forma extensiva, o dever de fidelidade, constante do art. 231 do CC/16, e concluir que cabe aos cônjuges também a observância do dever, implícito, de lealdade e sinceridade recíproca.**

Assim, após sopesar o relacionamento conjugal e observar a nova disposição legal, **não há dúvida que a recorrente, M L F de B, transgrediu o dever de sinceridade, ao omitir, deliberadamente, a verdadeira paternidade biológica dos filhos, mantendo o recorrido na ignorância de um dos mais relevantes fatos da vida de uma pessoa que é a paternidade.**

O desconhecimento do recorrido, P C H, por mais de vinte anos, do fato de não ser o pai biológico dos

filhos gerados durante o casamento com a recorrente, M L F

de B, atinge, sem dúvida a dignidade da pessoa, toca e fere a auto-estima e gera

sentimentos de menosprezo e traição, violando, em última análise, a honra subjetiva: que é o apreço que a pessoa tem sobre si mesma, conduzindo à depressão e à tristeza vivenciadas pelo recorrido.

Neste contexto, consideradas as peculiaridades da hipótese sob julgamento, **entendo ter sido razoável a fixação de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) a título de indenização pelos danos morais** suportados pelo recorrido, não havendo motivos para a redução do *quantum* indenizatório. [\[75\]](#)

Desse modo, neste caso específico, verifica-se o descumprimento do dever de fidelidade (artigo 1.566, I, CC), do dever de respeito e consideração mútuos (1.566, V, CC), o que gerou a lesão da honra subjetiva, caracterizando o ilícito nos moldes do artigo 186 do CC, sendo indenizável no termos do artigo 927 do CC. O que se faz necessário, é a observância que no presente caso restou-se demonstrada a lesão da dignidade, não bastando qualquer descumprimento de dever conjugal para ser configurado o dano moral, foi necessário que ter havido, de fato, ofensa a personalidade, dignidade, que gere dor espiritual, ultraje. [\[76\]](#)

Outro julgamento do Superior Tribunal de Justiça tem se mantido na mesma linha de admitir a aplicação da responsabilidade civil na dissolução do casamento por descumprimento dos deveres conjugais:

*Separação judicial... Danos morais (reparação).
Cabimento... 2. O sistema jurídico brasileiro admite,
na separação e no divórcio, a indenização por dano*

***moral.** Juridicamente, portanto, tal pedido é possível: responde pela indenização o cônjuge responsável exclusivo pela separação. 3. Caso em que, diante do comportamento injurioso do cônjuge varão, a Turma conheceu do especial e deu provimento ao recurso, por ofensa ao artigo 159 do Cód. Civil (artigo 186 do Código Civil de 2002), para admitir a obrigação de se ressarcirem danos morais. REsp. 37051/SP, 3ª Turma, rel. Min. Nilson Naves, julg. Em 17.04.2001, pub. Em 25.06.2001, DJ, p. 167.*[\[77\]](#)

O posicionamento da jurisprudência, para os que aderem a esta tese, tem sido no sentido de se indenizar, do mesmo modo, as lesões ao direito da personalidade, vez que este se encontra englobado no direito à dignidade[\[78\]](#).

A possibilidade de se impor o dever de reparar danos morais oriundos do vínculo matrimonial tem enfrentado debates na doutrina e jurisprudência, chegando-se, ao final, à reativação da matéria, isto é, só se pode condenar em casos particulares, pois, de regra, o rompimento da relação, na maioria das hipóteses, enseja abalo sentimental, **repercutindo nos atributos da personalidade.**[\[79\]](#)

O que tem se notado acerca do presente tema, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, é a indenização por danos morais apenas nos casos em que, de fato, houve lesão a honra subjetiva, a dignidade ou a personalidade do indivíduo. Há que se apreciar com moderação e razoabilidade as hipóteses que efetivamente caracterizam o dano moral, se atendo aquelas situações em que realmente importem em violação à cláusula geral de tutela da pessoa humana consagrada no texto constitucional, evitando a banalização do instituto[\[80\]](#). No sentido de evitar uma indústria do dano moral orienta as seguintes decisões do egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE.

1 - A indenização por danos morais decorrentes da separação judicial não poderá ser concedida **apenas** pela existência de frustração pelo fim da relação conjugal.

2 - Atritos verbais recíprocos, onde as partes, em seguida, manifestam perdão, não justificam o pedido de indenização por dano moral, diante da inexistência de real prejuízo psíquico.

3 - Apelação não provida [\[81\]](#)

Na mesma linha de raciocínio:

EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. AUSÊNCIA DE PROVA. DEVER DE INDENIZAR NÃO CONFIGURADO. APELAÇÃO PRINCIPAL PROVIDA E APELAÇÃO ADESIVA NÃO PROVIDA.

I - Os **aborrecimentos, desgostos, descontentamentos e mágoas decorrentes de separação judicial não têm o condão de por si só causar dano ao patrimônio moral da parte e acarretar a respectiva indenização**, eis que contrariedades desta natureza são comuns após o desenlace de uma união.

II - Se o autor alega que sofreu prejuízos morais e materiais, a ele incumbe a

prova, eis que fato constitutivo do seu direito, nos termos do art. 333, I, do

CPC. [\[82\]](#)

Dessa maneira, o que se pode extrair dos julgados acima é que “os aborrecimentos, desgostos, descontentamentos e mágoas decorrentes de separação judicial não têm o condão de por si só causar dano ao patrimônio moral da parte e acarretar a respectiva indenização”, é necessário haver lesão aos direitos da personalidade, dignidade ou honra subjetiva.[\[83\]](#)

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios possui julgado favorável pela indenização ao cônjuge lesado no caso de violação dos deveres conjugais. O caso em questão se trata da APC n. 2006.05.100.8663-8, da 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, tendo como Relator o Desembargador Sandoval Oliveira.

Na demanda supramencionada, o cônjuge surpreendeu sua cônjuge nua, no leito conjugal, na companhia de outro homem, o que afrontou o dever de fidelidade (artigo 1.566, I, CC), causando lesão à sua honra:

AÇÃO VISANDO INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS COMPETÊNCIA. INDENIZAÇÃO. JUÍZO CÍVEL. DANOS MORAIS. ADULTÉRIO. POSSIBILIDADE.

1. O ato ilícito alegado, muito embora decorrente de relação familiar, embasa pedido indenizatório, matéria afeta à esfera cível, cuja competência para julgamento não se inclui naquelas atribuídas às varas de família. Entendimento apoiado na Lei de Organização Judiciária do Distrito Federal e Territórios.

2. A inobservância dos deveres conjugais, dependendo das circunstâncias do caso concreto, pode justificar a condenação ao pagamento de indenização por danos morais.

3. É presumida a lesão a bem extrapatrimonial daquele que surpreende sua cônjuge nua, no leito conjugal, na companhia de outro homem.

4. Nossos tribunais têm entendido que o dano moral deve ser fixado em montante suficiente à reparação do prejuízo, levando-se em conta a moderação e a prudência do Juiz, segundo o critério de razoabilidade para evitar o enriquecimento sem causa e a ruína do réu, em observância, ainda, às situações das partes. Constatado que a atividade laborativa da ré não se mostra compatível com a indenização fixada na sentença, deve o valor ser reduzido.[\[84\]](#)

Neste caso, o magistrado agiu corretamente, levando em consideração a definição de dano moral dada por Savatier, que o considera como “qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária”, abrangendo todo atentado à reputação da vítima, à sua segurança e tranqüilidade, ao seu amor próprio estético, à integridade de sua inteligência, a suas afeições etc. [\[85\]](#)

Pode-se notar no caso em tela que o magistrado se valeu do artigo 186 do Código Civil, cláusula geral de ilicitude, com a finalidade de condenar a parte ré ao pagamento de indenização por danos morais, vez que “o ato ilícito alegado, muito embora decorrente de relação familiar, embasa pedido indenizatório, matéria afeta a esfera cível”[\[86\]](#):

Nesse tópico, conclui-se que mais uma vez se equivoca a recorrente, pois, na espécie, incide a norma contida no artigo 186, do Código Civil, impondo ao causador do dano, mesmo que apenas de ordem moral, o dever de indenizar. Assim, revela-se perfeitamente cumuláveis as sanções cominadas ao cônjuge culpado pelo rompimento do enlace matrimonial e a obrigação vindicada nestes autos.

A possibilidade de se impor o dever de reparar danos morais oriundos do vínculo matrimonial tem enfrentado debates na doutrina e jurisprudência, chegando-se, ao final, à relativização da matéria, isto é, só se pode condenar em casos particulares, pois, de regra, o rompimento da relação, na maioria das hipóteses, enseja abalo sentimental, repercutindo nos atributos da personalidade.

Sobre esse prisma, não se pode discutir o fato de que, qualquer pessoa na hipótese vivenciada pelo apelado – flagrar a mulher na cama com outro homem – sentir-se-ia ultrajado em sua honra e, como tal, **ostenta o sagrado direito de ser recompensado pela dor sentimental experimentada na situação extremamente vexatória.**[\[87\]](#)

Um fato que carece atenção é que “a compensação de culpas não é admitida em nosso direito de família, de modo que o cônjuge não pode ilidir a imputação que lhe é feita descumprimento de dever conjugal ao contrapor ao consorte idêntica ou semelhante acusação. Se ambos descumpriram dever conjugal, será caso de decretação de culpas recíprocas”[\[88\]](#). Se se fala em direito à dignidade, exige-se primeiramente que o marido e mulher rendam-se condignamente; se se fala em defesa à honra, exige-se que os consortes honrem-se singularmente, se atendo aos deveres compactuados com a celebração do casamento.[\[89\]](#)

A culpa recíproca não deve ser amparada pela responsabilidade civil. Nesse sentido se mantêm a seguinte decisão abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. SEPARAÇÃO. ALIMENTOS. PARTILHA DE BENS. MOSTRANDO-SE INSUPORTÁVEL A VIDA EM COMUM DO CASAL, POR CULPA RECÍPROCA, HÁ DE SER DECLARADA A SEPARAÇÃO, SEM A CONDENAÇÃO DO VARÃO AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR

DANOS MORAIS, POIS HOVE CONCORDÂNCIA DE PARTE DA MULHER COM A SUA SAÍDA DE CASA.

O CÔNJUGE MULHER SENDO FORMADA EM ENGENHARIA QUÍMICA E EM CONDIÇÕES DE CONCORRER NO MERCADO DE TRABALHO, NÃO LHE ASSISTE DIREITO A ALIMENTOS.

O IMÓVEL ADQUIRIDO EM RAZÃO DE DOAÇÃO POR PARTE DA MÃE DO APELADO, NÃO CABE SER PARTILHADO. SOMENTE CABE PARTILHA DO BEM QUE NÃO FOI PRODUTO DE DOAÇÃO.

ALIMENTOS DO FILHO MENOR JÁ ESTABELECIDOS EM JULGAMENTO DESTA CÂMARA. APELO PROVIDO EM PARTE .[\[90\]](#)

Por fim, vale citar alguns exemplos, “extraídos de decisões dos Tribunais, em que violações a deveres do casamento acarretaram danos à pessoa casada: os maus tratos físicos e morais praticados por quem, com falsa base em costumes condenados em nosso país, trata a mulher como ser inferior e subordinado; o abuso sexual praticado contra pessoa da família; a acusação infundada em demanda judicial, com imputação injuriosa de prática de adultério, que não restou provada; a simulação de gravidez pela mulher, que obtém, por meio desse pretexto, ordem judicial para a saída forçada do marido do domicílio conjugal. Note-se que a infidelidade em si mesma, desde que acarrete danos morais ou materiais, também é havida como ilícito que fundamenta a reparação civil”.[\[91\]](#)

Por meio destes julgados, ponderados e embasados juridicamente, pode-se afirmar, observada a devida cautela, que é perfeitamente factível as indenizações por danos morais havidas na seara familiar.[\[92\]](#)

Nota-se que os lesados nessas circunstâncias, dentre tantas outras, fazem jus s devida indenização pela reparação de danos

morais e materiais, com o intuito de compensar-lhes as angústias e perdas sofridas e a servir de desestímulo à prática de outros atos semelhantes pelos lesantes.[\[93\]](#)

2.3.2. JULGADOS DESFAVORÁVEIS

Necessário se faz a afirmação que o presente tema ainda não encontra unanimidade na doutrina e na jurisprudência. Há os que entendem que “o Direito de Família ainda não tem nenhuma simpatia para com a doutrina da responsabilidade civil, e o Código Civil brasileiro mantém um conveniente silêncio sobre o assunto”[\[94\]](#).

Outros alegam que “no Direito de Família não existe a figura de indenização. Amor não se paga, convivência não se paga.”[\[95\]](#). Muitos, pelos mais variados motivos, não aderem a responsabilidade civil em decorrência do descumprimento dos deveres conjugais.

Nesse sentido se manteve 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, tendo como Relator o Desembargador Marlan de Moraes Marinho, no julgamento da Apelação Cível nº 14.156/98 (acórdão de 13 de maio e 1999), ao entender que o casamento é uma instituição, negando pretensão reparatória de danos morais:[\[96\]](#)

DIVÓRCIO – DANOS MORAIS – REPARAÇÃO – INADMISSIBILIDADE

Admitindo-se que o casamento é um contrato, não se pode deixar de notar que ele se assemelha ao contrato de direito patrimonial. Embora esteja subo à livre vontade das partes, não podem estas estipular condições ou termos, nem opor cláusulas ou modos, nem disciplinar as relações conjugais de maneira contrária à lei. Por isso, as controvérsias decorrentes de sua eventual dissolução não poder ser solucionadas com regras próprias das obrigações. Recurso improvido.[\[97\]](#)

De acordo com o acórdão acima, “sendo institucional a natureza jurídica do casamento, os cônjuges aderem às regras públicas formuladas para o matrimônio e dentro de seu espectro não há expressão legal que preveja sanções materiais pela infringência às regras da instituição matrimonial.”[\[98\]](#)

Porém, como visto anteriormente, não deve prosperar essa linhagem de raciocínio, vez que o artigo 186 do Código Civil é claro neste sentido, contemplando a hipótese da reparação dos danos morais por fato contratual, e mesmo extracontratual. Este artigo, tido como cláusula geral de ilicitude, cumulado com o artigo 187 do Código Civil, albergam a regra do exercício abusivo do direito como ato ilícito. Sendo assim, caso se entenda que o casamento é uma instituição, ele não se exime da observância no disposto do artigo 186 do Código Civil.[\[99\]](#)

Compartilhando de fonte pricipiológica semelhante, agiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, da Comarca de Ourinhos, no julgamento da APELAÇÃO N° 465.038-4/0. A Apelação possui o seguinte relatório: “O ilustre Magistrado acolheu ação de indenização promovida por M. A. D. para determinar que sua esposa, V. E. R. D., pagasse, como indenização pelos danos morais decorrentes de prática de adultério, a quantia de R\$ 6.000,00 [correspondentes a 20 salários mínimos]. V. E. R. D recorreu negando ser infiel, com alerta para o fato de não ter sido julgada ação de separação litigiosa que intentou contra o autor por abandono do lar.”[\[100\]](#)

Nos autos, restou comprovado que a apelante tinha se relacionado com o vizinho do apelado na constância do casamento. Todavia, o fato não motivou o Magistrado a entender de maneira a resguardar os direitos do apelado conforme o teor abaixo:

O artigo 186, do CC, de 2002, diz que todo ato ilícito é fonte do dever de indenizar quando dele resultar dano. O adultério é uma conduta desonrosa e integra o rol dos episódios que tornam a coabitação insustentável, sendo, por isso, motivo da separação com culpa [artigo 5o, caput, da Lei

6515/77]. **Contudo, nunca se pacificou a tese de admissibilidade do dano moral na espécie**, valendo recordar a severa crítica de GABBA [*Nuove questione di diritto civile*, Fratelli Bocca Editori, Torino, 1905, p. 293] ao julgado da Corte de Palermo, de 1903, concedendo "rissarcimento per danno morale ai marito tradito dalla moglie". ALFREDO MINOZZI cita um caso favorável emitido pela Corte de Brescia (1890) e outro, de 1893, di Vezenia, em sentido oposto, para revelar a não uniformidade da jurisprudência italiana [*Studio sul danno non patrimoniale - danno morale*, Società Editrice, Milano, 1901, p. 182].

No Brasil, não é diferente, embora a doutrina tenha sempre se posicionado pela admissibilidade. WILSON MELLO DA SILVA defendeu, em criterioso estudo, o dano moral pelo adultério, explicando ser humano adotar essa forma de compensar a dor da desonra aos cruéis e humilhantes castigos que se aplicavam aos que, caindo em tentação, prevaricavam [*O dano moral e sua reparação*, 2a edição, Forense, 1969, p. 479]. MÁRIO MOACYR PORTO defendeu a possibilidade de o cônjuge inocente pleitear a reparação dos danos que sofre pelos fatos ilícitos que motivaram a dissolução do casamento, independente de ter direito aos alimentos [*Ação de responsabilidade civil e outros estudos*, RT, 1966, p. 109, e *Temas de responsabilidade civil*, RT, 1989, p. 76].

O colendo STJ admitiu a indenização por descumprimento dos deveres conjugais de lealdade e sinceridade, confirmando a obrigação de indenizar pelo adultério praticado e que resultou na assunção de filho alheio pelo marido enganado [Resp. 742.137

RJ, Ministra Nancy Andrighi, in *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, edição conjunta da Magister e IBDFAM, n. 1, p. 84].

É forçoso admitir que não cabe deferir indenização ao autor da ação, embora tenha sido demonstrado ter sua esposa, a apelante Vandeniza, se relacionado com o vizinho deles, o motorista Hélio, sem pejo dos traumas sociais a que se sujeita o marido traído.[\[101\]](#)

Na decisão, foi dado provimento ao recurso para julgar improcedente a ação, considerando que:

O importante, para efeito de verificação do dano moral indenizável, não é o adultério em si mesmo, porque fato previsível e até comum na atualidade, cuja ocorrência, é bom destacar, não se dá apenas por deslealdade, mas também pelas circunstâncias que hoje aproximam as pessoas com afinidades comuns muito mais do que antes.[\[102\]](#)

O grégio Tribunal manteve o mesmo posicionamento em caso em que muito se assemelha a este. Se trata do julgamento da Apelação Cível nº 0126482.86.2006.8.26.0000, da Comarca de Tatuí, no qual o apelante pleitea a reforma da sentença para o fim de julgar a ação procedente e condenar a ré no pagamento de indenização por danos morais pelo descumprimento do dever de lealdade na constância do casamento. O magistrado decidiu da seguinte forma:[\[103\]](#)

Os requisitos para que se configure a responsabilidade civil estão previstos no art. 186 do Código Civil, sendo necessário o dano (resultado), a culpa (ação/omissão) e o nexo causal (liame entre o ato e o resultado).

No caso em exame, não se vislumbra situação ensejadora de responsabilidade civil, apta a resultar em compensação por perdas e danos, ainda que morais.

Não há dúvidas de que tais circunstâncias geram conseqüências na órbita civil, como o rompimento do casamento, fixação de alimentos, dentre outros. **No entanto, a simples alegação de que foi o autor alvo de chacotas e brincadeiras não justifica a pretendida reparação moral.**

(...)

Destarte, nem todos os dissabores ou contrariedades podem ser reconhecidos como aptos a ensejar a fixação de indenização de dano moral. **É notório que a infidelidade no casamento causa ao cônjuge traído incômodo, dor, infelicidade, mas não a ponto de provocar a pretendida compensação por danos morais.**

(...)

Destarte, a sentença proferida em primeiro grau deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Isto posto, nega-se provimento ao recurso do autor.[\[104\]](#)

O referido processo possui a seguinte ementa:

EMENTA: DANO MORAL Infidelidade conjugal Inadmissibilidade Não se vislumbra situação ensejadora de responsabilidade civil Dissabores ou contrariedades que não podem ser reconhecidos como aptos a ensejar a fixação de indenização por

**dano moral Sentença de improcedência mantida
Recurso desprovido. [\[105\]](#)**

Nota-se que em ambas decisões transcritas, os magistrados não levaram a devida consideração do dever estipulado no artigo 1566, I do Código Civil, não atribuindo ao casamento sua devida importância dada por Modestino, sendo esta definida pela *“nuptiae sunt conjunctio maris et faminae consortiu omnis vitae, divini et humani juris communicatio”*, envolvendo a associação para toda vida, a comunhão entre o direito divino e humano. [\[106\]](#)

Sérgio Couto mantém posicionamento contrário a tese de reparabilidade dos danos morais por quebra dos deveres conjugais, pois a lei já prevê outras sanções como a separação ou o divórcio. Para o autor, “colocar no varal das Varas de Família situações graves, chocantes, porque intimistas, para emporcalhar a vida um do outro a pretexto de indenização por dano moral, é alimentar o sadomasoquismo de quem desavença judicial, não pretende que feneça as antigas idiosincrasias, parecendo que o assunto se insere nos domínios da psicanálise.

III- CONCLUSÃO

Acerca da responsabilização civil em danos morais, daquele que, por descumprimento de dever conjugal, impulsionou a dissolução do casamento, gerando lesão à honra subjetiva daquele que comungava de sua vida, se vê aplicabilidade às relações conjugais.

Não há como sustentar o argumento de que a reparação dos danos morais em sede familiar não conta com amparo legal. Tanto o texto Constitucional como no infraconstitucional é garantida a reparação.

De fato, amor não se indeniza, porém quando se propugna pela reparação de danos morais nos casos de descumprimento de dever conjugal não se busca a reparação pela falta de amor. O amor não se exige juridicamente e não é dever na legislação pátria.

Todavia, fidelidade, mútua assistência, respeito e consideração mútuos são deveres, e exigíveis. Sendo descumpridos, impõe-se a reparação por esta ofensa.

Enquanto não vigora ordenamento específico versando sobre o tema, considerando o dano moral, artigo 5º, V, da Constituição Federal, é possível a sua aplicabilidade nas relações familiares na hipótese de violação aos direitos da dignidade da pessoa humana, vez que este princípio coloca a pessoa humana ao centro do ordenamento civilístico, subordinando o objeto de direito à plena realização material, moral e espiritual do homem. Diante disso, não garantir a indenização por danos morais nos casos em que o indivíduo teve sua honra maculada é o mesmo que ignorar a reparação proporcional ao agravo e não subordinar o direito à plena realização material, moral e espiritual do indivíduo.

Nos casos específicos, em que ficar constatada a violação desse direito, e um dos cônjuges por inobservância à norma der a causa a esta violação, gerando dano e a dissolução do casamento, se constata a possibilidade jurídica de pleitear a reparação por dano moral e material.

No entanto, sob pena de banalizar o dano moral e sobrecarregar o judiciário com uma enxurrada de demandas, é necessário que haja real repercussão no direito à dignidade, infringência dos deveres matrimoniais e a configuração do ato ilícito.

Lembrando que para a configuração do ato ilícito é necessário a presença dos pressupostos da responsabilidade civil: ação ou omissão voluntária, dano e o nexo de causalidade entre a ação ou omissão do agente e o dano.

Assim sendo, o simples aborrecimento, mágoas ou meros dissabores oriundos de uma relação conjugal não recaem sobre a responsabilidade civil.

Deve ser considerada a aplicabilidade dos princípios de responsabilidade civil apenas na dissolução culposa, tendo vista que

nesses casos há a presente a conduta reprovável e antijurídica do cônjuge infrator.

Com a evolução da sociedade e a complexidade desta em seus relacionamentos, a norma jurídica necessita de acompanhar as necessidades do cotidiano, garantindo um ordenamento jurídico que garanta a segurança jurídica daqueles que dele se valem. Não pode o direito esperar a boa vontade do legislador em elaborar a norma ideal, o direito não socorre aos que dormem e tampouco espera algo. A realidade é que o direito, assim como o tempo, urge, devendo os operadores do direito se valer do que o ordenamento disponibiliza a ele a fim de garantir a correta aplicabilidade do direito ao caso concreto, garantindo a devida proteção à “dignidade humana”.

O direito de família, que regula as relações dos cônjuges, não deve ser colocado em um pedestal inalcançável aos princípios da responsabilidade civil, pois se assim o fizer, deixaria de oferecer proteção aos cônjuges, impossibilitando-lhes a utilização de um relevante instrumento jurídico, “que assegura condições existenciais da vida em sociedade: a reparação civil de danos”.

Logo, conseqüência para a violação dos deveres conjugais não se limita, pois, à dissolução do casamento, pois o cônjuge culpado pode responder por danos causados ao consorte, consoante observa Planiol e Ripert na citação por Paulo Nader: “*Le préjudice moral résultant d’une injure, d’une condamnation criminelle ou de l’adultère, peut aussi être considéré comme n’étant pas pleinement réparé par Le divorce, et Donner lieu à une allocation de dommages-intérêts...*”.

Pode-se concluir que os lesados nas circunstâncias apontadas, merecem a devida indenização pela reparação de danos morais e materiais, a compensar-lhes as angústias e perdas sofridas e a servir de desestímulo à prática de outros atos semelhantes pelo lesantes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANGHER, Joyce Anne. *Vade Mecum de direito*. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2009

ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*, 8. ed., Almedina

BEVILAQUA, Clóvis. *Direito de Família*. Campinas: 2001. Red Livros

CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade civil no direito de família*. Curitiba: Juruá, 2007

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005

CAVALIERI FILHO. Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. Ed. São Paulo: Atlas S.A., 2010

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Responsabilidade Civil Constitucional*, in **Revista de Direito**, v. 40

Ciência com Consciência, 9. ed., Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005

DA SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Responsabilidade Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997

DA SILVA PEREIRA, Caio Maio. *Instituições de Direito Civil*. Volume V, 18. ed. Rio de Janeiro: 2010, Forense

DINIZ, Maria Helena. *Direito Civil Brasileiro 7º volume*. 18. ed. São Paulo: Saraiva 2004

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. 25. ed. Saraiva: São Paulo, 2010

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Volume 2, 4. ed. Rio de Janeiro: Juspodivm, 2009

EDUARDO DE ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo. *Revista IOB de Direito de Família*. Ano XII, N. 59, Abril-Maio de 2010

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2008

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 8. Ed. São Paulo, Saraiva, 2003

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. São Paulo, Saraiva, 2007

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 5. Ed. São Paulo, Saraiva, 2010

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm
. Acesso em: 04/01/2014, às 12:40.

Disponível em
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em
05/01/2014, às 15:19.

JUNIOR, Humberto Theodoro. *Dano Moral*. São Paulo: Juarez de Oliveira LTDA, 2000, 3ª Edição

LOUZADA BERNARDO, Wesley de Oliveira. *Dano Moral: Critérios de Fixação de Valor*. Renovar: Rio de Janeiro, 2005

LUIZ DE TOLEDO, Antonio. *Vade Mecum Saraiva* 11.ed. Saraiva: São Paulo, 2011

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado* Tomo VII. 1.ed. Campinas: Bookseller, 2000

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. T.26, §3.108, n. 2.375

MONTEIRO. Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 39.ed. Saraiva: São Paulo, 2009

MONTEIRO, Washigton de Barros. *Direito Civil – Direito de Família*. Volume II, 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2010

MONTEIRO. Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 41. ed. Saraiva: São Paulo, 2011

NADER, Paulo. *Curso de Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil Responsabilidade Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense 2010, v. 7

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

OLTRAMARI, Vitor Ugo. *O dano moral na ruptura da sociedade conjugal*. Rio de Janeiro: Forense, 2005

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de Família*. 1.ed.. Campinas: Editora Russell, 2003

SALVO VENOSA. Sílvio de. *Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo, Editora Atlas , 2010

SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação civil na separação e no divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 3ª Turma Cível, RESP n 742.137, Relatório, P. 7. Relatora Min. Nancy Andrighi.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, APC n. 2006051008663-8. Acórdão: [...] Relator Des. Sandoval Oliveira, Brasília-DF, 11 de dezembro de 2007. DJ d03.06.2008, p. 162.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. 2ª Câmara Cível. APC N.º 1.0024.05.899601-8/001. Ementa: [...] Relator Des. Jarbas Ladeira. Belo Horizonte, MG, 06/03/2007. DJ de 30/03/2007

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. 13ª Câmara Cível. APC N.º 1.0480.04.062226-2/001. Ementa: [...] Relator Des. Adilson Lamounier. Belo Horizonte, MG, 17/01/2008. DJ de 15/02/2008

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 4ª Câmara de Direito Privado Comarca de Ourinhos. APELAÇÃO Nº 465.038-4/0. Ementa: [...] Relatora Desembargadora Maia da Cunha. São Paulo, SP, 2011.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Comarca de Tatuí. Apelação nº 0126482-86.2006.8.26.0000. Ementa [...] Relator Desembargador SILVÉRIO RIBEIRO. São Paulo, SP, 27 de julho de 2011

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. 8ª câmara civil. APC Nº. 70002034858. Ementa: [...] Relator Des. Antonio Carlos Stangler Pereira. Porto alegre, Rs, 19 de dez. 2002

TJSC, AP. 98.001102-7, 2ª Câm. Cív., Rel. Dês. Vanderlei Romer, j. 20-5-2009.

TJSP, AP.291-4/0-00, 1ª Câm. De Dir. Priv., Rel. Dês. Luiz Antonio Godoy

TJSP, AP. 532.876.4/6, 4ª Câm. De Dir. Priv., Rel. Dês. Enio Santarelli Zuliani, j. 16-4-2009

VADE MECUM RT, 3. Edição revista, ampliada e atualizada. Editora Revista dos Tribunais: 2008

VARELA, Antunes. *A responsabilidade no direito*, São Paulo

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*.
São Paulo: Atlas 2007

NOTAS:

- [1] MONTEIRO. Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 41. ed. Saraiva: São Paulo, 2011, P. 330.
- [2] NADER, Paulo. *Curso de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 203
- [3] DA SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de Direito Civil Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 284.
- [4] DA SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de Direito Civil Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 284.
- [5] MONTEIRO. Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 41. ed. Saraiva: São Paulo, 2011, P. 358.
- [6] MONTEIRO. Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 41. ed. Saraiva: São Paulo, 2011, P. 358.
- [7] MONTEIRO. Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 41. ed. Saraiva: São Paulo, 2011, P. 358.
- [8] NADER, Paulo. *Curso de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 222.
- [9] NADER, Paulo. *Curso de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 363.
- [10] MONTEIRO. Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 41. ed. Saraiva: São Paulo, 2011, P. 352.
- [11] LUIZ DE TOLEDO, Antonio. *Vade Mecum Saraiva* 11.ed. Saraiva: São Paulo, 2011, P. 297.
- [12] MONTEIRO. Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 41. ed. Saraiva: São Paulo, 2011, P. 352.

- [13] MONTEIRO. Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 41. ed. Saraiva: São Paulo, 2011, P. 352.
- [14] NADER, Paulo. *Curso de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 222.
- [15] MONTEIRO. Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 41. ed. Saraiva: São Paulo, 2011, P. 363.
- [16] MONTEIRO. Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 41. ed. Saraiva: São Paulo, 2011, P. 361.
- [17] MONTEIRO. Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 41. ed. Saraiva: São Paulo, 2011, P. 361.
- [18] EDUARDO DE ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo. **Revista IOB de Direito de Família**. Ano XII, N. 59, Abril-Maio de 2010, P. 131.
- [19] MONTEIRO. Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 41. ed. Saraiva: São Paulo, 2011, P. 369.
- [20] LUIZ DE TOLEDO, Antonio. *Vade Mecum Saraiva* 11. ed. Saraiva: São Paulo, 2011, P. 79.
- [21] LUIZ DE TOLEDO, Antonio. *Vade Mecum Saraiva* 11. ed. Saraiva: São Paulo, 2011, P. 79.
- [22] LOUZADA BERNARDO, Wesley de Oliveira. *Dano Moral: Critérios de Fixação de Valor*. Renovar: Rio de Janeiro, 2005, P.74.
- [23] EDUARDO DE ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo. **Revista IOB de Direito de Família**. Ano XII, N. 59, Abril-Maio de 2010, P. 131.
- [24] EDUARDO DE ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo. **Revista IOB de Direito de Família**. Ano XII, N. 59, Abril-Maio de 2010, P. 131.
- [25] LOUZADA BERNARDO, Wesley de Oliveira. *Dano Moral: Critérios de Fixação de Valor*. Renovar: Rio de Janeiro, 2005, P. 80.

- [26] LOUZADA BERNARDO, Wesley de Oliveira. *Dano Moral: Critérios de Fixação de Valor*. Renovar: Rio de Janeiro, 2005, P. 81.
- [27] NADER, Paulo. *Curso de Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 341.
- [28] MONTEIRO. Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 41. ed. Saraiva: São Paulo, 2011, P. 358.
- [29] MONTEIRO. Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 41. ed. Saraiva: São Paulo, 2011, P. 339.
- [30] DA SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de Direito Civil Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.305.
- [31] DA SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de Direito Civil Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.305.
- [32] NADER, Paulo. *Curso de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 222.
- [33] MONTEIRO. Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 41. ed. Saraiva: São Paulo, 2011, P. 362.
- [34] MONTEIRO. Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 41. ed. Saraiva: São Paulo, 2011, P. 362.
- [35] DA SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de Direito Civil Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.309.
- [36] DA SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de Direito Civil Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.309.
- [37] CAVALIERI FILHO, Sergio. *Responsabilidade Civil Constitucional*”, in **Revista de Direito**, v. 40, p. 60.
- [38] MONTEIRO. Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 41. ed. Saraiva: São Paulo, 2011, P. 362.
- [39] EDUARDO DE ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo. **Revista IOB de Direito de Família**. Ano XII, N. 59, Abril-Maio de 2010, P. 132.

- [40] NADER, Paulo. *Curso de Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 340.
- [41] NADER, Paulo. *Curso de Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 364.
- [42] NADER, Paulo. *Curso de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 234.
- [43] CASTELO BRANCO, Bernardo. *Dano moral no direito de família*. São Paulo: Método, 2006, p. 208.
- [44] MONTEIRO. Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 41. ed. Saraiva: São Paulo, 2011, P. 365.
- [45] MONTEIRO. Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 41. ed. Saraiva: São Paulo, 2011, P. 368.
- [46] DA SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de Direito Civil Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.306.
- [47] NADER, Paulo. *Curso de Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, P. 341.
- [48] DA SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de Direito Civil Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.306.
- [49] DA SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de Direito Civil Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.307.
- [50] Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em 14/12/2013, às 22:49
- [51] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, v.11, p. 297.
- [52] MONTEIRO. Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 41. ed. Saraiva: São Paulo, 2011, P. 365.
- [53] EDUARDO DE ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo. **Revista IOB de Direito de Família**. Ano XII, N. 59, Abril-Maio de 2010, P. 134.

- [54] EDUARDO DE ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo. *Revista IOB de Direito de Família*. Ano XII, N. 59, Abril-Maio de 2010, P. 134.
- [55] EDUARDO DE ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo. *Revista IOB de Direito de Família*. Ano XII, N. 59, Abril-Maio de 2010, P. 134.
- [56] MONTEIRO. Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 41. ed. Saraiva: São Paulo, 2011, P. 307.
- [57] DA SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de Direito Civil Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.308.
- [58] MONTEIRO. Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 41. ed. Saraiva: São Paulo, 2011, P. 364.
- [59] OLTRAMARI, Vitor Ugo. *O dano moral na ruptura da sociedade conjugal*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 123.
- [60] DA SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de Direito Civil Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 307.
- [61] NADER, Paulo. *Curso de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 234.
- [62] CASTELO BRANCO, Bernardo. *Dano moral no direito de família*. São Paulo: Método, 2006, p. 60.
- [63] PEREIRA DE SOUZA, Adriana. *Monografia*. Brasília: 2008, P. 40.
- [64] NADER, Paulo. *Curso de Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 340.
- [65] NADER, Paulo. *Curso de Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 341.
- [66] MONTEIRO. Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 41. ed. Saraiva: São Paulo, 2011, P. 365.
- [67] NADER, Paulo. *Curso de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 236.

- [68] MONTEIRO. Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 41. ed. Saraiva: São Paulo, 2011, P. 368.
- [69] EDUARDO DE ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo. *Revista IOB de Direito de Família*. Ano XII, N. 59, Abril-Maio de 2010, P. 132.
- [70] EDUARDO DE ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo. *Revista IOB de Direito de Família*. Ano XII, N. 59, Abril-Maio de 2010, P. 132.
- [71] DA SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de Direito Civil Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.309.
- [72] DA SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de Direito Civil Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.309.
- [73] SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 3ª Turma Cível, RESP n 742.137, Relatório, P. 7. Relatora Min. Nancy Andrighi.
- [74] DINIZ, Maria Helena. *Direito Civil Brasileiro 7º volume*. 18. ed. São Paulo: Saraiva 2004. p.42.
- [75] SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 3ª Turma Cível, RESP n 742.137, Relatório, P. 8 e 9. Relatora Min. Nancy Andrighi.
- [76] NADER, Paulo. *Curso de Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 341.
- [77] Ibidem, p. 341.
- [78] DA SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de Direito Civil Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.309.
- [79] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, APC n. 2006051008663-8. Acórdão: [...] Relator Des. Sandoval Oliveira, Brasília-DF, 11 de dezembro de 2007. DJ d03.06.2008, p. 162.

- [80] LOUZADA BERNARDO, Wesley de Oliveira. *Dano Moral: Critérios de Fixação de Valor*. Renovar: Rio de Janeiro, 2005, P. 80.
- [81] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. 2ª Câmara Cível. APC N.º 1.0024.05.899601-8/001. Ementa: [...] Relator Des. Jarbas Ladeira. Belo Horizonte, MG, 06/03/2007. DJ de 30/03/2007. Grifos nossos.
- [82] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. 13ª Câmara Cível. APC N.º 1.0480.04.062226-2/001. Ementa: [...] Relator Des. Adilson Lamounier. Belo Horizonte, MG, 17/01/2008. DJ de 15/02/2008. Grifos nossos.
- [83] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. 13ª Câmara Cível. APC N.º 1.0480.04.062226-2/001. Ementa: [...] Relator Des. Adilson Lamounier. Belo Horizonte, MG, 17/01/2008. DJ de 15/02/2008. Grifos nossos.
- [84] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, APC nº. 2006051008663-8. Acórdão: [...] Relator Des. Sandoval Oliveira, Brasília, DF, 11 de dez. 2007. DJ de 03. 06.2008, p.162.
- [85] DA SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Responsabilidade Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense 1997, p.54.
- [86] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, APC nº. 2006051008663-8. Acórdão: [...] Relator Des. Sandoval Oliveira, Brasília, DF, 11 de dez. 2007. DJ de 03. 06.2008, p.162.
- [87] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, APC nº. 2006051008663-8. Acórdão: [...] Relator Des. Sandoval Oliveira, Brasília, DF, 11 de dez. 2007. DJ de 03. 06.2008, p.162.
- [88] MONTEIRO. Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 41. ed. Saraiva: São Paulo, 2011, P. 363.

- [89] EDUARDO DE ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo. **Revista IOB de Direito de Família**. Ano XII, N. 59, Abril-Maio de 2010, P. 132.
- [90] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. 8ª câmara civil. APC Nº. 70002034858. Ementa: [...] Relator Des. Antonio Carlos Stangler Pereira. Porto alegre, Rs, 19 de dez. 2002.
- [91] MONTEIRO. Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 41. ed. Saraiva: São Paulo, 2011, P. 366.
- [92] EDUARDO DE ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo. **Revista IOB de Direito de Família**. Ano XII, N. 59, Abril-Maio de 2010, P. 130.
- [93] MONTEIRO. Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 41. ed. Saraiva: São Paulo, 2011, P. 368.
- [94] EDUARDO DE ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo. **Revista IOB de Direito de Família**. Ano XII, N. 59, Abril-Maio de 2010, P. 126.
- [95] EDUARDO DE ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo. **Revista IOB de Direito de Família**. Ano XII, N. 59, Abril-Maio de 2010, P. 126.
- [96] EDUARDO DE ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo. **Revista IOB de Direito de Família**. Ano XII, N. 59, Abril-Maio de 2010, P 127.
- [97] EDUARDO DE ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo. **Revista IOB de Direito de Família**. Ano XII, N. 59, Abril-Maio de 2010, P. 127.
- [98] EDUARDO DE ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo. **Revista IOB de Direito de Família**. Ano XII, N. 59, Abril-Maio de 2010,P 134.
- [99] EDUARDO DE ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo. **Revista IOB de Direito de Família**. Ano XII, N. 59, Abril-Maio de 2010,P 134.

- [100] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 4ª Câmara de Direito Privado Comarca de Ourinhos. APELAÇÃO N° 465.038-4/0. Ementa: [...] Relatora Desembargadora Maia da Cunha. São Paulo, SP, 2011.
- [101] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 4ª Câmara de Direito Privado Comarca de Ourinhos. APELAÇÃO N° 465.038-4/0. Ementa: [...] Relatora Desembargadora Maia da Cunha. São Paulo, SP, 2011.
- [102] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 4ª Câmara de Direito Privado Comarca de Ourinhos. APELAÇÃO N° 465.038-4/0. Ementa: [...] Relatora Desembargadora Maia da Cunha. São Paulo, SP, 2011.
- [103] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Comarca de Tatuí. Apelação nº 0126482-86.2006.8.26.0000. Ementa [...] Relator Desembargador SILVÉRIO RIBEIRO. São Paulo, SP, 27 de julho de 2011.
- [104] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Comarca de Tatuí. Apelação nº 0126482-86.2006.8.26.0000. Ementa [...] Relator Desembargador SILVÉRIO RIBEIRO. São Paulo, SP, 27 de julho de 2011.
- [105] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Comarca de Tatuí. Apelação nº 0126482-86.2006.8.26.0000. Ementa [...] Relator Desembargador SILVÉRIO RIBEIRO. São Paulo, SP, 27 de julho de 2011.
- [106] MONTEIRO, Washigton de Barros. *Direito Civil – Direito de Família*. Volume II, 39ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, P. 22.

A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO

LUIZ CARLOS DA CRUZ IORIO: ADVOGADO, ex-titular do escritório jurídico C. Martins & Advogados Associados no Rio de Janeiro, Assessor Jurídico da Prefeitura Municipal de Conceição de Macabu, Pós Graduando em Gestão Pública Municipal em Rio das Ostras, especialista em Segurança Pública pelo SENASP Brasília, Graduando em Administração de Empresa, Consultor Jurídico, especialista em Direito Civil pela Universidade Cândido Mendes/RJ.

1. - INTRODUÇÃO

O tema abordado ressalta a evolução da Responsabilidade do Estado em caso de prisões ilegais de advogados e inviolabilidade de seus escritórios, matéria esta já abordada pelo Egrégio Sodalício em inúmeras oportunidades e dentre outras foi editada a Lei 11.767/08 incluiu dois novos parágrafos ao artigo 7º do Estatuto da Advocacia - Lei 8.906/94, tal salutar determinação quanto à temática surgiu em face da prisão ilegal deste colaborador surpreendido em seu escritório de advocacia com a ação de diversos Inspetores de Polícia Civil, lotados na 1ª Delegacia Policial do Rio de Janeiro, os quais, sem portarem mandado judicial ou qualquer outra requisição, invadiram sua sala e lhe deram voz de prisão, algemando-o e dizendo que estavam cumprindo ordem do Delegado de Polícia Titular.

Assim, as autoridades em questão agiram fora dos limites legais, desferindo violência desnecessária contra a integridade física e moral do ora subscritor desta, em atitude que corporifica, em tese, os delitos de abuso de autoridade e de lesões corporais.

Como se isso não bastasse, logo após conduziram este algemado de seu escritório até à viatura policial, que os aguardavam na via pública, estacionado à frente do prédio, causando-lhe extraordinário constrangimento e humilhação perante as pessoas que acompanhavam o citado episódio.

Os agentes invadiram o escritório de forma truculenta, causando espécie aos clientes e demais empregados do escritório, dando a falsa impressão de que o mesmo era um perigoso marginal.

O motivo da malsinada prisão era de que deveria ter entregado ao Delegado um documento de um de seus clientes e que dito que o mesmo estava de posse, sem que fosse verdade, documento esse que nunca fora formalmente solicitado e assim deveria ter sido feito “a requisição”, haja vista que o mesmo estava resguardado de sigilo bancário.

Insistiu a autoridade policial no documento sobre o pretexto de que o mesmo deveria instruir um inquérito policial em curso e assim estava procedendo ao flagrante deste advogado por infração à norma contida no artigo 329 do Estatuto Repressivo, ou seja, crime de resistência.

Ocorre que as referidas alegações não procederam, seja porque os flagrantes forjados são costumeiros na sociedade e os agentes da autoridade realizam uma maquiagem para o enquadramento, na situação apresentada sequer fora convocado formalmente para comparecer à Delegacia Policial ou para adotar qualquer medida.

Ademais, não há que se falar também na realização da conduta descrita no tipo do artigo 329 do Código Penal, pois para haver resistência à prisão ter-se-ia que partir do pressuposto de haver ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, o que não ocorreu no caso *sob oculis*.

2. O SIGILO BANCÁRIO COM STATUS DE CLÁUSULA PÉTREA

Como foi falado, o sigilo bancário encontra arrimo no artigo 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal de 1988. Assim, ele é considerado um direito fundamental, senão vejamos:

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:

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

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Como a Constituição de 1988 traz, em seu artigo 60, § 4º, um rol que não pode ser violado em nenhuma hipótese, as chamadas cláusulas pétreas, e nesse rol está incluso os direitos fundamentais, o sigilo bancário, por ser um direito fundamental, não é suscetível de ser abolido por Emenda Constitucional ou de sofrer violação de qualquer natureza. “Art. 60, § 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais”.

3. DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO;

Segundo Cavalieri Filho, Sérgio. In Programa de responsabilidade Civil, - 9ª ed. – São Paulo: Atlas, 2010 [2], “a responsabilidade do Estado é independentemente de qualquer falta ou culpa do serviço, desenvolvida no terreno próprio do direito Público”.

A responsabilidade objetiva conquistou e consolidou expressivo espaço no Direito brasileiro, mormente a partir do Código de Defesa do Consumidor (CDC) e do Código Civil de 2002; chegou primeiro, entretanto, na responsabilidade civil do Estado, que é objetiva, desde a Constituição de 1946.

Nem por isso o tema se mostra exaurido na sua complexidade; muitos aspectos remanescem controvertidos, entre os quais aquele que nos propomos abordar. O § 6º do Artigo 37 da Constituição de 1988, tem a seguinte redação: “As pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado prestadoras de serviços públicos

responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo e culpa.” Daí imergir a ideia da Responsabilidade objetiva do Estado [3].

A) Da Violação dos Direitos

A prisão dita em flagrante não revestida das formalidades legais a torna ineficiente, ineficaz e fazem parte de uma gritante violação dos direitos de um cidadão. Direitos estes assegurados pela nossa atual Carta Magna [1], onde encontramos a sua base no artigo 5º., incisos III, X, XLIX, LIV, LXI, LXII, intitulada "Dos Direitos Fundamentais". Vejamos o que dizem tais dispositivos constitucionais:

"Art. 5ª -.

Inciso III - Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

Inciso X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação;

Inciso XLIX - É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

Inciso LIV - Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

Inciso LXI - Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente,...

"Inciso LXII - A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;"

Pode-se notar, com isso, o quanto a nossa Lei Maior foi violada, transgredida, marcada pelo total desrespeito à dignidade de um ser

humano recebido com um tratamento degradante e humilhante daquelas pessoas que deveriam justamente passar para a Sociedade um exemplo de proteção e segurança dos direitos dos cidadãos.

A Constituição de 1988 previu a responsabilidade desses agentes do Poder Público, incumbidos de "defender o bom e o justo", imputando ao Estado o dever de ressarcimento pelos danos causados à vítima. O princípio maior dessa responsabilidade encontra-se no artigo 37, § 6o. da nossa Carta Magna que diz o seguinte:

“Art. 37 - ““...

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

Nas palavras da Dra. Maria do Carmo Guerrieri Saboya Reis, Juíza Federal Substituta, DF. (*) in memorian - Revista Consulex no. 06 [4], "O mencionado dispositivo constitucional assegura, uma vez indenizada à vítima, à Administração o direito de propor ação regressiva contra o agente público preservada a culpa subjetiva.”.

Assim, estamos diante da chamada Responsabilidade Objetiva ou Extracontratual, onde o Estado será responsabilizado pela "culpa in vigilando", isto é, pelo não cumprimento do dever que ele tinha em "vigiar" aqueles que o representa, agindo em seu nome.

Neste sentido, temos a lição do mestre Celso Antônio Bandeira de Melo [5], que define a responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado como sendo: “a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos.”.

4. DO DIREITO

4. 1. Doutrina

A esfera da intimidade é essencial ao sujeito como atributo inderrogável de sua personalidade e ao advogado como condição do exercício de seu múnus público, tanto para tutela dos direitos fundamentais da pessoa humana quanto para o resguardo dos princípios de um estado democrático de direito.

No plano pessoal, há conteúdos escondidos da personalidade, ideias, concepções da vida, juízos, emoções, todos desconhecidos da consciência, ou, se conhecidos, que nunca se pretendem sejam revelados. São as verdades interiores, os fatos íntimos. No plano do exercício da advocacia, o segredo das informações e documentos obtidos no desempenho profissional constituem requisito essencial para o exercício do direito de defesa e adequado comportamento – estratégico e eficaz - no âmbito do efetivo contraditório.

O fato é que conglobante do direito ao segredo e à reserva há, como diz Colliard, citado por Ada Pellegrini Grinover, uma terceira liberdade fundamental ao lado da segurança e da liberdade de locomoção: o direito à intimidade e, aqui incluída a intimidade profissional. Trata-se, a intimidade de direito inerente à personalidade e, por isso, inserido nas liberdades públicas, direito opostas à autoridade pública, quer no campo da administração, quer no da polícia judiciária ou no da atividade jurisdicional.

O direito ao silêncio, o direito a não informação, o direito de calar e fechar-se em si mesmo, nos próprios pensamentos e reflexões, o direito de manter terceiros alijados da esfera dos segredos e de não se expor e expor a conhecimento de terceiros e do Estado fatos e situações jurídicas, o direito de posicionar-se axiológica e livremente perante as coisas, os homens e, principalmente, o Estado constitui direito fundamental da pessoa humana. Constitui mesmo um direito a uma personalidade íntegra, inteira, fechada, sem brechas ou fissuras que sempre lhe prejudicam a unidade e criam a sensação de fragilidade e insegurança.

Não haja a mínima ilusão: toda vez que o Estado põe sob suspeita a advocacia é a própria democracia que começa a soçobrar sob os ventos da tirania, sob os bafos quentes e nauseantes, agora não provindos apenas do Executivo, mas, em corrente e canalizado, do próprio Judiciário. É notável que nos regimes totalitários, desde os começos na contrarrevolução francesa, nos momentos agudos da primeira grande guerra, ao tempo do nacional socialismo alemão e fascismo italiano, ou seja, nos instantes totalitários há o crepúsculo da advocacia.

A atividade da advocacia, portanto, é essencial ao estado democrático de direito. Constitui o pilar fundamental de uma estrutura política comprometida com o respeito aos valores da pessoa humana e sua ingente dignidade.

Por essa razão dispôs o texto constitucional ser o advogado indispensável à administração da justiça, inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei (art. 133 da CF), e a Lei n. 8.906/94 (arts. 2º, 6º, e 7º) estatuiu ser o advogado indispensável à administração da justiça, constituindo sua atividade múnus público, a prestar serviço público e a exercer função social, sendo, por isso, inviolável por seus atos e manifestações.

Por essa mesma razão o Estatuto da Advocacia proclama ser direito do advogado ter respeitada, em nome da liberdade de defesa e do sigilo profissional, a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, de seus arquivos e dados, de sua correspondência e de suas comunicações, inclusive telefônicas ou afins, salvo caso de busca ou apreensão determinada por magistrado e acompanhada de representante da OAB.

A presença não autorizada de agentes policiais em lugar privado, sem mandado judicial específico ou flagrante plenamente demonstrado, afronta o artigo 5º, inciso XI, da Constituição, que protege a inviolabilidade do lar. Tratando-se de escritório de advocacia, a conduta ainda fere o artigo 7º, inciso II, do Estatuto da Ordem dos Advogados Brasil (Lei 8.906/94) [6].

Já dizia PIERO CALAMANDREI [7] que a parcialidade do advogado é a garantia da imparcialidade do Juiz.

4.2. Jurisprudência

Sendo o Estado uma pessoa jurídica e, como tal, não possui vontade nem ação própria, se manifestará através de pessoas físicas, que ajam na condição de seus agentes, desde que revestidos desta qualidade. Ora, a relação entre a vontade e a ação do Estado e de seus agentes é a imputação direta dos atos dos agentes ao Estado, por isso tal relação é orgânica. E, quanto a isso, a jurisprudência dos nossos Tribunais é uníssona:

"Acórdão: 47/98 Competência: C. Cível
Grupo: III Relator: Des. Aloísio de Abreu Lima
Data: 16/02/98 N. Recurso: 270/97 Recurso:
Apelação Cível Procedência: 12a.Vara Cível -
Aracaju N. Periódico.: 1/98 Periódico.: LAC

Ementa

Responsabilidade do Estado - Nexo causal -
Demonstrado - Procedência da ação - Compete
ao autor, na ação por responsabilidade civil do
estado, tão somente demonstrar o nexo de
causalidade entre o evento danoso e o dano
efetivo ocasionado. Inteligência do art. 37,
parágrafo 6o. da Constituição Federal. "Apelo
improvido."

"Acórdão: 462/97 Competência: C.Cível
Grupo: II Relator: Des. Aloísio de Abreu Lima
Data: 16/06/97 N. Recurso: 459/96 Recurso:
Apelação Cível Procedência: Aracaju N.
Periódico.: 4/97 Periódico.: LAC

Ementa

Apelação Cível - Responsabilidade Civil do
Estado - Teoria da Responsabilidade Objetiva.
Em tema de responsabilidade civil do Estado,
vigora a teoria da responsabilidade objetiva,
donde e ônus da vítima demonstrar, tão
somente, o nexo causal entre o dano e o ato do
preposto do réu, cabendo a este provar a culpa

exclusiva daquela para o fim de se eximir da obrigação. Apelo improvido. “Acorda a Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por seu Grupo II, a unanimidade, negar provimento ao recurso.”.

"Acórdão: 513/97 Competência: C. Cível Grupo: I Relator: Des. Artur Oscar de Oliveira Deda Data: 30/06/97 N. Recurso: 334/96 Recurso: Apelação Cível Procedência: Aracaju N. Periódico.: 4/97 Periódico.: LAC

Ementa

Danos Morais. Responsabilidade Objetiva. É pressuposto do Estado o nexos causal entre a conduta do seu agente e o dano sofrido pela parte. Acordam, em Câmara Cível, por unanimidade, dar provimento parcial ao apelo, nos termos do parecer da Procuradoria de Justiça."

"O Estado responderá objetivamente, mas, se condenado a ressarcir dano causado a terceiro por ato lesivo de funcionário, que agiu culposamente ou dolosamente, terá ação regressiva contra ele" (RT, 525/164; 537/163; 539/196)

Com isso, consagra-se a ideia de que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado que prestem serviços públicos respondem pelos danos que seus funcionários causem a terceiro, sem distinção da categoria do ato, mas tem ação regressiva contra o agente causador quando tiver culpa deste, de forma a não ser o patrimônio público desfalcado pela sua conduta ilícita.

Ora, a reparação do dano, seja ele material ou moral, tem o intuito de indenizar o transtorno, o dissabor, o vexame, a angústia, a violência por que passa um cidadão de boa-fé, atingido na sua integridade física, psíquica e moral, não no intuito de fomentar a "Indústria das indenizações", mas com o escopo de preservar o bem maior que um cidadão honesto pode possuir: a dignidade. Pois, a credibilidade de um homem perante a sua família e a sociedade, e

até perante si próprio não pode ser maculada por atos descuidados que põe em dúvida a honestidade do cidadão.

Dessa forma, para a satisfação completa, no que pese à ressarcibilidade do dano sofrido pela vítima, grandes mestres como Maria Helena Diniz, Afrânio Lyra, dentre outros, falam na aferição de um valor pecuniário. A esse respeito, vejamos o entendimento dos Tribunais do país:

"DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO. QUANTUM DEBEATUR. VALOR ALEATÓRIO. APELO PROVIDO EM PARTE. DECISÃO UNÂNIME.

Na fixação da reparação do dano moral deve se levar em conta a dor, o sofrimento, o sentimento de perda, a humilhação e todas as emoções negativas angariadas pelo ofendido, para que seja justo o valor indenizatório. "A reparação do dano moral não deve ser irrisória, nem deve ser fonte de enriquecimento."

(TJSE - AC no. 445/95 - Rel. Des. José Antônio de Andrade Góes).

Afinal, de que adiantaria reparar tão-somente uma parte do dano, quando o sentido da equidade da justiça conduz-nos à premissa de que todo ato ilícito que resultar em dano deve ser suscetível de reparação? Daí tira-se a afirmação de Afrânio Lyra: "Hoje, a maior parte dos autores é de opinião que o dano simplesmente moral deve, tanto quanto o dano material, merecer uma reparação pecuniária."

Ora, o artigo 186 do Código Civil Brasileiro [8] é genérico em seu texto, visto que pressupõe uma ampla e irrestrita reparação de dano, quando dispõe, in verbis: "... violar direito ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

Assim, atente-se para o termo "violar direito" insito no texto legal, pois se está consagrado em nossa Lei Maior que "Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante" (art. 5o., inciso III), a violação à integridade física da

vítima configura o dever de indenizar, em vista não só das lesões sofridas, como também dos traumas e humilhações experimentados pelo requerente. Neste último caso, já em presença do dano moral.

Dessa forma, podemos concluir que toda e qualquer lesão que transforma e desassossega a própria harmonia individual e social do homem, acarreta o dever de indenizar, visto que os desgostos, as aflições, as lesões físicas, enfim, todo ato que rompe essa tranquilidade constitui causa eficiente para a obrigação de reparar o dano causado. Estando, portanto, configurado também a existência de dano material sob a forma de violação à integridade física do requerente.

Valem aqui elencar as precisas considerações do juiz *RUI STOCO*:

"Ressuma evidente que se a violação à imagem, à intimidade, à vida privada e à honra, expressamente mencionados nos incisos V e X do art. 5º da CF/88, obriga à indenização por dano material e moral, a violação a outros direitos e garantias, como, v.g., à vida, à integridade corporal, à liberdade de locomoção, de pensamento, no exercício da atividade comercial, intelectual, artística, científica e de comunicação, há de ser igualmente protegida, por uma razão de simetria e sob pena de ofensa ao princípio constitucional da isonomia".

O autor, *CARLOS ALBERTO BITTAR*, faz a seguinte colocação sobre o tema:

"a reparação de danos morais exerce função diversa daquela dos danos materiais. Enquanto estes se voltam para a recomposição do patrimônio ofendido, através da aplicação da fórmula 'danos emergentes e lucros cessantes' (Código Civil, art. 1.059), aqueles procuram oferecer compensação ao lesado, para atenuação do sofrimento havido. De outra parte, quanto ao lesante, objetiva a reparação impingir-

lhe sanção, a fim de que não volte a praticar atos lesivos à personalidade de outrem" (Reparação civil por danos morais: a questão da fixação do valor, caderno de doutrina, Tribuna da Magistratura, julho de 1996, p. 35).

Para YUSSEF SAID CAHALI,

"o direito moderno já não mais se compadece com as filigranas dogmáticas que obstam à proteção mais eficaz de pessoa como ser moral, agora cada vez mais ameaçada em sua integridade corporal e psíquica, no flagelo de interesses que a competitiva luta pela vida propicia".

E se perfilha ao entendimento de que "a responsabilidade civil do Estado compreende a reparação não apenas do dano patrimonial como igualmente do dano moral".

A ausência de prejuízo material, nesses casos, não constitui exceção, sabido que o dano se reflete muito mais uma situação de dor moral do que física, tornando, realmente, difícil o arbitramento de indenização, sabido que a moral, a honra, a dignidade não podem ter um preço correspondente à mera avaliação material.

E, muitas vezes, a reparação maior do dano moral não se reflete no preço indenizatório ou calunioso.

E, bem, por isso, não se encontra disposição legal expressa que possa estabelecer parâmetros ou dados específicos para o arbitramento, pois, *sobretudo, nesses casos, não se pode deixar de considerar a situação econômica, financeira, cultural e social das partes envolvidas.*

Longe de tomar-se a situação como *forfait* de meras ocorrências patrimoniais, pois a situação em destrame evoca a mais profunda revolta pelo desrespeito como foi praticado, pela incredulidade de familiares e pessoas próximas ao autor.

Tem, portanto, no caso presente, o dano moral um sentido mais extenso do que a mera estima pessoal e a imagem do acionante, pois alcançou a escala do abominável.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que não existe mandado de busca e apreensão genérico, não tendo a autoridade policial quando faz a representação e a autoridade judiciária, quando a atende, noção exata das características do objeto buscado, pois podem ser indícios, provas ou documentação contábil. O mandado de busca e apreensão é medida cautelar, antecipatória para garantir a subsistência da prova, do resultado útil da investigação policial, e não juízo de certeza de culpabilidade. Exigir a antecipação do objeto buscado é desconhecer os percalços da atividade policial e pressupor que a investigação perdeu a sua razão teleológica, pois toda aquela se encerraria com cumprimentos de mandado de busca e descoberta da materialidade do delito.

Imputações genéricas e abstratas são desabonadoras de cidadãos de bem e, além de nada contribuir, só denigrem a imagem de uma instituição ímpar num País que tem a segunda pior distribuição de renda do mundo.

6. BIBLIOGRAFIA

[1] Constituição Federal 1988.

[2] Cavalieri Filho, Sérgio. In Programa de responsabilidade Civil, - 9ª ed. – São Paulo: Atlas, 2010.

[3] <http://news.gamamalcher.com.br/artigo/19/a-responsabilidade-civil-objetiva-e-subjetiva-do-estado--por-sergio-cavalieri-filho>

[4] da Dra. Maria do Carmo Guerrieri Saboya Reis, Juíza Federal Substituta, DF. (*) in memoriam - Revista Consulex no. 06.

[5] Celso Antônio Bandeira de Melo.

[6] Estatuto da Ordem dos Advogados Brasil (Lei 8.906/94)

[7] Piero Calamandrei foi um jornalista, jurista, político e docente universitário italiano.

[8] Código Civil Brasileiro.

[9] Cahali, Yussef Said. In responsabilidade civil do Estado, 2ª ed., Malheiros editores Ltda. 1995.

ESTATUTO DO IDOSO: EFICÁCIA NA DIVULGAÇÃO E GARANTIAS DOS DIREITOS DOS IDOSOS

MARIA APARECIDA OLIVEIRA: Oficial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Graduada em Pedagogia pela Universidade Norte do Paraná, no ano de 2007.

RESUMO: Este trabalho apresenta um breve estudo sobre a efetiva da aplicação do estatuto na tutela dos idosos, bem como a atuação do Ministério Público na garantia dos seus direitos. Serão apresentados durante o trabalho dados fatídicos que demonstram a falta ou baixo conhecimento dos destinatários da tutela estatal dos direitos que possuem.

Palavras - chave: Normas, Ministério Público, Conhecimento, Idosos.

Introdução

O Estatuto do Idoso é destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade. (BRASIL, 2003)

Por consequência da melhor qualidade de vida no Brasil, houve um acelerado crescimento da população idosa, e juntamente com esse aumento, o governo teve que criar políticas públicas com a finalidade de proporcionar o bem estar dessa faixa etária. Um dos principais avanços foi a Lei 10.741/2003, o Estatuto do Idoso. Hoje essa Lei provoca dúvidas a

respeito da sua eficácia, se as suas normas são capazes de trazer melhorias para o cotidiano daqueles que ela ampara.

Dessa forma, o presente trabalho tem como objetivo analisar a eficácia do Estatuto, mormente no que tange aos aspectos instrumentais. Para formação do presente artigo, foi realizada uma pesquisa bibliográfica considerando as contribuições de autores como DEBERT (2006), FELIX (2013), MAZZILLI (2004), dentre outros.

1. **Evolução Mundial e Brasileira do Envelhecimento**

O aumento da proporção de idosos na população é um fenômeno mundial tão profundo, que muitos o têm chamado de “revolução demográfica”. No último meio século, a expectativa de vida aumentou em cerca de 20 anos. Segundo dados da Organização das Nações Unidas – ONU a expectativa de vida ao nascer aumentou de 46,5 anos, em 1950-1955, para 65 anos, em 1995-2000. O Brasil acompanhou essa evolução, estando sempre um pouco acima da média mundial: 50,9 anos em 1950 a 1955 para 67,2 anos em 1995 a 2000, mas um pouco abaixo da média da América Latina (de 51,4 a 59,3 anos). A diferença entre os países mais e menos desenvolvidos vem diminuindo: de uma distância de 25,2 anos entre as expectativas de vida dos dois grupos em 1950-55, a diferença caiu para 12 anos, menos da metade (62,9 contra 74,9). Na verdade, essa queda é inevitável, dada a tendência de envelhecimento global. O país recordista de expectativa de vida é o Japão, com 80,8 anos atualmente.

Em nível mundial, segundo dados da ONU, a população com mais de 65 anos aumentou de 5,2% em 1950-55 para 6,9% em 2000, um aumento de 33% nesse índice. Salienta-se que é nos países desenvolvidos onde o fenômeno se mostra mais agudo: com 7,9% de idosos em 1950-55, hoje 14,3% da população têm mais de 65 anos, um aumento de 81% - enquanto, nos menos desenvolvidos, o aumento foi de 31%, de 3,9% em 1950-55 para 5,1% em 2000. O Brasil não

fica muito longe dos países desenvolvidos: aqui, a proporção de idosos aumentou em 70% de 1950-55 para 2000, de 3% para 5,1%.

Em uma análise mais detalhada sobre o envelhecimento da população no nosso país, o Instituto de Pesquisas Aplicadas – IPEA desenvolveu estudo coordenado pela demógrafa Ana Amélia Caramano, que evidencia ser o segmento populacional que mais cresceu, nos últimos anos, o das pessoas acima de 80 anos. Isso significa que a população considerada idosa também está envelhecendo. Segundo os dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, em 1980, o país possuía 7 milhões de pessoas com mais de 60 anos de idade. No ano de 2000, esse número dobrou, chegando a 14 milhões de pessoas idosas no Brasil.

No Estado de Minas Gerais, 1,18 milhões de pessoas estão na terceira idade, isto é, cerca de 7,3% da população é idosa. No município de Belo Horizonte, esse número chega a 224 mil pessoas, ou seja, 9,4% da população belorizontina, possui 60 anos ou mais.

Dados estatísticos do Ministério da Previdência Social apontam que o país irá chegar ao ano de 2025 com uma população próxima de 34 milhões de pessoas acima de 60 anos e seremos o 6º colocado, em âmbito mundial, quanto ao número de idosos. Segundo projeção anual do IBGE, a brasileira que nascer hoje tem tudo para viver até, pelo menos, 72 anos de idade. O homem, um pouco menos, 68 anos de idade. Portanto, é absolutamente irreal achar que para os idosos não há futuro.

Atento a essas mudanças, o Poder Legislativo garantiu assento constitucional aos direitos dos idosos. A Constituição Federal logo no seu art. 3º, inciso IV, estipula como um dos objetivos fundamentais da República a promoção do bem de todos, sem preconceito ou discriminação em face da idade do cidadão. O constituinte demonstrou especial atenção com o idoso em diversos momentos da Carta Constitucional, como por exemplo, no campo familiar, previdenciário e assistencial.

Objetivando implementar as garantias constitucionais, o legislador ordinário criou leis federais de proteção ao idoso. Dentre estas se destacam a Política Nacional do Idoso – PNI – Lei Federal nº 8842/94, regulamentada pelo Decreto Federal nº 1948/96 e a Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS – Lei Federal nº 8742/93. Outra grande conquista da sociedade foi a promulgação do Estatuto do Idoso, Lei Federal nº 10741/03, em vigor desde 1º de janeiro de 2004.

Na esfera estadual, o Poder Legislativo tem elaborado leis específicas de proteção à pessoa idosa, o mesmo ocorrendo em nível municipal. Ocorre, entretanto, que a legislação, apesar de farta, muitas vezes não é cumprida pelo Poder Público e nem pela própria sociedade, conforme comprovado em pesquisa de campo feita por este grupo que será exposta em tópicos seguintes. Outrossim, se para grande parte da população, a garantia dos direitos sociais básicos ainda precisa ser conquistada, para os idosos o desafio é maior.

Com o passar dos anos, o direito de igualdade assegurado pela legislação, passa a ser letra morta por não ser, muitas vezes, exercido pelo cidadão. Hoje vivenciamos, no Brasil, a árdua tarefa de implementação dos direitos sociais conquistados, através da criação de políticas públicas de atenção à pessoa idosa.

2. A atuação do Ministério Público

O Ministério Público é instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado. É o órgão que não está subordinado a qualquer dos Poderes da República, responsável pela defesa da sociedade – regime democrático e interesses sociais e individuais indisponíveis – perante o Poder Judiciário ou em sua atuação administrativa, como por exemplo, ao firmar um Termo de Ajuste de Conduta. Quanto à defesa dos idosos, o *Parquet* recebeu diversas atribuições por parte do Estatuto do Idoso, transformando-se num verdadeiro “guardião dos interesses e direitos do idoso”.

As funções conferidas ao Ministério Público para a defesa dos direitos e garantias constitucionais do idoso, por meio de medidas

administrativas e judiciais, também estão elencadas no artigo 129 da CRFB/88, na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n.º 8.625/1993), assim como na Lei Orgânica do Ministério Público de Minas Gerais (Lei Complementar Estadual 34/94). Diz Mazzilli (2004):

“Da mesma forma que um dia ocorreu com a defesa do meio ambiente, do consumidor, da pessoa portadora de deficiência, da criança e do adolescente, chega agora a vez do Ministério Público voltar sua atenção para a tutela jurídica das pessoas idosas”.

Encontram-se expressas no Estatuto do Idoso as atribuições conferidas ao órgão do Ministério Público, como a legitimidade para requer e determinar medidas de proteção, a fiscalização das entidades governamentais e não-governamentais de atendimento ao idoso, entre outras elencadas no artigo 74 do mesmo estatuto, é dicção, *in verbis*:

Art. 74. Compete ao Ministério Público:

I – instaurar o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos direitos e interesses difusos ou coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos do idoso;

II – promover e acompanhar as ações de alimentos, de interdição total ou parcial, de designação de curador especial, em circunstâncias que justifiquem a medida e oficiar em todos os feitos em que se discutam os direitos de idosos em condições de risco;

III – atuar como substituto processual do idoso em situação de risco, conforme o disposto no art. 43 desta Lei;

IV – promover a revogação de instrumento procuratório do idoso, nas hipóteses previstas no art. 43 desta Lei, quando necessário ou o interesse público justificar;

V – instaurar procedimento administrativo e, para instruí-lo:

a) expedir notificações, colher depoimentos ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado da pessoa notificada, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar;

b) requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades municipais, estaduais e federais, da administração direta e indireta, bem como promover inspeções e diligências investigatórias;

c) requisitar informações e documentos particulares de instituições privadas;

VI – instaurar sindicâncias, requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, para a apuração de ilícitos ou infrações às normas de proteção ao idoso;

VII – zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados ao idoso, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis;

VIII – inspecionar as entidades públicas e particulares de atendimento e os programas de que trata esta Lei, adotando de pronto as medidas administrativas ou judiciais necessárias à remoção de irregularidades porventura verificadas;

IX – requisitar força policial, bem como a colaboração dos serviços de saúde, educacionais e de assistência social, públicos, para o desempenho de suas atribuições;

X – referendar transações envolvendo interesses e direitos dos idosos previstos nesta Lei.

§ 1º A legitimação do Ministério Público para as ações cíveis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo dispuser a lei.

§ 2º As atribuições constantes deste artigo não excluem outras, desde que compatíveis com a finalidade e atribuições do Ministério Público.

§ 3º O representante do Ministério Público, no exercício de suas funções, terá livre acesso a toda entidade de atendimento ao idoso.

Já nos processos e/ou procedimentos que não for parte, o Ministério Público atuará obrigatoriamente na defesa dos direitos e interesses da lei, caso contrário, deverá ser decretada a nulidade do feito. Ainda, havendo desistência ou abandono de ação civil pública por associação legitimada, o Ministério Público, deverá assumir a titularidade ativa, na figura de substituto processual.

Dentre outras atribuições expressas no Estatuto do Idoso, devemos destacar: determinação de medida de proteção, legitimação para a ação civil pública, fiscalização das entidades e a celebração da transação de alimentos. A Medida de Proteção é um instrumento que permite ao Ministério Público dar agilidade aos casos que muitas vezes não podem esperar até a apreciação judicial, sendo assim de muitíssima utilidade e importância a tutela destes direitos.

O Ministério Público possui legitimidade conferida pela CRFB/88 para propor Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/85), bem como praticar todos os atos necessários a garantia dos interesses difusos ou coletivos dos idosos. A transação de alimentos poderá ser referendada pelo Promotor de Justiça, a qual terá efeito de título executivo extrajudicial. A fiscalização dos estabelecimentos que abrigam os idosos em regime asilar é uma das mais importantes atribuições do Ministério Público, já que deve ser observada a condição especial de vida o idoso como pessoa frágil.

Entretanto, pode-se destacar que a maioria dos idosos ainda não descobriu que são os atores principais para a efetivação de seus direitos e para que isto aconteça é fundamental a conscientização tanto dos operadores jurídicos da sua importância, como também dos próprios idosos, os quais precisam conhecer seus direitos para exercê-los e reivindicá-los.

3. Problema

Conforme pesquisa bibliográfica realizada, concomitante com conversas informais realizadas com pessoas da terceira idade, ficou claro que o problema de fato é a dialética entre eficácia da norma jurídica e a sua efetividade. Mas cumpre salientar o que são esses dois conceitos de suma importância para o direito, não somente modernamente, mas por toda sua construção histórica.

Insta destacar que não se pode confundir ou imiscuir os conceitos de efetividade e eficácia, uma vez que vários autores fazem isto, mas na aplicação da teoria à realidade vemos que estas se distinguem.

O atributo da efetividade das normas consiste no fato delas serem observadas tanto por seus destinatários quanto pelos seus aplicadores e elaboradores. Como preleciona o baluarte acadêmico Luis Roberto Barroso a efetividade “*simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social*”. É claro que as normas são criadas com o fito de se alcançar os fins que a sociedade almeja, mas, devido a fatores que são preponderantes na engenharia jurídica e na aplicação destas como fatores antropológicos, morais, econômicos, ideológicos, políticos e educacionais, isto não ocorre.

No que tange ao atributo da eficácia se refere aos resultados sociais alcançados ou em construção. Como processo de adaptação social, o Direito se apresenta como fórmula capaz de resolver problemas de convivência e de organização, mas há uma linha muito tênue entre a função do direito e ocupar posições sociais que não devem ser

ocupadas por ele. Como preleciona Paulo Nader, em seu livro *“Introdução ao Estudo do Direito, 35ª ed., p.94, o atributo eficácia significa que a norma jurídica produz, realmente, os efeitos sociais planejados. Para que a eficácia se manifeste, indispensável é que seja observada socialmente. Eficácia pressupõe, destarte, efetividade.”*

Observa-se que o Estatuto do Idoso quando entrou em vigor tinha resultados esperados de sua eficácia, mas isso não se confirmou, não resolveu o problema, mostrando-se impotente para o fim a qual foi criado, carecendo de um nível de eficácia maior. Mas este vício é plenamente sanável, haja vista que o problema não está na norma em si, mas nas variáveis instrumentais que a circundam, dependendo da atuação dos órgãos de elaboração e de aplicação da norma.

4. Aplicação real do Estatuto do Idoso,

A despeito do Estatuto do idoso pretende-se saber quanto a eficácia da norma nos seus fatores instrumentais de publicação, divulgação, clareza, objetividade, destinatários, conhecimento, órgãos fiscalizadores, estruturas de coerção e métodos de punição no contexto social e real, pois entende-se que uma norma para ser de fato eficaz é necessário que ela produza no seu enunciado e em seus destinatários a devida compreensão, respeito e caso contrário a coerção e punibilidade de seus responsáveis diretos e indiretos.

O Estatuto do Idoso não tem produzidos melhorias efetivas na vida dos destinatários da norma jurídica. A intervenção e aproximação por meio de uma linguagem e demonstração de fácil entendimento aos idosos devem ser pensadas e aplicadas com muita clareza, cuidado e presteza com um tempo e métodos didáticos equilibrados, eficientes e que promovam neles um espírito de interesse por si mesmo, ao grupo e demais interessados com o fito de que se unam, fortaleçam e se mobilizem por seus direitos e que sejam na medida do possível participativos nas demandas sociais diversas e principalmente naquelas que estão diretamente voltadas aos seus interesses comuns.

O desconhecimento do Estatuto do Idoso contribui para baixa eficácia deste, sendo assim, se mostra latente a necessidade

de se informar para os idosos, de modo mais claro e conciso, facilitando a compreensão.

Devido ao texto normativo utilizar de numerosas expressões técnico-jurídicas e ser prolixo, de difícil entendimento e pela falta de divulgação, um percentual significativo dos destinatários desconhecem os seus direitos e não sabem a Instituição ou a sua localização para que seja possível denunciar os abusos sofridos.

Conferindo uma entrevista realizada por alunos de direito da PUC Betim, é possível constatar a falta de conhecimento do Estatuto do Idoso, dos seus direitos, a quem recorrer caso estes sejam infringidos: *“entrevista realizada no dia 13/05/16, quando foram entrevistados 67 idosos de variados estratos sociais com idades mínima de 60 anos durante o Forró da APROMIV. Em relação ao gênero foi constatado que o percentual de mulheres era de 53% e de homens 47%, refletindo assim a maior expectativa de vida das mulheres. Em relação a idade 49% tinham entre 60 e 70 anos, 43% entre 71 e 80 e 8% com mais de 81 anos. Foi constatado que 31% nunca frequentou a escola, 2% tinha ensino médio incompleto e apenas 6% tinha médio completo”*.

Ao serem questionados se conheciam ou possuíam copia do Estatuto do Idoso foram obtidos os seguintes resultados:

35% dos entrevistados disseram não conhecer e não possuir copia da norma, 18 % declararam conhecer parcialmente as normas do estatuto, 15 % declararam ter ouvido algo a respeito através de programas de radio, 11% declararam ter ouvido falar algo a respeito, 11 % declararam conhecer e possui cópia; 8% declararam ter tomado conhecimento da norma através da programação transmitida pelas diversas emissoras de TV, 2% declararam possuir cópia mas não ter lido a norma.

Em análise aos dados apresentados podemos depreender que o nível de conhecimento da norma por parte dos destinatários é baixo, as respostas daqueles que relataram conhecer o Estatuto do Idoso foram

genéricas normalmente relacionadas a direito de preferência no atendimento ou ao direito de gratuidade no transporte.

5. CONCLUSÃO

Conclui-se que desde a criação do Estatuto do Idoso ocorreram muitas mudanças na vida dos idosos. Algumas normas do estatuto são de amplo conhecimento deles, outras não, bem como que a linguagem formal dificulta a compreensão especialmente entre os menos escolarizados. Uma intervenção para explicar em linguagem simples e direta, e a orientação quanto aos órgãos de defesa dos direitos dos idosos podem gerar um grande resultado para suprir a deficiência constatada.

O Estatuto do Idoso foi uma grande vitória, no entanto, nem tudo se resolve com a criação de normas jurídicas, aliás, poucas situações são resolvidas desta forma. O respeito ao idoso é um problema social. Passamos por todo um processo de conscientização humana, valorização do ser humano que muito já contribuiu e ainda poderá contribuir se for dada a ele oportunidade, respeito e amor. Mais que respeitar um estatuto o ser humano tem que aprender a respeitar outro ser humano.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BRASIL. Lei nº 10.741/2003. *Estatuto do Idoso*. Brasília: DF. Outubro de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm. Acesso em: 28 abr. 2016.

BRASIL, Ministério da Previdência e Assistência Social Lei 8.842/1994. Política Nacional do Idoso. Brasília: DF, 4 de janeiro de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8842.htm. Acesso em: 28 abr. 2016

DEBERT, Guita Grin. A antropologia e o estudo dos grupos e das categorias de idade. In: LINS DE BARROS, Myriam Moraes (Org.). **Velhice ou Terceira Idade?** Ed. 4. Rio de Janeiro: Editora FGV. 2006.

DE ANDRADE, Maria Margarida. Introdução à Metodologia do Trabalho Científico, 10ª ed., páginas 118-122, Editora Atlas. 2010.

FELIX, Renan Paes, Estatuto do Idoso-Coleção Leis Especiais Para Concursos, 5ª ed., páginas 186-238, Editora Juspodivm. 2013.

DO TRATAMENTO JURISPRUDENCIAL SOBRE A PROTEÇÃO E SALVAGUARDA DAS DUNAS: UM EXAME À LUZ DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Resumo: Inicialmente, cuida salientar que o meio ambiente, em sua aceção macro e especificamente em seu desdobramento natural, configura elemento inerente ao indivíduo, atuando como sedimento a concreção da sadia qualidade de vida e, por extensão, ao fundamento estruturante da República Federativa do Brasil, consistente na materialização da dignidade da pessoa humana. Ao lado disso, tal como pontuado algures, a Constituição de 1988 estabelece, em seu artigo 225, o dever do Poder Público adotar medidas de proteção e preservação do ambiente natural. Aliás, quadra anotar, oportunamente, que tal dever é de competência político-administrativa de todos os entes políticos, devendo, para tanto, evitar que os espaços de proteção ambiental sejam utilizados de forma contrária à sua função – preservação das espécies nativas e, ainda, promover ostensiva fiscalização desses locais. Neste aspecto, o presente visa analisar a proteção e salvaguarda das dunas, a partir da interpretação oferecida pelo Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chaves: Meio Ambiente. Dunas. Entendimento Jurisprudencial.

Sumário: 1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito; 2 Comentários à concepção de Meio Ambiente; 3 Singelos Comentários ao Meio Ambiente Natural: Tessituras Conceituais sobre o Tema; 4 Do tratamento jurisprudencial sobre a

proteção e salvaguarda das dunas: Um exame à luz do Superior Tribunal de Justiça.

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 fíncadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo primevo é assegurar que não haja uma vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras em que o homem valorizava a Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”),

bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

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

Ainda neste substrato de exposição, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdan, “*esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação*”^[3]. Destarte, a partir de uma análise profunda dos mencionados sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis, diante das situações concretas.

Nas últimas décadas, o aspecto de mutabilidade tornou-se ainda mais evidente, em especial, quando se analisa a construção de novos que derivam da Ciência Jurídica. Entre estes, cuida destacar a ramificação ambiental, considerando como um ponto de congruência da formação de novos ideários e cânones, motivados, sobretudo, pela premissa de um manancial de novos valores adotados. Nesta trilha de argumentação, de boa

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

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

Ainda nesta esteira, é possível verificar que a construção dos direitos encampados sob a rubrica de terceira dimensão tende a identificar a existência de valores concernentes a uma determinada categoria de pessoas, consideradas enquanto unidade, não mais prosperando a típica fragmentação individual de seus componentes de maneira isolada, tal como ocorria em momento pretérito. Com o escopo de ilustrar, de maneira pertinente as ponderações vertidas, insta trazer à colação o entendimento

do Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N.º 1.856/RJ, em especial quando destaca:

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

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

2 Comentários à concepção de Meio Ambiente

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

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

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

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

É denotável, desta sorte, que a constitucionalização do meio ambiente no Brasil viabilizou um verdadeiro salto qualitativo, no que concerne, especificamente, às normas de proteção ambiental. Tal fato decorre da premissa que os robustos corolários e princípios norteadores foram alçados ao patamar constitucional, assumindo colocação eminente, ao lado das liberdades públicas e dos direitos fundamentais. Superadas tais premissas, aprovou o Constituinte, ao entalhar a Carta Política Brasileira, ressoando os valores provenientes dos direitos de terceira dimensão, insculpir na redação do artigo 225, conceder amplo e robusto respaldo ao meio ambiente como pilar integrante dos direitos fundamentais. “*Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, as normas de proteção ambiental são alçadas à categoria de normas constitucionais, com elaboração de capítulo especialmente dedicado à proteção do meio ambiente*”^[13]. Nesta toada, ainda, é observável que o *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988^[14] está abalizado em quatro pilares distintos, robustos e singulares que, em conjunto, dão corpo a toda tábua ideológica e teórica que assegura o substrato de edificação da ramificação ambiental.

Primeiramente, em decorrência do tratamento dispensado pelo artífice da Constituição Federal, o meio ambiente foi içado à condição de direito de todos, presentes e futuras gerações. É encarado como algo pertencente a toda coletividade, assim, por esse prisma, não se admite o emprego de qualquer distinção entre brasileiro nato, naturalizado ou estrangeiro, destacando-se, sim, a necessidade de preservação, conservação e não-poluição. O artigo 225, devido ao cunho de direito difuso que possui, extrapola os limites territoriais do Estado Brasileiro, não ficando centrado, apenas, na extensão nacional, compreendendo toda a humanidade. Neste sentido, o Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ, destacou que:

A preocupação com o meio ambiente - que hoje transcende o plano das presentes gerações, para também atuar em favor das gerações futuras [...] tem constituído, por isso mesmo, objeto de regulações normativas e de proclamações jurídicas, que,

ultrapassando a província meramente doméstica do direito nacional de cada Estado soberano, projetam-se no plano das declarações internacionais, que refletem, em sua expressão concreta, o compromisso das Nações com o indeclinável respeito a esse direito fundamental que assiste a toda a Humanidade[15].

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

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

identificado em sua singularidade, mas num sentido mais amplo, atribuído à própria coletividade social.

Salta aos olhos que, com a nova sistemática entabulada pela redação do artigo 225 da Carta Maior, o meio-ambiente passou a ter autonomia, tal seja não está vinculada a lesões perpetradas contra o ser humano para se agasalhar das reprimendas a serem utilizadas em relação ao ato perpetrado. Figura-se, *ergo*, como bem de uso comum do povo o segundo pilar que dá corpo aos sustentáculos do tema em tela. O axioma a ser esmiuçado, está atrelado o meio-ambiente como vetor da sadia qualidade de vida, ou seja, manifesta-se na salubridade, precipuamente, ao vincular a espécie humana está se tratando do bem-estar e condições mínimas de existência. Igualmente, o sustentáculo em análise se corporifica também na higidez, ao cumprir os preceitos de ecologicamente equilibrado, salvaguardando a vida em todas as suas formas (diversidade de espécies).

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

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

No que concerne ao meio ambiente natural, cuida salientar que tal faceta é descrita como ambiente natural, também denominado de físico, o qual, em sua estrutura, agasalha os fatores abióticos e bióticos, considerados como recursos ambientais. Nesta esteira de

raciocínio, oportunamente, cumpre registrar, a partir de um viés jurídico, a acepção dotema em destaque, o qual vem disciplinado pela Lei Nº. 9.985, de 18 deJulho de 2000, que regulamenta o art. 225, §1º, incisos I, II, III e VII daConstituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências, em seu artigo 2º, inciso IV, frisa que “recurso ambiental: a atmosfera, as águas interiores, superficiaise subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora”[16]. Nesta esteira, o termo fatoresabióticos abriga a atmosfera, os elementos afetos à biosfera, as águas (inclusive aquelas que se encontram no mar territorial), pelo solo, pelo subsolo e pelos recursos minerais; já os fatores bióticos faz menção à fauna e à flora, como bem assinala Fiorillo[17]. Em razão da complexainteração entre os fatores abióticos e bióticos que ocorre o fenômeno dahomeostase, consistente no equilíbrio dinâmico entre os seres vivos e omeio em que se encontram inseridos.

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

cuja correta utilização, propicia a renovação, a exemplo do que se observa na fauna, na flora e nos recursos hídricos.

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

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

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

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

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

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora

de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade[19].

Ora, como bem manifestou o Ministro Carlos Britto, ao apreciar a Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade N°3.540, “não se erige em área de proteção especial um espaço geográfico simplesmente a partir de sua vegetação, há outros elementos. Sabemos que fauna, flora, floresta, sítios arqueológicos concorrem para isso” [20]. Verifica-se, assim, que o espaço territorial especialmente protegido do direito constitucional ao meio ambiente hígido e equilibrado, em especial no que atina à estrutura e funções dos diversos e complexos ecossistemas. Nessa esteira de exposição, as denominadas “unidades de conservação”, neste aspecto de afirmação constitucional, enquanto instrumentos de preservação do meio ambiente natural, configuram áreas de maciço interesse ecológico que, em razão dos aspectos característicos naturais relevantes, recebem tratamento legal próprio, de maneira a reduzir a possibilidade de intervenções danosas ao meio ambiente.

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

4 Do tratamento jurisprudencial sobre a proteção e salvaguarda das dunas: Um exame à luz do Superior Tribunal de Justiça

Inicialmente, segundo os termos da Resolução CONAMA n° 303, de 20 de Março de 2002[21], que dispõe sobre parâmetros, definições e limites de Áreas de Preservação Permanente, duna é a unidade geomorfológica de constituição predominante arenosa, com aparência de cômodo ou colina, produzida pela ação dos ventos, situada no litoral ou interior do continente, podendo estar recoberta, ou não, por vegetação. Ao lado disso, cuida assinalar que as formações naturais envolvendo as dunas, ao se formarem, recebem distintos contornos, os quais são delineados por meio das diferenciações intimamente associadas à direção do vento dominante, à conformação da superfície percorrida pelos sedimentos desde sua disponibilização, à ação dos ventos na faixa de praia e à localização de aludidas formações dentro dos segmentos costeiros.

No mais, ainda acobertado pelos ideários advindos do corolário constitucional do meio ambiente ecologicamente equilibrado, convém assinalar que as formações dunares se comportam como ambientes propícios ao acúmulo de águas pluviais, alimentando um dos principais aquíferos dentro do ambiente de zona costeira, evidenciando, assim, a importância hidro-geológica. Ao lado disso, é imperativo apontar que as características inerentes às formações dunares tornam-se, ainda mais, relevantes, sobretudo quando se considera a tendência semiaridez ou em franco quadro climático de semiaridez, no qual, devido à formação geológica peculiar, são pobres quanto à disponibilidade de águas superficiais e subterrâneas. Ademais, os campos de dunas têm, ainda, proeminência fundamental no equilíbrio das zonas costeiras, ao ofertar sedimentos para rios e praias, fornecendo, assim, direta ou indiretamente, a formação litorânea ao longo da costa. Acerca da proeminência do tema em debate, cuida transcrever os arestos:

Ementa: Processual civil e administrativo. Ação civil pública. Ofensa aos arts. 128, 131, 458, inc. II, 515, 516 e 535 do CPC. Não-configuração. Agravo retido. Perícia. Incidência da súmula n. 284/STF. Loteamento irregular. Ausência de licença. Construção sobre dunas. Dano ambiental. Responsabilidade objetiva. [...] 5. Não prospera a

alegação de que apenas a vegetação fixadora de dunas merece proteção ambiental. A vegetação deve ser resguardada também, pois esta, evidentemente, tem a função de proteger as dunas. No entanto, o bem maior tratado aqui é a proteção ambiental que deve ser dada às dunas, como escopo final, as quais, portanto, estão englobadas no objetivo de proteção da norma. Precedentes. [...] 9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido. (Superior Tribunal de Justiça – Segunda Turma/ REsp 1.069.155/SC/ Relator: Ministro Mauro Campbell Marques/ Julgado em 07.12.2010/ Publicado no DJe em 03.02.2011).

Ementa: Ambiental – Área de Preservação Permanente – Praia Mole - Florianópolis – Vegetação de Restinga – Art. 2º, alínea "f", do Código Florestal – Súmula 7/STJ. 1. Trata-se, originariamente, de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal objetivando a preservação de área de vegetação de restinga, em virtude de degradação na localidade denominada Praia Mole, em Florianópolis. 2. O art. 2º, alínea "f", do Código Florestal considera como área de preservação permanente a vegetação situada "nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues". 3. Hipótese em que a instância ordinária aplicou o mencionado dispositivo na sua literalidade, ao mencionar – várias vezes – que a área caracteriza-se não só como "restinga", mas possui "vegetação fixadora de dunas", o que é obviamente suficiente para caracterizar a área como de "preservação permanente". [...] 5. Recurso especial não provido. (Superior Tribunal de Justiça – Segunda Turma/ REsp 945.898/SC/ Relatora: Ministra Eliana Calmon/ Jugado em 24.11.2009/ Publicado no DJe em 24.08.2010).

Ementa: Processual Civil e Administrativo - Recurso Especial - Meio-Ambiente - Terreno de marinha e área de proteção permanente - Vegetação de restinga - Omissão fiscalizatória da União - Localização no polo passivo da demanda - Súmula 7/STJ - Permissivo "c" - Súmula 83/STJ. 1. Reconhecida, nas instâncias ordinárias, a omissão da pessoa jurídica de direito público na fiscalização de atos lesivos ao meio-ambiente é de ser admitida sua colocação no polo passivo de lide civil pública movida pelo Ministério Público Federal. Litisconsórcio passivo entre a União e o Município por leniência no dever de adotar medidas administrativas contra a edificação irregular de prédios em área non aedificandi, caracterizada por ser terreno de marinha e de proteção permanente, com vegetação de restinga, fixadora de dunas. 2. Conclusões soberanas das instâncias ordinárias quanto à omissão da União e de seus órgãos. Impossibilidade de reexame. Matéria de fato. Súmula 7/STJ. 3. Dissídio jurisprudencial superado. Súmula 83/STJ. Recurso especial conhecido em parte e improvido. (Superior Tribunal de Justiça – Segunda Turma/ REsp 529.027/SC/ Relator: Ministro Humberto Martins/ Julgado em 16.04.2009/ Publicado no DJe em 04.05.2009).

Ainda nessa caminhada, insta sublinhar que, por serem formações de acúmulos de sedimentos, as dunas apresentam-se como imprescindíveis na manutenção direta das faixas de praias, por meio da alimentação contínua de grãos, diminuindo, dessa maneira, a possibilidade de erosão. Há, ainda, locais nos quais as dunas se deslocam em direção a planícies fluviais que, a partir desse aporte das dunas e por meio de suas correntes, transportam os sedimentos até as regiões praianas. Nesse passo, também, cuida assentar que *“o autor da destruição de dunas que encobriam sítios arqueológicos deve indenizar pelos prejuízos causados ao meio*

ambiente, especificamente ao meio ambiente natural (dunas) e ao meio ambiente cultural (jazidas arqueológicas com cerâmica indígena da Fase Vieira)”[22].

Referência:

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 15 out. 2016.

_____. **Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 15 out. 2016.

_____. **Lei nº 9.985, de 18 de Julho de 2000**. Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 15 out. 2016.

_____. **Ministério do Meio Ambiente**. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/biomas/caatinga>>. Acesso em 15 out. 2016.

_____. **Ministério do Meio Ambiente**. Resolução nº 303, de 20 de Março de 2002. Dispõe sobre parâmetros, definições e limites de Áreas de Preservação Permanente. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res02/res30302.html>>. Acesso em 15 out. 2016

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 15 out. 2016.

_____. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região.** Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em 15 out. 2016.

BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 15 out. 2016.

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

MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.** Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em 15 out. 2016.

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

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.** Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 15 out. 2016.

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

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

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

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 15 out. 2016.

NOTAS:

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 15 out. 2016.

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ag. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 15 out. 2016.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 15 out. 2016.

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

[6] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 15 out. 2016.

[7] 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: <www.stf.jus.br>. Acesso em 15 out. 2016.

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

[9] BRASIL. **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: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 15 out. 2016.

[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 N° 4.029/AM. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Federal N° 11.516/07. Criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. Legitimidade da Associação Nacional dos Servidores do IBAMA. Entidade de Classe de Âmbito Nacional. Violação do art. 62, caput e § 9º, da

Constituição. Não emissão de parecer pela Comissão Mista Parlamentar. Inconstitucionalidade dos artigos 5º, caput, e 6º, caput e parágrafos 1º e 2º, da Resolução Nº 1 de 2002 do Congresso Nacional. Modulação dos Efeitos Temporais da Nulidade (Art. 27 da Lei 9.868/99). Ação Direta Parcialmente Procedente. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 08 mar. 2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 15 out. 2016.

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

[14] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 15 out. 2016: “*Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações*”.

[15] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense Nº 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei Nº 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 15 out. 2016.

[16] BRASIL. **Lei Nº. 9.985, de 18 de Julho de 2000.** Regulamenta o art.225, §1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 15 out. 2016

[17] FIORILLO, 2012, p. 78.

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

[19] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 15 out. 2016.

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

à preservação do meio ambiente: uma limitação constitucional explícita à atividade econômica (CF, art. 170, VI) - Decisão não referendada- Consequente indeferimento do pedido de medida cautelar. a preservação da integridade do meio ambiente : expressão constitucional de um direito fundamental que assiste à generalidade das pessoas. - Todos têm direito a meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. Doutrina.

A atividade econômica não pode ser exercida em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente. - A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a "defesa do meio ambiente" (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina.

Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental considerado este em seu aspecto físico ou natural. A questão do desenvolvimento nacional (CF, art. 3º, II) e a necessidade de preservação da integridade do meio

ambiente (CF, art. 225):
O princípio do desenvolvimento sustentável como fator de obtenção do ju-
sto equilíbrio entre as
exigências da economia e as da ecologia. - O princípio do desenvolvi-
mento sustentável, além
de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suport
e legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado br-
asileiro e representa fator de obtenção
do justo equilíbrio entre as exigências da economia
e da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação
desse postulado, quando ocorre situação de conflito entre valores consti-
tucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não co-
mprometa nem
esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos funda-
mentais: o direito à
preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generali-
dade das pessoas, a ser resguardado em favor das
presentes e futuras gerações. O art. 4º do Código Florestal e a
Medida Provisória Nº 2.166-67/2001:
Um avanço expressivo na tutela das áreas de
preservação permanente. - A Medida Provisória nº 2.166-
67, de 24/08/2001, na parte em que introduziu significativas alterações no
art. 4º do Código Florestal, longe de comprometer
os valores constitucionais consagrados no art. 225 da Lei
Fundamental, estabeleceu, ao contrário, mecanismos que permitem um rea-
l controle, pelo Estado, das atividades desenvolvidas no âmbito das áreas
de preservação permanente, em ordem
a impedir ações predatórias e lesivas
ao patrimônio ambiental, cuja situação de maior vulnerabilidade reclama p-
roteção mais intensa,
agora propiciada, de modo adequado e compatível com o texto constitu-
cional, pelo diploma normativo
em questão. - Somente a alteração e a supressão
do regime jurídico pertinente aos
espaços territoriais especialmente protegidos qualificam-
se, por efeito da cláusula inscrita no
art. 225, § 1º, III, da Constituição, como matérias sujeitas ao princípio da r-
eserva legal. - É lícito
ao Poder Público - qualquer que seja a dimensão institucional em que se
posicione na estrutura federativa (União, Estados-membros,
Distrito Federal e Municípios) - autorizar, licenciar ou
permitir a execução de obras e/ou a realização

deserviços no âmbito dos espaços territoriais especialmente protegidos, desde que, além de observadas as restrições, limitações e exigências abstratamente estabelecidas em lei, não resulte comprometida a integridade dos atributos que justificaram, quanto a tais territórios, a instituição de regime jurídico de proteção especial (CF, art. 225, § 1º, III). Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 01 set. 2005. Publicado no DJe em 03 fev. 2006, p.14. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 15 out. 2016.

[21] BRASIL. **Ministério do Meio Ambiente**. Resolução nº 303, de 20 de Março de 2002. Dispõe sobre parâmetros, definições e limites de Áreas de Preservação Permanente. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res02/res30302.html>>. Acesso em 15 out. 2016

[22] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Acórdão proferido no REsp 115.599/RS. Meio ambiente. Patrimônio cultural. Destruição de dunas em sítios arqueológicos. Responsabilidade civil. Indenização. O autor da destruição de dunas que encobriam sítios arqueológicos deve indenizar pelos prejuízos causados ao meio ambiente, especificamente ao meio ambiente natural (dunas) e ao meio ambiente cultural (jazidas arqueológicas com cerâmica indígena da Fase Vieira). Recurso conhecido em parte e provido. Órgão Julgador: Quarta Turma. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Julgado em 27.06.2002. Publicado no DJ em 02.09.2002, p. 192. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 15 out. 2016.



RAFAEL DE OLIVEIRA COSTA

**REFLEXOS DAS GERAÇÕES DOS DIREITOS HUMANOS NA EVOLUÇÃO DOS
DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NO BRASIL E A IMPORTÂNCIA DAS
POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE ATUAL**

**São Paulo
2015**



RAFAEL DE OLIVEIRA COSTA

**REFLEXOS DAS GERAÇÕES DOS DIREITOS HUMANOS NA EVOLUÇÃO DOS
DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NO BRASIL E A IMPORTÂNCIA DAS
POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE ATUAL**

**Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação
Lato Sensu, Especialização em Direito Público, como
parte dos requisitos para a obtenção do título de
Especialista em Direito Público pela Faculdade de
Direito Damásio de Jesus, sob orientação do Profº Carla
Proença Costa de Souza.**

**São Paulo
2015**

RAFAEL DE OLIVEIRA COSTA

COSTA, Rafael de Oliveira

Reflexos das gerações dos Direitos Humanos na evolução dos direitos e garantias fundamentais no Brasil e a importância das políticas públicas na sociedade atual/
Rafael de Oliveira Costa – São Paulo: F.R.R., 2015.77 Páginas.

Monografia apresentada à Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus, como exigência parcial para obtenção do título de especialista em Direito Público, sob orientação do Prof. Carla Proença Costa de Souza.

Direito Público – Legislação. Reflexos das gerações dos Direitos Humanos na evolução dos direitos e garantias fundamentais no Brasil e a importância das políticas públicas na sociedade atual.

DEDICATÓRIA

Dedico o presente trabalho monográfico a todos que acompanharam em toda a minha trajetória, aos meus amigos, aos meus familiares e, principalmente, aos meus pais

.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus amigos, familiares e professores que me ajudam dia após dia a construir meu futuro e a conseguir minha realização profissional.

RESUMO

O presente trabalho monográfico não possui o intuito de esgotar o tema, o qual se mostra tanto na doutrina, como na jurisprudência, muito polêmico. Este trabalho monográfico visa demonstrar a importância dos reflexos das gerações dos direitos humanos para o nosso ordenamento jurídico pátrio, especialmente no que tange aos direitos e garantias fundamentais, bem como demonstrar a efetividade ou inefetividade das políticas públicas, buscando, ainda mostrar melhorias para referidas políticas.

PALAVRAS-CHAVE: gerações; direitos humanos; direitos fundamentais; políticas públicas.

ABSTRACT

This monograph does not have the intention to exhaust the theme, which appears in both doctrine and case law, as a very controversial one. This monograph aims to demonstrate the importance of reflections of generations of human rights for our national legal system, especially with regard to fundamental rights and guarantees, as well as demonstrate the effectiveness or ineffectiveness of public policies, seeking, still show improvements for these policies.

KEYWORDS : generations; human rights; fundamental rights; public policy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
I – A Importância dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais para o indivíduo	11
1.1 O conceito dos direitos humanos e a questões terminológicas	21
1.2 Diferenças entre: Direito Internacional e Direitos Humanos, Direito Humanitário e Direito dos Refugiados	33
II- Principais regras de interpretação e resolução de conflitos entre os direitos humanos fundamentais.....	35
III- As chamadas gerações ou dimensões dos direitos humanos.....	41
3.1 Direitos Humanos de 1º geração.....	48
3.2 Direitos Humanos de 2º geração.....	49
3.3 Direitos Humanos de 3ª geração.....	51
3.4 Direitos Humanos de 4ª geração.....	52
3.5 Direitos Humanos de 5ª geração.....	53
IV- Finalidades e interpretação dos direitos humanos.....	54
V- As políticas públicas no Brasil frente a efetivação dos direitos humanos fundamentais	59
VI- O papel do poder judiciário e o Ministério Público no controle das políticas públicas no Brasil.....	62
Conclusão.....	65
Referências Bibliográficas.....	67

INTRODUÇÃO:

A presente monografia tem o escopo de demonstrar e provar a importância dos direitos humanos fundamentais, bem como a evolução histórica de tais direitos.

Como teremos a oportunidade de verificar, oportunamente, a transformação desses direitos, ao longo dos anos ocorreu de forma paulatina e culminou em uma sociedade que enfrenta profundas mudanças em curto espaço de tempo, o que, conseqüentemente, nos obriga, como operadores do Direito, a acompanhar a dinâmica a fim de que no caso concreto, consigamos não apenas aplicar a Lei, mas distribuir a Justiça de acordo com os anseios da coletividade.

Pelo exposto, podemos afirmar que o presente estudo é por demais importante, na medida em que demonstra a evolução das necessidades humanas, bem como aponta as exigências atuais.

Ou seja, necessitamos desenvolver novas habilidades para conseguirmos interpretar a mutação enfrentada por nossa sociedade, nos inúmeros campos de nossa existência. E, por conseguinte, dar prevalência a novos direitos aos quais a sociedade passou a ter maior necessidade.

Nesse sentido, mostra-se salutar sabermos quais foram às influências sofridas por tais classes de direitos ao longo dos tempos para que possamos precisar como elas refletem nos dias atuais. Assim, ao nos depararmos com um conflito de interesses, levando-se em consideração o estudo da evolução histórica dos direitos e garantias fundamentais, conseguiremos dar uma solução efetiva e justa ao que está sendo discutido.

A monografia em tela visa, basicamente analisar, muito embora sem a pretensão de esgotar o tema, os direitos e garantias fundamentais positivados em nosso ordenamento jurídico; as gerações de direitos humanos fundamentais e reflexos em nosso sistema pátrio; conquistas obtidas pela sociedade internacional no âmbito da positivação e aplicação de novas regras protetivas dos direitos humanos e fundamentais, bem como demonstrar como o ordenamento jurídico deve proceder ao se deparar diante de um possível conflito “aparente” de normas, isto é, no âmbito da aplicabilidade dos direitos humanos fundamentais, a fim de que consigamos efetuar análises que nos levem a efetuar um sopesamento sobre qual

direito fundamental deve preponderar em um eventual conflito de interesses, sempre privilegiando a pacificação social e um real e efetivo sentimento social de justiça.

Ademais, é de extrema relevância o estudo das Políticas Públicas, uma vez que por meio delas é possível mobilizar a coletividade a cobrar uma atuação mais efetiva por parte dos órgãos públicos no tocante a tutela dos interesses coletivos.

Pelo exposto, pode-se perceber que o tema abordado na presente pesquisa é por demais árduo, não sendo possível esgotar todos os questionamentos possíveis acerca do assunto. Tanto assim o é, que sempre tivemos a preocupação de assinalar que não é nossa intenção esgotar o tema. Seria inadmissível.

Mas procuramos, na medida do possível, levantar e descrever os principais pontos polêmicos, permitindo que seja realizada uma reflexão sobre os institutos jurídicos analisados, principalmente nas principais diferenças terminológicas, que também serão abordadas.

Ou seja, como será visto em momento oportuno, os direitos fundamentais por vezes são denominados de direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais, dentre outras formas terminológicas.

A primeira nomenclatura que surgiu foi a dos direitos do homem, pois, o simples fato do ser humano existir, faz com que ele seja sujeito de direitos naturais. Posteriormente com o iluminismo e o reconhecimento do indivíduo com sujeito de direitos, se popularizou a expressão direitos do homem. E, como veremos, os então denominados direitos fundamentais nada mais são do que direitos humanos positivados nas Constituições Federais.

Desde já, interessante se faz consignar que os chamados direitos fundamentais surgiram com o fito de limitar e controlar os abusos do poder do Estado, bem como assegurar aos cidadãos uma vida mais digna.

No entanto, tais direitos estão em constante evolução e transformação, ou seja, são alterados consoante o desenvolvimento da comunidade interna e internacional.

Os direitos fundamentais vão sendo alterados conforme o desenvolvimento da sociedade, e ao longo do tempo passaram por diversos estágios de evolução, assim, foram classificados em dimensões ou gerações, conforme prefere denominar o Supremo Tribunal Federal.

I- A IMPORTANCIA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PARA A EFETIVA PROTEÇÃO DO INDÍVIDUO.

Antes de ingressarmos propriamente no estudo da evolução dos direitos e garantias fundamentais é extremamente importante, nos atentarmos ao significado de determinadas expressões jurídicas que são empregadas de maneira inadequada no meio jurídico.

Isso porque, com a incontestável evolução havida em relação aos direitos protetivos dos seres humanos, tanto no que tange ao campo doutrinário, como no que concerne ao campo conceitual-legislativo, os direitos ora referidos passaram a ser denominados simplesmente como “direitos do homem”.

Note-se que, por serem direitos inatos à própria existência humana, em um primeiro momento entende-se ser desnecessário qualquer tipo de normatização para o seu respeito.

Em um período posterior, os direitos supramencionados passaram a ser inseridos nas Constituições Federais de grande parte dos Estados-Membros e, por tal fato, começaram a ser conhecidos como “direitos fundamentais”, v.g. direito à vida, à liberdade, dentre outros, como veremos detalhadamente em momento oportuno.¹

Samuel Antônio Merbach de Oliveira²diz que:

“Em relação aos vocábulos Direitos do Homem, Direitos Humanos, Direitos Fundamentais e Direitos do Homem e do Cidadão; a expressão Direitos do Homem, é considerada mais antiga e veio em substituição aos direitos naturais. É oriunda da obra Os Direitos do Homem (The Rights of Man) de autoria de Thomas Paine, publicado pela primeira vez em 1891. Nesta obra, há um entendimento que considera: “os direitos humanos como a conjunção dos direitos naturais, que correspondem ao Homem pelo mero fato de existir, e dos direitos de existir, e dos direitos civis, vale dizer, aquele conjunto de direitos que correspondem ao Homem pelo fato de ser membro da sociedade”.³(TAVARES, 2008, p. 447 e PAINE, 2005)

Cumprir informar, que nos documentos internacionais há preferência pelo emprego da expressão “Direitos do Homem” ou “Direitos Humanos”. A magna Carta de 1.215 prevê expressamente o termo “Direitos do Homem”. Por sua vez, os

¹ Na Constituição Federal de 1988 o art. 5º, caput previu os chamados “direitos fundamentais”.

² DE OLIVEIRA, Samuel Antônio Merbach, A Era dos Direitos em Norberto Bobbio: Fases e Gerações. Tese de Doutorado em Filosofia. PUC-SP. Pág. 17.

Direitos do Homem, foram positivados em 1.776 com a Declaração do Bom Povo de Virgínia dos Estados Unidos da América.

Interessante constatar que é impossível dizer com exatidão o período histórico que uma dada vertente do Direito surgiu, uma vez que toda seara do direito deve ser compreendida como um processo lento que culmina no surgimento de um ramo específico do Direito. Todavia, ao fazer um compilado histórico, muito embora o momento real não se dê para saber com precisão, pode-se ter um indício de como foi se formando a estrutura formal e material desse ramo do Direito.

Nesse sentido, o Professor André Carvalho Ramos leciona que:

“Não há ponto exato que delimite o nascimento de uma disciplina jurídica. Pelo contrário, há um processo que desemboca na consagração de diplomas normativos, com princípios e regras que dimensionam o novo ramo do Direito. No caso dos Direitos Humanos, o seu cerne é a luta contra a opressão e busca do bem-estar social do indivíduo; conseqüentemente, suas ‘ideias-âncoras’ são referentes à justiça, igualdade e liberdade, cujo conteúdo impregna a vida social desde o surgimento das primeiras comunidades humanas”.⁴

O supracitado doutrinador ainda ressalta que a evolução dos ora estudados Direitos Humanos passou por fases distintas, as quais foram essências para o conceito que na atualidade obtivemos sobre esses ramos do Direito. Vejamos:

“Nesse sentido amplo, de impregnação de valores, podemos dizer que a evolução histórica dos direitos humanos passou por fases que, ao longo dos séculos, auxiliaram a sedimentar o conceito e o regime jurídico desses direitos essenciais. A contar dos primeiros escritos das comunidades humanas ainda no século VIII a.C. até o século XX d.C., são mais de vinte e oito séculos rumo à afirmação dos direitos humanos, que tem como marco a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948”.⁵

Norberto Bobbio⁶ explica que os direitos do homem “*nascem no início da era moderna, juntamente com a concepção individualista da sociedade*”, pois é com a origem do Estado de direito, conforme acrescenta Bobbio que: “*ocorre a passagem final do ponto de vista do príncipe para o ponto de vista dos cidadãos. No Estado despótico, os indivíduos singulares só têm deveres e não direitos*”. Com o aparecimento dos direitos do homem como direitos naturais nos séculos XVII e XVIII, tem-se início a Era dos Direitos.

⁴ CARVALHO RAMOS, André. Curso de Direitos Humanos. São Paulo. Editora Saraiva. 2015. Pág. 31.

⁵ CARVALHO RAMOS. op.cit. p. 31.

⁶ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. 13. ed. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992. Pág. 61.

Com o passar do tempo, os direitos do homem passaram a ser positivados, escritos, podendo ser mencionados documentos antigos como a Lei das XII Tábuas, O Código de Hamurabi, Constituições de diversos Países que se tornaram independentes, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, dentre outros importantes instrumentos que foram codificados.

Contudo, nesse momento oportuno se faz lembrar que como dissemos à pouco é praticamente impossível determinar com exatidão, com precisão histórica o período em que um dado ramo do Direito se originou. E, em assim sendo, pode-se afirmar apenas e tão somente que tais documentos e fatos nos remota a uma provável origem remota.

Contudo, de uma coisa não se pode duvidar. Os direitos fundamentais são provenientes de diversas fontes e, note-se que agora já não mais estamos nos preocupando com a data de surgimento e sim a motivação que levou os juristas ou doutrinadores a se preocupar em resguardar tais direitos, como a religião ou mesmo a filosofia. Esses direitos surgiram com escopo de limitar e controlar os abusos do poder do Estado, bem como assegurar aos cidadãos uma vida mais digna.

Sabe-se que na antiguidade por intermédio do forte movimento religioso, a justificativa religiosa da preeminência do ser humano no mundo surgiu com a afirmação da fé monoteísta e, com este, o direito fundamental de se ter e de seguir uma religião. Assim, certa é a afirmação de que a grande contribuição da religião, embasada na Bíblia foi, justamente, a ideia da criação do mundo por um único Deus transcendente. Todavia, adágio começou a sofrer alterações no século V a.C, época em que surgia um forte movimento filosófico tanto na Ásia quanto na Grécia e substituiu-se, pela primeira vez, o saber mitológico da tradição pelo saber lógico da razão. Houve, pois, um confronto entre a emoção advinda da fé, algo puramente abstrato, com a racionalidade, embasada em dados e conceitos concretos.

Foi a partir deste conflito que passou a surgir o chamado pensamento jusnaturalista, o qual cravava que o simples fato do ser humano existir, faz com que ele seja sujeito de direitos naturais, os quais são inalienáveis, sendo que, em contrapartida, também pelo simples fato do ser humano existir o faz também sujeito

de deveres.⁷ E são justamente esses deveres que podem ser compreendidos como limites aos direitos alheios.

Oportuno ressaltar, em linhas gerais, que o jusnaturalismo entende que o homem possui direitos independentemente do Estado. Aliás, para os jusnaturalistas os direitos do homem transcendem qualquer conceito de Estado. São direitos inerentes à própria existência humana. Não está vinculado a nenhum poder estatal.

Ademais, os jusnaturalistas também entendem que os direitos do homem são poucos e essenciais como o direito à vida e as sobrevivências, que inclui também o direito à propriedade e o direito à liberdade. Sendo assim, pode-se afirmar que se entende como direito à liberdade a independência em face de todo constrangimento imposto pela vontade de outro. Os direitos naturais são, dessa forma, os direitos que cabem ao homem em virtude de sua existência, tal como dito acima. A esse gênero pertencem todos os direitos intelectuais, e os direitos de agir do indivíduo para o próprio bem-estar.⁸

No que tange ao presente trabalho monográfico, insta destacar basicamente que a doutrina *jusnaturalista* foi indubitavelmente importante para o reconhecimento dos direitos fundamentais nos processos revolucionários que adviriam posteriormente.

Como prova do que acaba de ser dito, deve-se lembrar que, o *jusnaturalismo*, nos séculos XVII e XVIII, especialmente por meio das teorias contratualistas, chega ao seu ponto culminante de desenvolvimento.

Em contrapartida, ocorre um processo de laicização do direito natural, que alcança seu auge no período iluminista e, por conseguinte ocorre o processo de elaboração doutrinária do contratualismo e da teoria dos direitos naturais do indivíduo. Foi justamente nesse momento que surgiu a expressão “direito do homem” em substituição ao termo “direito natural”.⁹

Note-se, entretanto, que a evolução dada não foi somente no sentido de alteração da nomenclatura, mas principalmente no conteúdo do ramo que o Direito em estudo abarcava.

⁷ FILHO FERREIRA, Manoel Gonçalves. Direitos humanos fundamentais. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, pág. 10-11.

⁸ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. 13. ed. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992. Pág. 73-74.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, pág. 38-39, 41 e 57.

Conforme o ilustre Professor André Carvalho Ramos:

“No campo das ideias políticas, Thomas Hobbes defendeu, e sua obra *Leviatã* (1651), em especial no Capítulo XIV, que o primeiro direito do ser humano consistia no direito de usar seu próprio poder livremente, para a preservação de sua própria natureza, ou seja, de sua vida. É um dos primeiros textos que trata claramente do direito do ser humano, pleno somente no estado da natureza. Nesse estado, o homem é livre de quaisquer restrições e não se submete a qualquer poder. Contudo, Hobbes conduz sua análise para a seguinte conclusão: para sobreviver ao estado da natureza, no qual todos estão em confronto (o homem seria o lobo do próprio homem), o ser humano abdica dessa liberdade inicial e se submete ao poder do Estado (o *Leviatã*). A razão para a existência do Estado consiste na necessidade de se dar segurança ao indivíduo, diante das ameaças de seus semelhantes. Com base nessa espécie de contrato entre homem e Estado, justifica-se a antítese dos direitos humanos, que é a existência do Estado que tudo pode.”¹⁰

Interessante notar que Hobbes inicia seu pensamento dizendo que o homem tudo pode. Os Direitos fundamentais, portanto, seriam absolutos (o que é impossível, na medida em que o direito de um limita o direito do outro). Entretanto, devido a um contrato ficto firmado entre homem e Estado houve uma espécie de outorga de poderes daqueles para este, a fim de se alcançar uma espécie de igualdade entre os homens e plena segurança jurídica. Todavia, todos os direitos dos homens ficaram centralizados nas mãos do Estado (Soberano) que, eventualmente, poderia, a depender do caso concreto, outorgar parcelas de liberdades aos indivíduos, mas sempre de forma discricionária, Nada havia que forçasse o Estado outorgar essas liberdades.

Por sua vez, Hugo Grócio, um dos fundadores do Direito Internacional, defendia a existência do Direito Natural, o qual já tivemos oportunidade de estudar oportunamente. Todavia, para Grócio esse Direito Natural tinha uma base racionalista. Mas afirmava que no que tange aos direitos humanos, especialmente, ao reconhecimento de normas inerentes à condição humana, o jusnaturalismo possuía preponderância.

John Locke, por seu turno, defendia antes de qualquer outra coisa o direito do indivíduo. Do ser humano não como coletivo, mas como indivíduo, sujeito de direitos e deveres. Aliás, defendia o direito dos indivíduos mesmo contra o Estado, colocando assim, a importância da relação havida entre o Estado e o homem no

¹⁰ CARVALHO RAMOS. op.cit. pág. 39.

homem e, por conseguinte, privilegiando os direitos humanos. Ou seja, o importante era salvaguardar e privilegiar os direitos do homem.

Segundo essa visão, Locke, em seu livro “*Segundo tratado sobre governo civil*”, introduziu uma verdadeira e incontestável contribuição basilar para a preponderância dos direitos humanos e dizia que:

“(…) o objetivo do governo em uma sociedade humana é salvaguardar os direitos naturais do homem, existentes desde o estado da natureza. Os homens, então, decidem livremente deixar o estado da natureza justamente para que o Estado preserve os seus direitos existentes”.¹¹

Em singela síntese, cumpre verificar que, diferentemente do pensamento do Thomas Hobbes, para Locke não havia a necessidade de haver um governo autocrático. Aliás, segundo o pensamento de Locke o verdadeiro escopo das sociedades políticas que permeavam sob a tutela de um dado governo era apenas e tão somente a preservação dos direitos à vida, à liberdade e à propriedade.

Pode-se então concluir que para Locke, jamais o governo poderia ser autoritário e arbitrário. E mais, o poder da ideia de governo para Locke deveria ser limitado pela supremacia do bem público.

Neste momento, vale destacar que essa ideia de John Locke acabou se tornando, em nosso ordenamento jurídico, um princípio implícito e norteador da Administração Pública, mais conhecido como “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”.

Mister se faz ainda notar que Locke ainda entendia que para os direitos humanos serem realmente efetivo, as funções do Poder Estatal deveriam ser divididas. Tanto que assim deixou consignado em sua obra:

“(…) como pode ser muito grande para a fragilidade humana tentação de ascender ao poder, não convém para as mesmas pessoas que detêm o poder de legislar tenham também em suas mãos o poder de executar as leis, pois elas poderiam se isentar da obediência às leis que fizeram, e adequar a lei a sua vontade, tanto no momento de fazê-la quanto no ato de sua execução, e ela teria interesses distintos daqueles do resto da comunidade, contrários à finalidade da sociedade e do governo”.¹²

¹¹ LOCKE, John. Segundo tratado sobre governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil (1689). Tradução: Magna Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis, RJ: Vozes, 1994.

¹²Parágrafo 143. LOCKE, John. Segundo tratado sobre governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil (1689). Tradução: Magna Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis, RJ: Vozes, 1994.

As ideias de John Locke tiveram muito alcance e êxito especialmente no século XVIII, com o auge da classe burguesa em inúmeros países europeus. Note-se que referido filósofo acreditava ser imprescindível para todo Estado um Poder Legislativo, um Poder Executivo e um Poder Federativo, sendo que este último seria nitidamente voltado para a Política Externa, liberando o Executivo para as tratativas internas. Para Locke, o Poder Judiciário era uma parte do próprio Poder Executivo.

Vale ainda lembrar, das importantes ideias de Jean-Jacques Rousseau que defendeu ser possível o ser humano viver em uma sociedade embasada, fundamentada em um contrato entre homens livres e iguais, os quais eram a própria estrutura do Estado a fim de zelar pelo bem estar da maior da população daquele Estado. Este é, basicamente, o chamado Pacto Social de Rousseau.

André de Carvalho Ramos ensina sobre Rousseau que:

“A igualdade e a liberdade são inerentes aos seres humanos, que, com isso, são aptos a expressar sua vontade e exercer o poder. A pretensa renúncia à liberdade e igualdade pelos homens nos Estados autocráticos (base do pensamento de Hobbes) é inadmissível para Rousseau, uma vez que tal renúncia seria incompatível com a natureza humana”.¹³

Cesare Beccaria também contribuiu com ideias voltadas para os direitos humanos, todavia, de uma forma mais específica, qual seja, no que se relacionava especificamente ao Direito Penal. Sustentou, em sua obra “*Dos Delitos e das Penas*” (1766), a existência de limites para o próprio “*jus puniendi*” do Estado, ou seja, o Estado apesar de ter o poder-dever de punir àquele que infringiu uma norma de natureza penal, deve fazê-lo mediante leis, regras previamente previstas e ordenadas ofertando, assim, ao indivíduo segurança jurídica quanto sua punição, além de resguardar a legalidade, proporcionalidade e igualdade em todo ordenamento jurídico.

Por seu turno, Immanuel Kant, já no final do século XVIII defendia “*a existência da dignidade intrínseca a todo ser racional, que não tem preço ou equivalente*”¹⁴. Para tal filósofo não se poderia jamais compreender o ser humano como um meio e sim como um fim. O homem não é um objeto e sim um sujeito de direitos. Por isso, não se pode ver o homem como meio de angariar riquezas para seu Estado, sendo inadmissível, pois, a escravidão. Deve-se, sim, olhar para todo e

¹³CARVALHO RAMOS. op.cit. pág. 39.

¹⁴KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes* (1795). Tradução de Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1964.

qualquer homem (ser humano) como sujeito de direitos, os quais o Estado está compelido a lhe proporcionar.

Com o devido respeito ao pensamento de Kant, acreditamos ser esta a base principiológica para um dos princípios mais importantes de todo e qualquer Estado Democrático de Direito, qual seja, o “princípio da dignidade da pessoa humana”.

Cumpra ainda ressaltar, ainda que com singela sutileza e de forma sintetizada que as Revoluções Liberais (inglesa, francesa e americana), bem como suas respectivas Declarações de Direitos contribuíram, e muito, para a proteção dos chamados Direitos Humanos.

Conforme o Professor André de Carvalho Ramos pode considerar as seguintes fases e declarações de direitos: 1- Revolução Inglesa: teve como marco a *Petition of Rights*, de 1628, que buscou garantir determinadas liberdades individuais, e o *Bill of Rights*, de 1689, que consagrou a supremacia do Parlamento e o império da Lei; 2- Revolução Americana: retrata o processo de independência das colônias britânicas na América do Norte, culminado em 1776, e ainda a criação da Constituição Norte – Americana de 1787. Somente em 1791 foram aprovadas 10 emendas que, finalmente, introduziram um rol de direitos na Constituição Norte- Americana; 3- Revolução Francesa: adoção da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão pela Assembleia Nacional Constituinte francesa, em 27 de agosto de 1789, que consagra a igualdade e liberdade, que levou à abolição de privilégios, direitos feudais e imunidades de várias castas, em especial da aristocracia de terras. Lema dos revolucionários” liberdade, igualdade e fraternidade”.¹⁵

Insta-se afirmar que a justificativa mais correta que culminou na declaração dos direitos do homem foi à constatação do indivíduo como sendo sujeito da autonomia individual, moral e intelectual.

E, ainda cabe a afirmação de que a referida declaração dos direitos do homem pode ser considerada o marco para o surgimento – pelo menos no sentido pelo qual conhecemos atualmente - dos direitos fundamentais.

Não podemos esquecer-nos de acentuar que houve ainda influências socialistas para o que hoje conhecemos como Direitos humanos fundamentais.

¹⁵CARVALHO RAMOS. op.cit. pág. 44.

Inúmeras são as influências históricas, todavia, tomaremos à título de exemplo a luta dos jacobinos franceses pela ampliação do rol dos direitos advindos da Declaração Francesa, a fim de alcançar também os direitos sociais, v.g. educação; a edição em 1793 de uma nova Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, resguardando a igualdade e ampliando para o que vimos ser os ideais jacobinos (educação e assistência social, entre outros); vários movimentos socialistas que podemos tomar como expoentes Karl Marx e Engels; Revolução Russa em 1917 que objetivava, entre outros escopos, a defesa da igualdade e maior justiça social.

No mesmo ano (1917) a Constituição Mexicana introduziu em seu texto os chamados direitos sociais. Essa Constituição Federal pode ser compreendida como sendo a pioneira nesse sentido, seguida da Constituição alemã (República de Weimar), em 1919.

Importante consignar que a primeira Constituição Federal brasileira a introduzir os direitos sociais foi a Constituição de 1934. Oportuno também desde já deixar registrado que a Constituição Federal de 1988 foi à primeira Constituição brasileira a antepor os direitos fundamentais e os sociais. Ou seja, até a promulgação da atual Constituição Federal os direitos humanos fundamentais (que abrangem os sociais) estavam alocados sempre no fim do Texto Constitucional. Com o advento da Constituição vigente tais direitos passaram a estar localizados logo no início do Texto Constitucional.

Para um leigo, o que acaba de ser dito pode parecer indiferente. Contudo, de indiferente nada tem. A Assembleia Nacional Constituinte teve o cuidado de alocar os direitos humanos fundamentais no início da primeira Constituição Federal promulgada após um longo período ditatorial, a fim de demonstrar e corroborar a importância do ser humano, do homem, do indivíduo.

Com isso também se buscou deixar claro o escopo do novo ordenamento jurídico que acabara de surgir, qual seja, democrático. E, como todo Estado Democrático de Direito um dos princípios basilares é justamente o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual já fizemos menção, e, portanto, a colocação logo no início do Texto Constitucional dos direitos e garantias fundamentais, seguidos dos direitos sociais.

Note-se que em um contexto amplo não seria errado, devido até mesmo pelo contexto histórico explicado anteriormente, dizer que os direitos humanos são formados por direitos fundamentais e sociais.

Todavia, o legislador originário, para fins didáticos achou por bem dividi-los em dois principais dispositivos constitucionais: art. 5º e art. 7º da CF. No entanto, também não podemos deixar de lembrar da existência de outros direitos humanos fundamentais decorrentes e que estão esparsos pela Constituição Federal.

Conforme a lição sempre precisa de Gilmar Ferreira Mendes:

“A sedimentação dos direitos fundamentais como normas obrigatórias é resultado de maturação histórica, o que também permite compreender que os direitos fundamentais não sejam os mesmos em todas as épocas, não correspondendo, além disso, invariavelmente, na sua formulação, a imperativos de coerência lógica”.¹⁶

Além, é claro, dos inúmeros tratados internacionais cuja matéria é, justamente, a prevalência e a salvaguarda dos Direitos Humanos. Na seara internacional, aliás, cabe ressaltar que até meados do século XX, o Direito Internacional não tinha uma organização. Havia apenas alguns documentos esparsos e que visavam alcançar apenas alguns direitos essenciais do cidadão. Era quase que um direito temático. À título de exemplo a norma internacional do combate à escravidão no século XIX.

Observe-se, porém, que o surgimento e a verdadeira normatização internacional do Direito Internacional dos Direitos Humanos adveio apenas após a Segunda Guerra Mundial, como mais uma medida tomada para reorganizar a sociedade internacional. O marco inicial desse novo modelo mundial foi justamente a criação das Organizações das Nações Unidas, em 1945, na Conferência de São Francisco.¹⁷

Apesar de ser um marco incontestavelmente relevante, a Carta da ONU não arrolou quais seriam os direitos que consideravam ser essenciais. Por tal razão, em 10 de dezembro de 1948, em Paris, foi aprovada a chamada Declaração Universal dos Direitos Humanos, sob a forma de Resolução da Assembleia Geral da ONU, também conhecida simplesmente como “Declaração de Paris”, a qual possui 30

¹⁶MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007.pág. 221.

¹⁷CARVALHO RAMOS. André de. Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

artigos e traz em seu corpo um rol de direitos humanos aceitos pelo Direito Internacional.

Convém ponderar que a supramencionada Declaração Universal dos Direitos Humanos foi aprovada por 48 votos a favor e não obteve nenhum em desfavor. Todavia, obteve oito abstenções, dentre estes, Polônia, Arábia Saudita, África do Sul, Ucrânia, União Soviética, Iugoslávia, Bielorrússia e Checoslováquia.

Interessante a discussão que se faz em torno de possuir ou não a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) força vinculante no cenário jurídico internacional.

Nesse sentido:

“Em virtude de ser a DUDH uma declaração e não um tratado, há discussões na doutrina e na prática dos Estados sobre sua força vinculante. Em resumo, podemos identificar três vertentes possíveis: (i) aqueles que consideram que a DUDH possui força vinculante por se constituir em interpretação autêntica do termos ‘direitos humanos’, previsto na Carta das Nações Unidas (tratado, ou seja, tem força vinculante); (ii) há àqueles que sustentam que a DUDH possui força vinculante por representar o costume internacional sobre a matéria; (iii) há, finalmente, aqueles que defendem que a DUDH representa tão somente a *soft law* na matéria, que consiste em um conjunto de normas ainda não vinculantes, mas que buscam orientar a ação futura dos Estados para que, então, venha a ter força vinculante.”¹⁸

Para arrematar essa discussão, vale deixar consignado que o douto professor supramencionado entende ser mais correta a assertiva de que o DUDH é um costume internacional de proteção dos direitos humanos e, por conseguinte, possui força vinculante.

1.1- O conceito de Direitos Fundamentais e a questão terminológica.

A doutrina e a jurisprudência, não raras vezes, se utilizam de termos distintos para se referirem ao mesmo conceito, bem como também não é raro verificarmos que também usam, por diversas oportunidades de termos bem parecidos para falarem de conceitos ou direitos completamente dispares entre si.

Desta feita, passaremos a verificar a terminologia adotada pela doutrina a fim de não se fazer confusão.

Nesse contexto, o Professor André Carvalho Ramos ensina que:

¹⁸CARVALHO RAMOS. op.cit. pág. 48.

“Os direitos essenciais do indivíduo contam com ampla diversidade de termos e designações: direitos humanos, direitos fundamentais, direitos naturais, liberdades públicas, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais. A terminologia varia tanto na doutrina como em diplomas internacionais”.¹⁹

Em relação à Constituição Federal de 1988, pode-se afirmar que encontraremos uma diversa gama de sinônimos a fim de designar a mesma espécie de direito o que, para um leigo, pode dificultar o seu entendimento, compreensão afastando – o, por conseguinte, de direitos que lhe são expressamente assegurados.

Em consonância com o que foi acima relatado, o douto professor André de Carvalho Ramos fez um apanhado dessas diversas expressões sinônimas encontradas no Texto Constitucional. Senão vejamos:

“A nossa Constituição acompanha o uso variado de termos envolvendo “direitos humanos”. Inicialmente, o art. 4º, II, menciona ‘direitos humanos’. Em seguida, o Título II intitula-se ‘direitos e garantias fundamentais’. Nesse título, o art. 5º, XLI, usa a expressão ‘direitos e liberdades fundamentais’ e o inciso LXXI adota a locução ‘direitos e liberdades constitucionais’. Por sua vez, o art. 5º, § 1º, menciona ‘direitos e garantias fundamentais’. Já, o art. 17 adota a dicção ‘direitos fundamentais da pessoa humana’. O art. 34, ao disciplinar a intervenção federal, insere uma nova terminologia: ‘direitos da pessoa humana’ (art. 34, VII, b). Quando trata das cláusulas pétreas, a Constituição ainda faz menção à expressão ‘direitos e garantias individuais’ (art. 60, §4º). No art. 7º do Ato das Disposições Transitórias, há o uso, novamente, da expressão ‘direitos humanos’.”²⁰

Ainda para comprovar a vasta gama de nomenclaturas utilizadas, o referido doutrinador diz que:

“No Direito Internacional, há também uma utilização livre de várias expressões. A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948 adota, já no preâmbulo, as locuções ‘direitos do homem’ e ‘direitos essenciais do homem’. A Declaração Universal de Direitos Humanos, por seu turno, estabelece em seu preâmbulo a necessidade de respeito aos ‘direitos do homem’ e logo após a ‘fé nos direitos fundamentais do homem’ e ainda ‘aos direitos e liberdades fundamentais do homem’. A Carta da Organização das Nações Unidas emprega a expressão ‘direitos humanos’ (preâmbulo e art. 56), bem como liberdades fundamentais’ (art. 56, alínea c). A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000 (revisada em 2007) lança mão da expressão ‘direitos fundamentais’ e a Convenção Europeia de Direitos do Homem e Liberdades Fundamentais de 1950 adotou a locução ‘liberdade fundamental’.”²¹

¹⁹CARVALHO RAMOS. op.cit. pág. 49.

²⁰CARVALHO RAMOS. op.cit. pág. 49

Interessante constatar que essa imprecisão terminológica tem uma razão de ser. Basta lembrar que muitos foram os momentos que se buscaram proteger direitos inatos ao homem, além do fato que em muitas vezes tais direitos eram distintos. Sem contar que várias foram às motivações que levaram ao homem querer proteger o direito do próprio homem.

Por isso, toda vez que surgia a propensão de se resguardar determinados direitos, a nomenclatura era alterada. Pode-se ainda afirmar que a nomenclatura adotada, em linhas gerais, muito tem a ver com a evolução do direito e com o período histórico.

Contudo, de uma coisa devemos ter em mente: o fito de todas as nomenclaturas ora mencionadas, bem como de outras utilizadas na mesma seara jurídica, visa apenas e tão somente salvaguardar os direitos basilares e imprescindíveis para uma vida digna do homem.

As expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais” são sem sombra de dúvidas as mais empregadas no século XXI.

Como acabamos de notar, na verdade, ambas as expressões – assim como as demais vistas a pouco – buscam resguardar o mesmo tipo de direito. Todavia, a doutrina, talvez com o intuito de facilitar para os estudiosos do Direito tentou diferenciá-las em determinado ponto.

Desta feita, Joaquim Herrera Flores afirma que *“Os direitos humanos compõem uma racionalidade de resistência, na medida que traduzem processos que abrem e consolidam espaços de lutas pela dignidade humana”*.²²

Ou seja, os direitos humanos nada mais são do que os direitos do homem, que visam resguardar os valores e direitos mais preciosos da pessoa humana, tais como a igualdade, a liberdade, a solidariedade, bem como a dignidade da pessoa humana.

Antes de prosseguir com a nossa linha de raciocínio, interessante fazer uns parênteses acerca da dignidade da pessoa humana, a qual acaba de ser mencionada.

Em linhas gerais, pode-se afirmar que a dignidade da pessoa humana, princípio basilar de todo e qualquer Estado Democrático de Direito, pode ser

²¹CARVALHO RAMOS. op.cit. pág.49-50.

²²Apud, PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Justiça Internacional. São Paulo: Saraiva, 2007, pá.

compreendido sucintamente como sendo o mínimo que toda pessoa tem o direito de ter para que possa viver dignamente.

Erival da Silva Oliveira e Rosa Maria Rodrigues Vaz, em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana ensinam que:

“A dignidade da pessoa humana significa que as pessoas devem ter acesso ao mínimo para sua sobrevivência, tanto do ponto de vista social quanto jurídico. A implementação dos direitos da personalidade, dos demais direitos individuais e sociais implicam na realização da dignidade da pessoa humana”.²³

Mas, retornando à tentativa, ainda que tênue, que a doutrina faz para diferenciar direitos humanos dos direitos fundamentais, cabe notar André de Carvalho Ramos leciona que:

“Inicialmente, a doutrina tende a reconhecer que os ‘direitos humanos’ servem para definir os direitos estabelecidos pelo Direito Internacional em tratados e demais normas internacionais sobre a matéria, enquanto a expressão ‘direitos fundamentais’ delimitaria aqueles direitos reconhecidos e positivados pelo Direito Constitucional de um Estado específico. Porém, como vimos, o Direito Internacional não é uniforme e nem utiliza a locução ‘direitos humanos’ sempre. Há casos recentes de uso da expressão ‘direitos fundamentais’ em normas internacionais, como se vê na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (redigida em 2000 e revisada em 2007). Também o Direito Constitucional de um país pode adotar a expressão ‘direitos humanos’, como se viu acima em vários casos na Constituição brasileira.”²⁴

Samuel Antônio Merbach explica que os direitos do homem se classificam em quatro grandes fases:

“a primeira delas chama-se fase dos – Direitos Natos Universais – nessa ocasião os direitos naturais não estavam positivados, não havia regulamentação, previsão normativa, eles existiam de maneira natural, livre de qualquer normatização; Segunda Fase – Direitos Positivos Particulares (Constitucionalismo) – é o processo de positivação ou momento em que o Estado reconhece parte dos direitos naturais (positivação particular), ocasião em houve a intervenção do homem e passou-se a prever em documentos os direitos e garantias imanentes ao homem moderno; Terceira Fase Direitos Positivos Universais (Direito Internacional dos Direitos do Homem) – se deu com a ampliação do reconhecimento dos direitos naturais por meio da positivação dos mesmos em Tratados Internacionais de Direitos do Homem. Nesta oportunidade, houve de uma certa monta, uma ampliação mais efetiva e cosmopolita dos direitos humanos, dado que a positivação e conseqüente regulamentação se expandiu por todo o globo tendo em vista a crescente demanda por normas protetivas a dignidade da pessoa humana

²³SILVA OLIVEIRA, Erival da; RODRIGUES VAZ, Rosa Maria. Manual Funcional de Direitos Humanos para Concursos. 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pág. 17.

²⁴CARVALHO RAMOS. op.cit. pág. 50.

em escala global. E por fim, fala-se na quarta fase, a da especificação, na qual abarcando o gênero, fase normal e a existência humana”.²⁵

Em síntese, não seria errado dizer que, na forma, no conteúdo e no escopo os direitos humanos e os direitos fundamentais são iguais, na medida em que objetivam resguardar os mesmos valores. Mas, como dissemos a pouco, a doutrina e a jurisprudência acharam por bem diferenciá-los a fim de viabilizar um estudo mais aprofundado e coerente de cada disciplina, guardando uma nomenclatura para o Direito Internacional (Direitos Humanos) e outra para o Direito Interno (Direitos Fundamentais).

Mas vale a pena chamar a atenção para o fato de que para certos doutrinadores existe sim grandes diferenças entre ambas expressões terminológicas, mesmo tendo como fundamento o mesmo fato daqueles que afirmam ser uma diferença tênue, qual seja, um se referir ao Direito Internacional e o outro ao Direito Interno.

Nesse sentido, para o Professor Fabio Comparato:

“(…) existe uma divergência acerca dos direitos humanos e direitos fundamentais, estes por sua vez são os direitos humanos reconhecidos pelas autoridades, às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional; são direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais”.²⁶

Consta-se, porém, que a diferenciação é restrita apenas no âmbito doutrinário. Tanto assim o é que alguns doutrinadores e estudiosos do Direito já mesclaram tais nomenclaturas na tentativa, até agora pouco exitosa, de demonstrar ser desnecessária referida diferenciação terminológica. Estes, por sua vez, já falaram em Direitos Humanos Fundamentais e em Direitos Fundamentais do Homem.

Como prova do acatado, lembremos que José Afonso da Silva prefere a denominação “direitos fundamentais do homem”, e justifica a escolha no sentido de que,

²⁵ DE OLIVEIRA, Samuel Antonio Merbach, *A Era dos Direitos em Norberto Bobbio: Fases e Gerações*. Tese de Doutorado em Filosofia. PUC-SP. Pág. 02.

²⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação histórica dos direitos humanos*. 2ª edição. Saraiva, São Paulo: 2001, pág. 55-56.

“além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas”.²⁷

Todavia, como muito bem ponderou o douto Professor André de Carvalho Ramos, por possuírem uma diferença muito tênue, quase que inexistente talvez inserida justamente para o escopo acima, por vezes tanto o Direito Interno utiliza da nomenclatura geralmente usada pelo Direito Internacional, como o inverso também se faz verdadeiro.

É sobretudo importante assinalar que se formos partir da premissa idealizada doutrinariamente de que os Direitos Humanos se referem ao Direito Internacional, enquanto que os Direitos Fundamentais acenam para o Direito Interno, podemos trazer uma importante diferença entre ambos, qual seja, os Direitos Humanos só poderiam ser exigidos internamente se fossem internalizados, enquanto que os Direitos Fundamentais sempre são exigíveis.

Sendo assim, para grande parte dos doutrinadores brasileiros a expressão direitos humanos, que na verdade consiste na tradução da expressão “*human rights*”, prevista na Carta das Nações Unidas, são aqueles encartados em documentos internacionais, ao passo que os direitos fundamentais são aqueles previstos em Constituições internas.

O professor André de Carvalho Ramos não concorda com o que foi exposto acima, uma vez que entende que a evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos não se coaduna com tal diferenciação.

E é justamente nesse sentido que o referido doutrinador, com excelência faz a seguinte ensina que:

“No sistema interamericano e europeu de Direitos Humanos, os direitos previstos em tratados podem também ser exigidos e os Estados podem ser cobrados pelo descumprimento de tais normas”. (...) ponto de aproximação entre ‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’ está no reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos pelo Brasil, que deve agir na falha do Estado brasileiro em proteger os direitos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos. Logo, a efetividade dos direitos humanos é assegurada graças a uma sentença internacional irrecorrível, que deve ser implementada pelo Estado brasileiro (art. 68.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos).²⁸

²⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. p. 163.

²⁸ CARVALHO RAMOS, André. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo. Editora Saraiva. 2015. Pág. 51-52.

Com esses dizeres, não se pode deixar de olvidar que existe forte aproximação entre o Direito Internacional e o Direito brasileiro, a fim de justamente privilegiar os direitos humanos.

Prova disso é justamente o que disse o doutrinador na citação supramencionada, pois ao detalharmos a explicação do mesmo, verificaremos uma situação inusitada e por demais importante: como podemos falar em separação entre direitos humanos, que se fosse termo e espécie apenas de direito internacional não teria força vinculante, e direitos fundamentais, que segundo parte da doutrina é termo de uso exclusivo de Direito Interno e que possui total e irrestrita força vinculante se, devido a alguns instrumentos de proteção à tais direitos (independentemente da nomenclatura ofertada), os direitos humanos passaram a ter força vinculante.

Nesse contexto, vale lembrar que o art. 5º, § 3º da Constituição Federal previu um rito especial para a aprovação de tratados de direitos humanos. Ou seja, se o tratado for aprovado por maioria de três quintos e em dois turnos em cada Casa do Congresso Nacional, tal tratado de direitos humanos será equivalente à emenda constitucional. Será compreendido como norma constitucional o que afirma que as diferenças terminológicas não possuem tanta relevância assim.

Em outras palavras, André de Carvalho Ramos assevera que *“(...) um direito previsto em tratado (direitos humanos) será considerado um direito constitucional (direito fundamental).”*²⁹

Na tentativa de conseguir verificar uma diferença realmente importante entre as terminologias em estudo Erival da Silva Oliveira e Rosa Maria Rodrigues Vaz lecionam que:

“(...) quando os direitos humanos e ou fundamentais são previstos em tratados ou documentos internacionais, recebem a designação de “direitos humanos”. Desse modo, pode-se afirmar que o direito à vida e à liberdade por estarem previstos no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e na Convenção Americana de Direitos Humanos, entre outros tratados, são considerados direitos humanos”.³⁰

²⁹CARVALHO RAMOS. op.cit. pág. 52.

³⁰SILVA OLIVEIRA, Erival da; RODRIGUES VAZ, Rosa Maria. Manual Funcional de Direitos Humanos para Concursos. 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pág. 15.

Já sabemos que a diferença terminológica é apenas para diferenciar o âmbito de aplicação e o estudo desses direitos. Mas como procuramos definir o que vinha a ser “direitos humanos”, faremos o mesmo com os chamados “direitos fundamentais”. Os direitos fundamentais devem ser compreendidos como àqueles que constituem uma esfera própria e autônoma dos cidadãos, sendo inerente à sua condição de “ser humano”. É, pois o conjunto de valores, atos e normas que propiciem a todos uma vida digna.

Apesar de ser a nomenclatura escolhida para se atentar para o Direito Interno, o Direito Internacional, como visto oportunamente, não raras vezes acaba por utilizá-la.

André de Carvalho Ramos diz que:

“(…) vários desses direitos previstos nacionalmente foram também previstos internacionalmente. Os direitos fundamentais espelham, então, os direitos humanos. Assim, uma interpretação nacional sobre determinado direito poderá ser confrontada e até corrigida internacionalmente (...) Caso da Guerrilha do Araguaia (divergência de interpretação entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos).³¹

Devemos tomar o cuidado de realçar que o sentido usado aqui, bem como em vários documentos internacionais de “cidadão”³² não é propriamente o sentido usado pela nossa Constituição Federal, quando tratamos de Direitos Políticos. Os direitos fundamentais são muito mais abrangentes do que meramente os direitos políticos. Senão vejamos:

Em rápidas pinceladas, convém destacar que todo ser humano faz *jus* aos chamados direitos fundamentais como um todo, tanto os brasileiros (natos ou naturalizados), como os estrangeiros residentes ou não, v.g. direito à vida, toda pessoa humana é detentora desse direito desde a sua concepção.

Já, os direitos políticos – que de certa forma também podem ser compreendidos como direitos fundamentais, mas de forma restrita, pois como vimos acima, somente podem exercê-los os cidadãos – são caracterizados por uma feição democrática.

³¹CARVALHO RAMOS. op.cit. pág. 52.

³² Cidadão para a Constituição Federal (ao se tratar dos Direitos Políticos) pode ser definido como sendo a pessoa física, nacional (nato ou naturalizado), no pleno exercício de seus direitos políticos. Em outras palavras, é o alistamento eleitoral e, por conseguinte, a obtenção do título de eleitor que fornece ao brasileiro a condição de cidadão, podendo este exercer, desde já, alguns (e não em sua

Neste momento, cumpre fazer duas rápidas, mas importantes observações, quais sejam: 1- ao fazermos as referências dos dois parágrafos acima, estamos nos referindo precisamente aos direitos humanos fundamentais vistos pelo nosso ordenamento jurídico; 2- nenhum direito é absoluto. Essas são duas premissas basilares para o decorrer do nosso trabalho.

Conforme ensinamentos do Professor Alexandre de Moraes:

“a noção de direitos fundamentais é mais antiga que o surgimento da ideia de constitucionalismo, que tão-somente consagrou a necessidade de insculpir um rol mínimo de direitos humanos em um documento escrito, derivado diretamente da soberana vontade popular.”³³

O conceito “direitos fundamentais” remete-nos à ideia de direito objetivamente vigente em uma ordem jurídica concreta, de direito positivo. Por sua vez, os direitos públicos subjetivos são vinculados a ideia de um modelo estatal específico (Estado Liberal), para expressar “a situação jurídica subjetiva do indivíduo em relação ao Estado” e às entidades públicas, como sinônimo de autolimitação estatal, pois dada pelo próprio direito do Estado, pelo direito positivo.³⁴

Ressalte-se também a importância de fazermos uma distinção entre os direitos fundamentais e os direitos da personalidade, já que, anteriormente, afirmamos que o segundo pode ser compreendido como espécie do primeiro. Vale a pena trazer à baila o entendimento do jurista Jorge Miranda a respeito dos direitos de personalidade:

“(...) são posições jurídicas fundamentais do homem que ele tem pelo simples facto (sic) de nascer e viver; são aspectos imediatos da exigência de integração do homem; são condições essenciais ao seu ser e devir; revelam o conteúdo necessário da personalidade; são direitos de exigir de outrem o respeito da própria personalidade; têm por objeto (sic), não algo de exterior ao sujeito, mas modos de ser físicos e morais da pessoa, ou bens da personalidade física, moral e jurídica”³⁵

André Ramos Tavares ensina que:

“A expressão ‘direitos fundamentais’ em muito se aproxima da noção de direitos naturais, no sentido de que a natureza humana seria portadora de

plenitude) dos seus direitos políticos.

³³MORAES Alexandre de. Direito Constitucional. 23. edição. São Paulo: Atlas, 2008, pág. 19.

³⁴SILVA, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional Positivo, 18ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000, p. 180.

³⁵Jorge Miranda, Manual de Direito Constitucional, t. IV, p.55-56.

certo número de direitos fundamentais. Contudo, sabe-se que não há uma lista imutável dos direitos fundamentais, que variam no tempo. Daí a inadequação do termo”³⁶

Em síntese, podemos concluir dizendo que os direitos fundamentais são a união e a reunião dos direitos do homem no ordenamento jurídico de um Estado. Porém, não basta que estes direitos sejam positivados é essencialmente necessário que tenham efetividade, pois caso contrário seria uma afronta ao próprio Estado Democrático de Direito.

Segundo Santiago Willis:

“Os direitos fundamentais são o que há de se considerar como mais importante hoje em dia porque o Direito de um Estado Democrático deve ser constituído (e desconstituído) tendo como parâmetro o aperfeiçoamento de sua realização”.³⁷

Bom, como vimos, a diferença terminológica havida entre “direitos humanos” e “direitos fundamentais” já foi resolvida, pois concluímos que embora se tratem de um mesmo direito, doutrinariamente, pacificou-se entendimento que o primeiro se refere ao Direito Internacional e o segundo ao Direito Interno.

Consta-se, porém, não uma diferença, mas uma característica inerente aos chamados direitos fundamentais, na medida em que estes são mais amplos, podendo abranger não só os direitos do homem, considerado em sua individualidade, mas todos os direitos consagrados na Constituição.³⁸

Na verdade, essa amplitude advém da impossibilidade de o legislador originário prever todos os direitos e garantias fundamentais, dado que eles surgem a todo instante e demandam cada vez mais uma maior proteção.

Desse modo, podemos dizer que se trata de um rol exemplificativo, portanto aberto, podendo o intérprete operador do direito tendo em vista a realidade que o rodeia ampliar a análise dos fatos, a fim de que aquela situação esteja amparada pelo direito constitucional.

Observe-se que, diante deste contexto, os Professores Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior nos ensinam que

³⁶ TAVARES. op.cit. pág. 349.

³⁷ WILLIS, Santiago Guerra Filho (Coord). Dos direitos humanos aos direitos fundamentais. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1997, pág. 36.

³⁸ WILLIS, Santiago Guerra Filho (Coord). Dos direitos humanos aos direitos fundamentais. Porto

“direitos e garantias fundamentais constituem um amplo catálogo de dispositivos, onde estão reunidos os direitos de defesa do indivíduo perante o Estado, os direitos políticos, os relativos à nacionalidade e os direitos sociais, dentre outros”.³⁹

Porém, as adversidades terminológicas vão além das expressões já analisadas.

De forma sucinta, porém clara de entender, o Professor André de Carvalho Ramos definiu cada uma das diversas terminologias da forma que passaremos a verificar. Senão vejamos:

“DIREITO NATURAL: Opção pelo reconhecimento de que esses direitos são inerentes à natureza do homem. Conceito ultrapassado ante a constatação da historicidade desses direitos;
 DIREITOS DO HOMEM: Retrata a mesma origem jusnaturalista da proteção de determinados direitos do indivíduo, no momento histórico de sua afirmação perante o Estado autocrático europeu no seio de suas revoluções liberais;
 DIREITOS INDIVIDUAIS: Terminologia tida como excludente, pois só abarcaria o grupo de direitos denominados de primeira geração ou dimensão, mas não os vários outros direitos, que não se amoldam nesse termo;
 LIBERDADE PÚBLICA: Terminologia tida como excludente, pois não englobaria os direitos econômicos e sociais;
 DIREITOS PÚBLICOS SUBJETIVOS: Termo cunhado pela escola alemã de direito público do século XIX, sugere direitos contra o Estado (conjunto de direitos que limita a ação estatal em benefício do indivíduo);
 DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS: Terminologias mais utilizadas. São comumente assim diferenciados: direitos humanos: matriz internacional, sem força vinculante; direitos fundamentais: matriz constitucional, com força vinculante gerada pelo acesso ao Poder Judiciário. A distinção, porém, está ultrapassada (...)”.⁴⁰

Para ilustrar o acima informado, vale a pena mencionar conceitos trazidos por Celso Ribeiro Bastos em seu Dicionário de Direito Constitucional, no verbete “Direitos Humanos”, na diferenciação entre Direitos Individuais e Liberdades Públicas, senão vejamos:

“DIREITOS INDIVIDUAIS

I – Definição

Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1997, pág. 36.

³⁹NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; ARAÚJO, Luiz Alberto David. Curso de Direito Constitucional, 18ª edição. Editora Verbatim, São Paulo. 2014, pág. 69.

⁴⁰CARVALHO RAMOS. op.cit. pág. 52-53.

Também denominados direitos humanos, coletivos ou garantias fundamentais. Trata-se da, aqueles bens elementais inerentes à dignidade da pessoa humana assegurados pela Constituição a cada indivíduo e à coletividade (...).

LIBERDADES PÚBLICAS

I – Noções gerais

Dá-se o nome de liberdades públicas, de direitos humanos ou individuais àquelas prerrogativas que tem o indivíduo em face do Estado (...)⁴¹.

Sendo assim, podemos concluir que na opinião desse autor, essas definições acima apontadas referem-se ao mesmo tema.

Com o fim da conclusão desse item, cumpre apenas concluir que muito embora boa parte da doutrina interna e internacional ainda diferencie as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, vistas exaustivamente no decorrer do presente capítulo, seguimos o entendimento do Professor André de Carvalho Ramos, rematando que atualmente não faz mais sentido referidas distinções devido, basicamente, à penetração dos direitos humanos no plano nacional; à força vinculante dos direitos humanos, graças ao reconhecimento da jurisdição de órgãos com a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Porém, tomamos a liberdade de inserir mais um argumento aos já pontuados pelo douto doutrinador, qual seja, o fato de o mundo não poder simplesmente ignorar o fato de que estamos vivendo em um momento de transição. A globalização está cada vez mais acentuada, seja na economia, seja, seja no agronegócio, seja até mesmo em questões ambientais.

Nessa medida, vários são os aspectos que passaram a fazer com que os Direitos Humanos passassem a ser um ramo complexo e multisetorial, sendo importante não só para o Direito Internacional mas, de igual importância para o Direito Interno.

Apesar de parecer absurda as constatações que serão aduzidas na sequência, ainda mais se pararmos para lembrar que estamos em pleno século XXI, inúmeras são as formas nítidas de supressão à dignidade humana e, por conseguinte, aos direitos humanos, v.g. surgiram novas formas de escravidão, abusos contra os direitos humanos, tráfico de pessoas, tráfico de drogas, desvio de dinheiro, fome generalizada em alguns países, lavagem de capitais, organizações criminosas de diversas espécies, dentre outros.

Tais problemas não ficam presos na barreira fictícia do manto da soberania de seu País. Muito pelo contrário, tais problemas, dentre outros, ultrapassam qualquer limite territorial, qualquer fronteira, qualquer soberania. Aliás, tais problemas ferem por completo os direitos humanos de todas as populações de todo e qualquer País.

E, em assim sendo, resta claro que se os conflitos, crimes e desobediência aos direitos humanos a todos afetam, em contrapartida, as medidas cabíveis para suprimir tais problemas não só podem como devem ultrapassar qualquer barreira, qualquer soberania.

Isso porque apesar de não restar dúvidas que a Soberania e a autodeterminação dos povos devem sempre ser respeitados, devemos ter a consciência de que tais regras não são absolutas a partir do momento de que o que está em questão é um direito maior, que a todos indiscriminadamente afeta, que é justamente os direitos humanos.

1.2- Diferenças entre: Direito Internacional dos Direitos Humanos, Direito Internacional Humanitário e Direito Internacional dos Refugiados:

Sem a pretensão de esgotar o tema, entendemos por bem fazer uma modesta distinção entre três sub-ramos específicos do Direito Internacional Público, haja vista que, como dito anteriormente, o termo “direitos humanos”, pelo menos para parte da doutrina, está relacionado com o Direito Internacional, e, a fim de não dar margem para nenhuma confusão com as nomenclaturas que ora passaremos a estudar, iremos conceituar e distinguir cada uma delas.

Como visto o Direito Internacional Público possui três subespécies, quais sejam, o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), o Direito Internacional Humanitário (DIH) e o Direito Internacional dos Refugiados (DIR).

Estes três sub-ramos do Direito Internacional Público, para ter verdadeira eficácia, deverão agir em comunhão, uma vez que o único objetivo de suas existências é a proteção integral do ser humano.

⁴¹ BASTOS, Celso Ribeiro. Dicionário de D. Constitucional. SP: Saraiva, 2010. pág.. 47-48 e 105.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) tem o fito de proteger o ser humano em todo e qualquer aspecto, incluindo, inclusive, os direitos civis e políticos e também direitos sociais, econômicos e culturais. Por tal razão, muitos cientistas do Direito acreditam que este sub-ramo, em relação aos outros dois, é o mais abrangente.

Por sua vez, o Direito Internacional Humanitário (DIH) visa à proteção ao ser humano sempre que existir um conflito armado, independentemente deste ser interno ou internacional.

Aqui é cabível ressaltar que o próprio conceito e finalidade deste sub-ramo corrobora o que estávamos falando durante quase todo presente capítulo, que é justamente o fato de ser ultrapassada a tese de separação que muitos ainda sustentam entre os “direitos humanos” (*lato sensu*) e os direitos fundamentais, haja vista que na atual realidade mundial maior proteção dos direitos humanos no plano nacional, bem como maior facilidade de internalização de normas internacionais.

No tocante ao Direito Internacional dos Refugiados cumpre verificar que tem o objetivo de proteger o chamado refugiado, desde a saída do local de residência, passando pelo pedido de concessão de asilo e culminando na concessão e segurança do refugiado.

Conforme a lição sempre precisa do Professor André de Carvalho Ramos:

“Na visão tradicional, a inter-relação entre esses ramos é a seguinte: ao DIDH incumbe a proteção do ser humano em todos os aspectos, englobando direitos civis e políticos e também direitos sociais, econômicos e culturais; já o DIH foca na proteção do ser humano na situação específica dos conflitos armados (internacionais e não internacionais); finalmente, o DIR age na proteção do refugiado, desde a saída do seu local de residência, trânsito de um país a outro, concessão do refúgio no país de acolhimento e seu eventual término”.⁴²

II- PRINCIPAIS REGRAS DE INTERPRETAÇÃO E RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE OS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS:

A Constituição Federal vigente em nosso ordenamento jurídico, talvez pelo fato de historicamente, ser a primeira Constituição Federal democrática advinda após um longo e complexo período de ditadura militar, buscou de todas as maneiras

⁴²CARVALHO RAMOS. op.cit. pág. 144.

privilegiar os chamados direitos fundamentais – parte da doutrina, na qual nos filiamos, também os denominam de direitos humanos.⁴³

Ou seja, até a Constituição de 1988 havia um título próprio que tratava dos então denominados “direitos das pessoas”. Tais direitos nunca foram tratados no início de nenhuma outra Constituição Federal. Atualmente, os agora chamados “direitos fundamentais” estão topologicamente bem posicionados no início do Texto Constitucional.

Outro fato interessante de ser lembrado é que o rol dos direitos trabalhistas nas Constituições anteriores não integrava o capítulo pertencente ao “direito das pessoas” e sim, estavam abarcados no Título “Da ordem econômica”, como se os direitos trabalhistas não fossem direitos dos indivíduos. Claramente, tais Textos Constitucionais, encaravam o indivíduo e seu trabalho apenas como meio de o Estado angariar riquezas, não privilegiando o trabalho em si da pessoa trabalhadora. Mas, o legislador constituinte de 1988 fez um compilado e uma logística acerca dos direitos das pessoas – que passaram também a englobar os ora denominados direitos fundamentais, reunindo-os no Título II “Direitos e Garantias Fundamentais”.

Neste momento, cumpre destacar que, tal como dito acima, os direitos fundamentais estão reunidos no Título II conhecido como “Direitos e Garantias Fundamentais”, porém nem todos.

Isso porque existem três ponderações a serem feitas para que possamos dar prosseguimento ao nosso estudo. Vejamos: 1- existem direitos fundamentais esparsos no Texto Constitucional, ou seja, que estão inseridos na Constituição, mas que não estão arrolados no Título II supramencionado – o que por vezes, acarreta inumeráveis discussões doutrinárias e jurisprudências a fim de verificar se, aquele dado direito é ou não classificado como fundamental; 2- o Título II (Direitos e Garantias Fundamentais) previu um rol meramente exemplificativo, mesmo porque, como já nos é sabido, com a evolução humana outros direitos podem passar a vir a ser essenciais ao indivíduo; 3- os direitos elencados na Constituição de 1988, não excluem outros direitos decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou

⁴³ Aliás, como já verificado a CF de 1988, a fim de definir e arrolar os direitos fundamentais se utilizou várias outras terminologias, tais como, direitos humanos, direitos e garantias fundamentais; direitos e liberdades fundamentais; direitos e liberdades constitucionais; direitos e garantias fundamentais; direitos fundamentais da pessoa humana; direitos da pessoa humana; direitos e garantias individuais.

dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, como está disposto em seu artigo 5º, § 2º.⁴⁴

Convém corroborar que, o legislador originário, além de antepor os dispositivos constitucionais que visam à proteção dos direitos em análise, como forma de demonstrar sua necessidade, sua importância, bem como reafirmar a democratização do País, buscou, também, uma ampla garantia de efetividade. Note-se que, até essa redemocratização, os direitos e garantias dos cidadãos eram em quase sua totalidade suprimida no período ditatorial.

Assim, o grande traço diferencial do atual ordenamento jurídico é a anteposição dos direitos fundamentais. Aliás, a Constituição brasileira de 1988 introduziu em seu Texto Constitucional os direitos fundamentais antes mesmo da organização do Estado.

Todavia, o fato de a enunciação dos direitos fundamentais terem sido tratados em primeiro plano traz uma mensagem subliminar do legislador originário, qual seja a sua posição *jusnaturalista*.

Essa afirmação pode ser feita a partir do momento que fizermos uma conexão com o que foi analisado no capítulo precedente. E, assim sendo, basta lembrar-se do pensador iluminista Jean-Jaques Rousseau, o qual ao falar sobre o “Contrato Social” apresentava a ideia de que mesmo antes de organizarem-se politicamente em um Estado, as pessoas já possuíam direitos inerentes à sua condição humana, como por exemplo, o direito à vida, à liberdade, dentre outros.

E, a partir desse pensamento passou-se a verificar que a Constituição deveria obedecer a uma ordem estrutural lógica, na medida em que o que passamos a vivenciar é que não é o indivíduo que precisa do Estado e sim o Estado que precisa do indivíduo.

Destarte, compreende-se do Texto Constitucional que, após o preâmbulo, há o Título I que são previu os princípios fundamentais; os elementos limitativos (enunciação dos elementos fundamentais) estão no Título II; os elementos organizacionais (organização dos Estados e dos poderes) estão no título III e IV; os elementos de estabilização constitucional estão esparsos na Constituição e os

⁴⁴Art. 5º, §2º CF: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

elementos formais de aplicabilidade, de igual modo, se encontram esparsos no Texto.

Diante desse contexto, Ingo Wolfgang Sarlet esclareceu que:

“Os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma do Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material”.⁴⁵

O Professor Alexandre de Moraes afirma que:

“A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu Título II os direitos e garantias fundamentais, subdividindo-os em cinco capítulos: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos. Assim, a classificação adotada pelo legislador constituinte estabeleceu cinco espécies ao gênero direitos e garantias fundamentais: direitos e garantias individuais e coletivos; direitos sociais; direitos de nacionalidade; direitos políticos; e direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos”.⁴⁶

A estrutura da atual Constituição brasileira é apropriada e coerente. Mas apesar disso, acarreta muita polêmica acerca do fato de existirem outros direitos fundamentais esparsos no Texto Constitucional, bem como direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela própria Constituição, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, como está disposto em seu artigo 5º, § 2º.

Após breve apanhado, podemos concluir que o nosso ordenamento jurídico pátrio possui um rol amplo de direitos fundamentais.

Segundo o André de Carvalho Ramos:

“A intensa abertura do ordenamento jurídico brasileiro aos direitos humanos é comprovada pela existência de amplo rol de direitos previstos na Constituição e nos tratados de direitos humanos. Como a nossa Constituição é compromissária, ou seja, alberga em seu texto diferentes visões e valores, os direitos nela previstos também são de diferentes matizes, relacionando-se quer à lógica da preservação da liberdade (direitos de 1ª geração), quer à lógica da igualdade (direitos de 2ª geração), bem como à lógica da solidariedade (direitos de 3ª geração)”.⁴⁷

⁴⁵SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, pág.59-60.

⁴⁶MORAES Alexandre de. Direito Constitucional. 23. edição. São Paulo: Atlas, 2008, pág. 31.

⁴⁷CARVALHO RAMOS, André de. Curso de Direitos Humanos. São Paulo. Editora Saraiva. 2015. Pág. 109.

Assinale-se que na citação acima houve destaque para direitos de primeira, segunda e terceira geração. Todavia, apenas fizemos menção dessa classificação, pois a explicação será vista posteriormente em momento oportuno. Por hora, basta termos em mente que no Brasil existe uma vasta gama de direitos fundamentais previstos de diversas formas e que, justamente por isso, e pelos demais fatores que serão levantados, pode haver um aparente conflito entre tais direitos.

André de Carvalho Ramos ainda complementa sua linha de pensamento dizendo que:

“Além do caráter compromissário, os direitos previstos na Constituição e nos tratados internacionais são redigidos de forma imprecisa, com uso frequente de conceitos indeterminados, como ‘intimidade’, ‘devido processo legal’, ‘ampla defesa’, entre outros, que podem ser interpretados de modo ampliativo, atingindo facetas novas da vida social, a depender da interpretação”.⁴⁸

Se por um lado é extremamente interessante que exista a previsão de vários direitos fundamentais em diversos documentos jurídicos internos e internacionais, na medida em que fornece uma ampla proteção jurídica aos indivíduos, por outro lado, essa amplitude pode ofertar uma verdadeira insegurança jurídica proporcionando restrições e supressões aos mesmos direitos desses indivíduos.

Outro fator que pode trazer à tona a insegurança jurídica mencionada é justamente às diversas e distintas interpretações que podem ser dadas à casos semelhantes, principalmente quando nos deparamos à conceitos jurídicos indeterminados.

Em consonância com o aludido André de Carvalho Ramos aduz que:

“Salta aos olhos que qualquer atividade humana pode ser encaixada em normas de direitos humanos referente à vida digna, igualdade e justiça social e liberdades das mais diversas. A depender da interpretação e compreensão do conteúdo dos direitos humanos podem ser criadas justificativas para determinadas ações humanas e para a imposição de deveres de proteção por parte do Estado e de terceiros”.⁴⁹

⁴⁸CARVALHO RAMOS, André de. Curso de Direitos Humanos. São Paulo. Editora Saraiva. 2015. Pág.109

⁴⁹CARVALHO RAMOS, André de. Curso de Direitos Humanos. São Paulo. Editora Saraiva. 2015. Pág.109

Pois bem, pelo fato de existir uma gama imensa de previsão normativa sobre direitos fundamentais, aliado ao fato de, por haver muitos conceitos jurídicos indeterminados ou até mesmo quando determinados, gerando a possibilidade de interpretações muito dispares para situações muito iguais é que se fala em possibilidade de conflitos entre direitos humanos ou fundamentais.

No entanto, esse conflito é apenas e tão somente aparente tal como veremos na sequência.

Em relação a esse conflito aparente, André de Carvalho Ramos expõe que:

“Essa verdadeira *jusfundamentalização* do direito, inclusive atingindo relações entre particulares (eficácia horizontal dos direitos humanos), gera conflitos aparentes entre direitos de titulares diversos, exigindo do intérprete sólida argumentação jurídica sobre os motivos da prevalência de um direito em detrimento de outro, em determinada situação”.⁵⁰

O mesmo doutrinador corrobora seu pensamento dizendo que *“Não é mais possível que o intérprete apele para fórmulas vazias de reiteração da ‘dignidade humana’ quando, no caso concreto, ambos os interesses em choque revelam direitos de titulares distintos.”*⁵¹

Não se pode perder de vista que os direitos humanos (fundamentais) possuem limites, fazendo com que não haja o conflito na concretude da aplicação destes. Ou seja, na solução de um caso concreto jamais haverá esse conflito, posto que o próprio sistema já identificou possibilidades de resolvê-los. E é por isso que falamos em conflito “aparente”, haja vista que na realidade ele inexistente.

Existem limites posto já pelo legislador no tocante ao possível conflito com os outros direitos igualmente previstos.

Além disso, quanto aos direitos fundamentais, independentemente de possuírem ou não limitação expressa inexistente qualquer tipo de conflito, uma vez que não existe, conforme doutrina e jurisprudência pátria, direitos absolutos.

Em síntese, portanto, podemos dizer que não há que se falar em conflito entre direitos humanos (fundamentais), seja pelo fato de o legislador ter limitado a abrangência da norma evitando, por conseguinte referido conflito – solução esta que se encontra principalmente em relação às normas de direito internacional -, seja pelo

⁵⁰CARVALHO RAMOS, André de. Curso de Direitos Humanos. São Paulo. Editora Saraiva. 2015. Pág.109

⁵¹CARVALHO RAMOS, André de. Curso de Direitos Humanos. São Paulo. Editora Saraiva. 2015. Pág.109

fato de não existir direito absoluto, devendo o aplicador do Direito usar da razoabilidade e da proporcionalidade a fim de solucionar a lide.

Segundo Canotilho:

“(...) a colisão autêntica de direitos fundamentais se dá em caso de choque ou conflito no exercício de direitos fundamentais de titulares diferentes, ao passo que a colisão de direitos em sentido impróprio se passa com o choque ou conflito no exercício de direitos fundamentais com outros bens protegidos pela Constituição.”⁵²

Por fim, resta constatar que na verdade, ainda que inicialmente dois direitos fundamentais (tanto na seara interna como na seara internacional) estejam se confrontando, deve-se compreender que, na verdade há técnicas solúveis para verificar, mediante o caso concreto, qual dos direitos deve prevalecer. Inexiste, portanto, conflito real e sim, meramente aparente.

Contudo, um cuidado deve ser tomado. Com o que foi exposto no presente capítulo, não quer dizer que exista um direito mais importante que outro de forma incontestável e objetiva. Na verdade, deve-se verificar o caso concreto antes de verificar a preponderância de um direito em face do outro.

⁵² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição. 5ª edição. Coimbra: Almedina, 2002, pág. 1251-1252.

III- AS CHAMADAS GERAÇÕES OU DIMENSÕES DE DIREITOS HUMANOS

Preliminarmente, convém ponderar que as chamadas gerações ou dimensões de Direitos Humanos se referem apenas e tão somente a uma divisão didática, ou seja, feita por estudiosos com o escopo de facilitar o estudo da ciência desses direitos. Isso se faz lógico se nunca perdermos de vista de que, em primeiro lugar o direito é uno e, em segundo lugar pelo fato de que tais gerações buscam demonstrar e relatar quais eram os direitos mais valorizados em determinados períodos históricos e, por conseguinte, o porquê dessa valorização.

Ou seja, cada período histórico que, no primeiro capítulo fizemos uma rápida digressão, demonstrou-se frágil em certas facetas sociais, necessárias e basilares para o ser humano. Perante essa notória fragilidade, buscou-se fortalecer esses direitos que estavam frágeis ou eram inexistentes a fim de, aos poucos, ofertar maior estabilidade e segurança jurídica aos direitos humanos, os quais estavam nascendo. Estavam começando a serem reconhecidos. Passo a passo. Direito por direito. Até que hoje culminamos em um verdadeiro ramo do Direito conhecido como “direitos humanos”.

Contudo, como a vida humana e a sociedade é dinâmica seria ilógico e impossível admitir que todos os direitos necessários para uma vida digna, que consubstanciam esse ramo, já foram assegurados. Muito pelo contrário. A cada episódio mundial, a cada evolução humana, surgem problemas inatos ao ser humano e, com isso, deverão surgir garantias e direitos novos para salvaguardar a dignidade desse indivíduo.

Assim, a natureza humana é insaciável, inesgotável, o que explica estarem em constante redefinição e recriação, o que por sua vez determina o surgimento de novas necessidades humanas

Porém, a doutrina diverge quanto ao uso do termo dimensão ou geração.

Canotilho entende que:

“É discutida a natureza destes direitos. Critica-se a pré-compreensão que lhes está subjacente, pois ela sugere a perda de relevância e até a substituição dos direitos de primeiras gerações. A ideia de generalidade geracional também não é totalmente correta: os direitos são de todas as gerações. Em terceiro lugar, não se trata apenas de direitos com um suporte coletivo – o direito dos povos, o direito da humanidade. Neste sentido se fala de *solidarityrights*, de direitos de solidariedade, sendo certo que a solidariedade já era uma dimensão ‘indimensionável’ dos direitos

econômicos, sociais e culturais. Precisamente por isso, preferem hoje os autores falar de três dimensões de direitos do homem e não de três gerações.”⁵³

Contudo, com o devido respeito, na realidade a maioria dos autores, seguidos inclusive pelo Supremo Tribunal Federal utiliza o termo “gerações.”

Interessante se torna saber como que surgiu a ideia de subdividir e classificar os direitos essenciais dos indivíduos em gerações.

Desta feita, André de Carvalho Ramos leciona que:

“A Teoria das gerações dos direitos humanos foi lançada pelo jurista francês de origem checa, Karel Vasak, que, em Conferência proferida no Instituto Internacional de Direitos Humanos de Estrasburgo (França), no ano de 1979, classificou os direitos humanos em três gerações, cada uma com características próprias”.⁵⁴

Desse modo, ao longo da história os inúmeros movimentos e acontecimentos ocorridos colaboraram de maneira expressiva para o surgimento e implantação dos direitos humanos. Podemos mencionar a consagração dos direitos civis, dos direitos políticos, dos direitos sociais básicos e econômicos, dos direitos coletivos dentre outros.

Os direitos de “primeira geração” devem ser compreendidos como sendo aqueles direitos e garantias que visam resguardar, em especial, as chamadas políticas públicas, v.g. direito à vida, à liberdade, à expressão e à locomoção.

Observe-se que os direitos oriundos das Revoluções Americana de 1776 e a Francesa de 1789 abrangem o direito à vida, à liberdade e à propriedade. E são justamente estes que podem ser denominados como sendo os primeiros direitos a serem positivados, assim sendo, chamados de direitos de primeira geração. Teve sua origem alinhada nas Revoluções liberais, como por exemplo, a Magna Carta de 1215, Habeas Corpus Act (1679), Declaração dos Direitos dos Homens e dos Cidadãos (1789).

Sarlet corrobora dizendo que:

⁵³CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 5.ed. Coimbra Portugal: Almedina, 2002, pág. 387. CARVALHO RAMOS, André de. Curso de Direitos Humanos. São Paulo. Editora Saraiva. 2015. Pág. 55.

⁵⁴VASAK, Karel. For the third generation of humans right, 1979, *apud* CARVALHO RAMOS, André de. Curso de Direitos Humanos. São Paulo. Editora Saraiva. 2015. Pág. 55.

“Os direitos fundamentais de primeira dimensão têm inspiração *jusnaturalista* e contemplam uma série de liberdades, como as de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação, bem como asseguram o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva, revelando desse modo, a íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia”.⁵⁵

Por sua vez, André de Carvalho Ramos completa seus ensinamentos lecionando que:

“A primeira geração engloba os chamados direitos da liberdade, que são direitos às prestações negativas, nas quais o Estado deve proteger a esfera de autonomia do indivíduo. São denominados também de ‘direitos de defesa’, pois protegem o indivíduo contra intervenções indevidas do Estado, possuindo caráter de distribuição de competências (limitação) entre o Estado e o ser humano”.⁵⁶

Já, Paulo Bonavides diz que:

“Os direitos de primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdade ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”.⁵⁷

Portanto, os direitos compreendidos como sendo de primeira geração tem por escopo o âmbito de liberdade ofertada a cada indivíduo. Concomitantemente à este fato, esta mesma primeira geração também tem por objetivo estruturar o modo de organização do Estado e seu poder, sendo como uma espécie de proteção ao indivíduo.

Sendo assim, são os direitos de primeira geração àqueles compostos por direitos civis e políticos.

André de Carvalho Ramos leciona que:

"Por regras a atuação do indivíduo, delimitando o seu espaço de liberdade e, ao mesmo tempo, estruturando o modo de organização do Estado e do seu

⁵⁵SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, pág. 48-49.

⁵⁶CARVALHO RAMOS, André de. Curso de Direitos Humanos. São Paulo. Editora Saraiva. 2015. Pág.55.

⁵⁷BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 24a edição. São Paulo: Malheiros, 2009, pág. 563-564.

poder, são os direitos de primeira geração compostos por direitos civis e políticos. Por isso, são conhecidos como direitos (ou liberdades) individuais tendo como marco as revoluções liberais do século XVIII na Europa e nos Estados Unidos (vide a revolução histórica dos direitos humanos). Essas revoluções visavam restringir o poder absoluto do monarca impingindo limites à atuação estatal. São, entre outros os direitos à liberdade, à igualdade, perante a lei, propriedade, intimidade e segurança, traduzindo o valor de liberdade. O papel do Estado na defesa dos direitos de primeira geração é tanto o tradicional papel passivo (abstenção em violar os direitos humanos, ou seja, as prestações negativas) quanto ativo, pois há de se exigir ações do Estado para garantia da segurança pública, administração da justiça, entre outras".⁵⁸

Com referência aos direitos da segunda geração pode-se dizer que foram proclamados nas Constituições marxistas, na Constituição de Weimar, bem como dominaram por inteiro as Constituições do segundo pós-guerra. Ou seja, tais direitos propagam uma intensa modificação do papel do Estado, passando este a assumir uma posição mais ativa.

Contudo, uma coisa deve sempre se ter em mente: uma geração de direitos não exclui a precedente e, sendo assim, não é porque nesta nova fase se privilegiou novos direitos que os direitos anteriormente alcançados deixaram de ser protegidos e privilegiados.

Como afirmam Erival da Silva Oliveira e Rosa Maria Rodrigues Vaz ensinam que:

"Os direitos de segunda geração ou dimensão são os direitos sociais, econômicos e culturais que valorizam grupos de indivíduos tais como trabalhadores e aposentados (direito ao trabalho e ao seguro social, à subsistência, amparo à doença, à velhice entre outros). Espera-se uma posição positiva por parte do Estado viabilizando tais direitos. Seu eixo central está na igualdade de condições para os seres humanos".⁵⁹

Em contrapartida, André de Carvalho Ramos ensina com muita propriedade que:

"A segunda geração de direitos humanos representa a modificação do papel do Estado, exigindo-lhe um vigoroso papel ativo, além do mero fiscal das regras jurídicas. Esse papel ativo, embora indispensável para proteger os direitos de primeira geração, era visto anteriormente com desconfiança, por ser considerado uma ameaça aos direitos do indivíduo (...). Os direitos

⁵⁸CARVALHO RAMOS, André de. Curso de Direitos Humanos. São Paulo. Editora Saraiva. 2015. Pág.56.

⁵⁹SILVA OLIVEIRA, Erival da; RODRIGUES VAZ, Rosa Maria. Manual Funcional de Direitos Humanos para Concursos. 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pág. 56.

sociais são também titularizados pelo indivíduo e oponíveis aos Estado. São reconhecidos o direito à saúde, à educação, previdência social, habitação, entre outros, que demandam prestações positivas do Estado para seu atendimento e são denominados direitos de igualdade por garantirem, justamente às camadas mais miseráveis da sociedade, a concretização das liberdades abstratas reconhecidas nas primeiras declarações de direitos. Os direitos humanos de segunda geração são frutos das chamadas lutas sociais na Europa e nas Américas (...)"⁶⁰

No tocante aos denominados direitos de terceira geração, podemos afirmar que estes não estão relacionados ao homem individualmente, e, tampouco, a determinada classe social, tal como vimos com as gerações anteriores.

Na verdade, eles se encontram entrelaçados a interesses da coletividade, como a paz, a qualidade de vida, o direito à comunicação, ao desenvolvimento, direito ao meio ambiente e à conservação do patrimônio histórico cultural.

Conforme Erival da Silva Oliveira e Rosa Maria Rodrigues Vaz:

"Os direitos de terceira geração são conhecidos por direitos de fraternidade ou solidariedade e abrangem um meio ambiente equilibrado, a fraternidade entre os povos, além de outros interesses difusos. Desse modo, busca-se proteger um número indeterminado e indeterminável de pessoas. São enfatizados após a Segunda Guerra Mundial, principalmente com a criação da Organização das Nações Unidas (1945) e a internacionalização dos direitos humanos".⁶¹

Ao nos referirmos aos direitos de terceira geração, na verdade, estamos falando sobre os chamados direitos metaindividuais, direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Todos estes estão interligados ao princípio da solidariedade, cujos titulares são grupos ou categorias de pessoas, v.g., direitos da criança, direitos dos idosos, os direitos dos deficientes físicos e mentais, dentre outros.

André de Carvalho Ramos diz basicamente que:

"(...) os direitos de terceira geração são aqueles de titularidade da

⁶⁰ CARVALHO RAMOS, André de. Curso de Direitos Humanos. São Paulo. Editora Saraiva. 2015. Pág.56.

⁶¹SILVA OLIVEIRA, Erival da; RODRIGUES VAZ, Rosa Maria. Manual Funcional de Direitos Humanos para Concursos. 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pág. 57.

comunidade, como o direito ao desenvolvimento, direito à paz, direito à autodeterminação e, em especial, o direito ao meio ambiente equilibrado. São chamados de direitos de solidariedade. São oriundos da constatação da vinculação do homem ao planeta Terra, com recursos finitos divisão absolutamente desigual de riquezas em verdadeiros círculos viciosos de miséria e ameaças cada vez mais concretas à sobrevivência da espécie humana".⁶²

No final do século XX o Professor Paulo Bonavides sustenta haver os direitos de quarta geração, argumentando que:

"Deles dependem a concretização da sociedade aberta ao futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência".⁶³

É de se destacar que segundo o Professor Bonavides essa quarta geração de direitos está inteiramente interligada à globalização de direitos humanos.

Ademais, o doutrinador supramencionado ainda aduz a existência de uma quinta geração de direitos, a qual seria composta pelo direito à paz em toda humanidade. Convém consignar que, tais espécies de direitos, em um lapso de tempo anterior tinha sido classificado por Vasak como sendo de terceira geração.⁶⁴

Ressalte-se, porém, que há quem sustente ainda a existência de direitos de quinta e sexta geração, ligados, respectivamente ao futuro do ser humano em sentido amplo, como por exemplo, à paz universal e, ao futuro do indivíduo em sentido estrito, como por exemplo, o acesso à água potável.

Porém, parte da doutrina entende ser descomedida a criação de novas gerações de direitos, sustentando, basicamente, que a dificuldade em saber o conteúdo de novos direitos e sua eficácia.

Ademias, o Supremo Tribunal Federal adotou a chamada "Teoria Geracional". E, em síntese, referida teoria nada mais é do que passaremos, em rápidas pinceladas, a descrever. Senão vejamos:

"Os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) - que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais - realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos,

⁶²CARVALHO RAMOS, André de. Curso de Direitos Humanos. São Paulo. Editora Saraiva. 2015. Pág.57.

⁶³BONAVIDES, Paulo, Curso de Direito Constitucional. 24 edição. São Paulo: Malheiros, 2009, pág. 571.

⁶⁴BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 25 edição. São Paulo: Malheiros: 2010 pág. 571.

sociais e culturais) - que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas - acentuam o princípio da igualdade,, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo e desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma especial exaurabilidade".⁶⁵

O Ministro Celso de Mello se refere as gerações de direitos e garantias fundamentais da seguinte maneira

“enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade”⁶⁶.

Todavia, a mencionada "Teoria Geracional", nos dias atuais é por demais discutida e criticada, sendo que André de Carvalho Ramos explica o porquê dessa crítica. Vejamos quatro defeitos dessa teoria: 1-) fala erroneamente em "substituição" de uma geração por outra, o que na verdade não corre. Na realidade não há substituição e sim "complementação". A cada geração, mais direitos passam a ser compreendidos como indispensáveis; 2- a enumeração "primeira, segunda, terceira..." pode sugerir a ideia de posteridade de um rol em relação à outros, o que na verdade não ocorre, haja vista que, no Direito Internacional, à título de exemplo, os direitos sociais (segunda geração) foram consagrados em convenções internacionais de trabalho, antes mesmo que os próprios direitos de primeira geração; 3-) a teoria geracional é rechaçada por apresentar os direitos humanos de forma fragmentada e ofensiva à indivisibilidade; 4-) o uso dessa divisões entre direitos pode ser criticável em face das novas interpretações sobre o conteúdo dos direitos. Como classificar o direito à vida? ⁶⁷

Erival da Silva Oliveira e Rosa Maria Rodrigues Vaz explicam que *"O Brasil nas suas relações internacionais adota os princípios da não intervenção, da defesa*

⁶⁵MS 22.164, Rel. Celso de Mello, julgamento em 30 de outubro de 1995.

⁶⁶ STF – Pleno – MS nº22.164/SP – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 17 nov. 1995, p. 39. 206.

⁶⁷CARVALHO RAMOS, André de. Curso de Direitos Humanos. São Paulo. Editora Saraiva. 2015.

da paz, da solução pacífica dos conflitos (art. 4 , IV, VI e VII da CF) e desse modo adota direitos da quinta geração ou dimensão". ⁶⁸

Como visto oportunamente, há ainda doutrinadores que admitem a existência de direitos de sexta geração.

Nesse sentido, podemos citar Zulmar Fachin e Deise Marcelino da Silva que defendem o seguinte:

"(...) a existência de uma sexta dimensão de direitos que correspondem ao acesso de água potável, e desse modo, há o dever de receber do Estado e também da sociedade o tratamento adequado a fim de que seja preservado em benefício de todas as pessoas, quer das presentes, quer das gerações futuras".⁶⁹

Como já explicitado, essa subdivisão de gerações ou dimensões de direitos, na verdade, demonstra apenas e tão somente os direitos que passaram a ser privilegiados e salvaguardados com maior afincamento em determinado período histórico.

Todavia, isso não quer dizer que com a salvaguarda de outro direito, o precedente seja deixado de lado. Muito pelo contrário. A cada geração mais direitos passam a ser compreendidos como importante e vitais à própria dignidade humana.

Porém, na sequência de nossos trabalhos passaremos a verificar maior detalhamento as principais gerações de direitos humanos. Senão vejamos:

3.1. Direitos Humanos de primeira geração:

Existem alguns principais documentos e momentos históricos que devem ser levados em consideração para enquadrarmos os direitos humanos como

Pág. 57-58.

⁶⁸SILVA OLIVEIRA, Erival da; RODRIGUES VAZ, Rosa Maria. Manual Funcional de Direitos Humanos para Concursos. 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pág.58

⁶⁹FACHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino da. ACESSO À AGUA POTÁVEL: DIREITO FUNDAMENTAL DE SEXTA GERAÇÃO. Campinas: Millennium, 2010, pág. 74-80.

pertencentes a esta categoria e período (séculos XVII, XVIII e XIX): dentre eles podemos apontar a 1) Magna Carta de 1215, assinada pelo rei “João Sem Terra”; (2) Paz de Westfália (1648); (3) Habeas Corpus Act (1679); (4) Bill of Rights (1688) e as (5) Declaração de Independência Americana de 1776 e a (6) Revolução Francesa de 1789.

A Primeira Fase dos Direitos do Homem, a partir do século XVIII visualiza-se o início da Primeira Geração de Direitos do Homem, que representam os direitos civis e políticos, conforme Lafer (2001, pág. 126) explica: “São vistos como direitos inerentes ao indivíduo e tidos como direitos naturais, uma vez que precedem o contrato social”.

Cumprir informar, que os direitos civis e políticos surgiram em um cenário opoável ao Estado absolutista que vigorava à época. Esses direitos possuem um viés marcadamente libertador e revolucionário o que contribui significativamente na implementação de avanços e conquistas no cenário político.

Como se vê, a filosofia individualista do liberalismo fundamenta os direitos de primeira geração, sob a influência, dentre outros pensadores, das concepções de Locke, conforme entende Bobbio:

“A ideia de que o exercício do poder político apenas é legítimo se fundado sobre o consenso daqueles sobre os quais deve ser exercido (também está é uma tese lockeana), e, portanto sobre um acordo entre aqueles que decidem submeter-se a um poder superior e com aqueles a quem esse poder é confiado, é uma ideia que deriva da pressuposição de que os indivíduos têm direitos que não dependem da instituição de um soberano e que a instituição de um soberano tem a principal função de permitir a máxima explicitação desses direitos compatível com a segurança social”.⁷⁰

3.2. Direitos Humanos de segunda geração:

Podemos apontar como marco história desta geração de direito fundamental a Revolução Industrial, a partir do século XIX. Nessa época, a regra era a da prevalência das liberdades formais e da ideologia burguesa nas declarações de direitos.

⁷⁰BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. 13. ed. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992. Pág.15.

Vivia-se a fase do liberalismo econômico, caracterizado pelo primado da livre iniciativa e pela existência de um Estado não-intervencionista (ou “abstencionista”). Os ideais revolucionários determinaram a abolição das corporações de ofício, consagrando a liberdade de indústria, comércio e profissão, bem como a propriedade privada.⁷¹

O famoso economista Adam Smith, tecendo considerações a respeito do liberalismo econômico diz que “a mão invisível do mercado” seria suficiente para determinar um desenvolvimento social e econômico harmônico e pacífico, quer para os trabalhadores, quer para os capitalistas⁷².

O liberalismo econômico proporcionou um enorme crescimento de riqueza nas mãos dos capitalistas, ao passo que a classe dos trabalhadores, operária vivia em uma constante miséria.

A figura do Estado não-intervencionista contribuía em muito para a construir a imagem de que o trabalho era visto como uma mercadoria; trocando em miúdos, não era valorizado, havia uma exploração por parte dos burgueses o que gerava muita indignação e sentimento de revolta na classe operária.

Nesse passo, surgiram inúmeras críticas às liberdades formais, bem como ao papel desempenhado pelo Estado em face da sociedade como um todo. Nesse sentido se posicionou Juan Fernando Badia:

“A burguesia liberal aparenta conceder a todos a liberdade de imprensa, a liberdade de associação, os direitos políticos, as possibilidades de opção política: mas, de fato, tais direitos não podem ser exercidos senão pelos capitalistas, que são os que têm meios econômicos indispensáveis para que tais liberdades sejam reais. E assim, no caso do direito do sufrágio, este serve para camuflar diante dos olhos dos proletários uma papeleta de voto, mas a propaganda eleitoral se encontra nas mãos das forças do dinheiro. Simula-se conceder-lhes o direito de formar sindicatos e partidos políticos, mas as oligarquias capitalistas conservam, direta ou indiretamente, o controle”⁷³

A em virtude das medíocres condições de trabalho surgiram inúmeros movimentos protecionistas como o cartista – Inglaterra e a Comuna de Paris (1848), objetivando conquistar reivindicações e melhorias à classe operária no âmbito da tutela dos direitos trabalhistas.

⁷¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Direitos Humanos Fundamentais*, p. 42.

⁷² SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. São Paulo: Abril Cultural, 1986, p. 215.

⁷³ Democracia frente a autocracia, p. 39-50, apud José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional positivo*, p. 163.

Sendo assim, tivemos vários acontecimentos históricos extremamente relevantes nesse período como a primeira guerra mundial, a fixação dos direitos sociais, a Constituição Francesa de 1848, a Constituição do México de 1917, a Constituição de Weimar (1919) na Alemanha, a assinatura do Tratado de Versalhes (1919 – Organização Internacional do Trabalho), dentre outros.

A “Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos” é apontada como um dos marcos divisores, dos direitos fundamentais. Doutrinadores consagrados reconhecem a sua importância histórica, como Fábio Konder Comparato, José Afonso da Silva, Raul Machado Horta, Alexandre de Moraes dentre outros.

O Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho diz que:

“A Constituição mexicana de 1917 é considerada por alguns como o marco consagrador da nova concepção dos direitos fundamentais. Não há razão para isso, mesmo sem registrar que sua repercussão imediata, mesmo na América Latina, foi mínima. Na verdade, o que essa Carta apresenta como novidade é o nacionalismo, a reforma agrária e a hostilidade em relação ao poder econômico, e não propriamente o direito ao trabalho, mas um elenco dos direitos do trabalhador. Trata-se, pois, de um documento que inegavelmente antecipa alguns desdobramentos típicos do direito social. Nem de longe, todavia, espelha a nova versão dos direitos fundamentais”.

Themístocles Brandão Cavalcanti ensina que:

“o começo do nosso século viu a inclusão de uma nova categoria de direitos nas declarações e, ainda mais recentemente, nos princípios garantidores da liberdade das nações e das normas da convivência internacional. Entre os direitos chamados sociais, incluem-se aqueles relacionados com o trabalho, o seguro social, a subsistência, o amparo à doença, à velhice etc”⁷⁴

Podemos concluir que os direitos humanos de segunda geração privilegiam os direitos sociais, culturais e econômicos, equivalendo aos direitos de igualdade.

3.3. Direitos Humanos de terceira geração:

São aqueles marcados pela alteração da sociedade, tendo ocorrido profundas alterações no âmbito da comunidade internacional, na sociedade de massa e no desenvolvimento tecnológico e científico. Surgem novas preocupações como o meio

⁷⁴ (Princípios gerais de direito público. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. p.202).

ambiente, práticas preservacionistas, direitos relacionados a tutela da coletividade, a solidariedade

O Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho faz uma importante observação que merece ser apontada: “a primeira geração seria a dos direitos de liberdade, a segunda, dos direitos de igualdade, a terceira, assim, complementar o lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade, fraternidade”.⁷⁵

3.4. Direitos Humanos de Quarta Geração:

Ainda no que tange à problemática das diversas dimensões dos direitos fundamentais, cumpre informar que existe uma tendência em reconhecer a existência de uma quarta e quinta dimensão ou geração de direitos humanos.

Paulo Bonavides⁷⁶, no âmbito do direito pátrio, se posiciona favoravelmente ao reconhecimento da existência de uma quarta dimensão, sustentando que esta é o resultado da globalização dos direitos fundamentais, no sentido de uma universalização no plano institucional, que corresponde, na sua opinião, à derradeira fase de institucionalização do Estado Social.

Defende o Professor Bonavides que essa quarta dimensão é composta pelos direitos à democracia e à informação, assim como pelo direito ao pluralismo. Há posições que arrolam os direitos de manipulação genética (biotecnologia) e mudança de sexo.

Segundo orientação de Norberto Bobbio, referida geração de direitos decorreria dos avanços no campo da engenharia genética, ao colocarem em risco a própria existência humana, através da manipulação do patrimônio genético. Segundo o mestre italiano: “... já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo”.⁷⁷

⁷⁵*Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 57.

⁷⁶*Curso de Direito Constitucional*, 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

⁷⁷BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 13. ed. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992. Pág. 06.

3.5. Direitos Humanos de Quinta Geração:

O Professor Ingo Wolfgang Sarlet⁷⁸ informa que além da quarta dimensão defendida pelo Professor Paulo Bonavides, há quem sugira a existência de uma 5ª geração (ou dimensão), como o Professor J. A. de Oliveira Júnior.⁷⁹ O próprio Paulo Bonavides reconhece em suas obras o direito à Paz como um direito de quinta geração.

O direito à paz é o direito natural dos povos. Direito que esteve em estado de natureza no contratualismo social de Rousseau e que ficou implícito como um dogma na paz perpétua de Kant. Trata-se de um direito universal do ser humano.

Podemos inserir também como direitos de Quinta Geração aqueles atinentes à realidade virtual (Cibernética - internet), demonstrando a preocupação do sistema constitucional com a difusão e desenvolvimento da cibernética na atualidade, envolvendo a internacionalização da jurisdição constitucional em virtude do rompimento das fronteiras físicas através da "grande rede".

Os conflitos bélicos cada vez mais frequentes entre o Ocidente e o Oriente explicamos quão urgente é a regulamentação de tais direitos. A verdade é que, a pretexto de integrar, a Internet acaba por servir ao propósito daqueles que pretendem destruir indiscriminadamente a cultura do Oriente e do Ocidente, promovendo uma uniformização dos padrões comportamentais norte-americanos em todo o planeta.

⁷⁸SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 11ª edição, 2012, p. 50-51.

⁷⁹J. A. de Oliveira Júnior, *Teoria Jurídica e Novos Direitos*, p. 97 e ss.

IV- FINALIDADES E INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos fundamentais podem ser compreendidos, antes de qualquer outra visão, como sendo verdadeiros instrumentos para não só garantir os principais direitos dos indivíduos como os principais deveres do Estado, bem como um meio de defesa e proteção deste mesmo indivíduo em face do Estado.

André de Carvalho Ramos classifica os direitos humanos, segundo suas funções como sendo direitos de defesa, direitos a prestações e direitos a procedimentos e instituições.⁸⁰ Verificaremos essa classificação na sequência. Vejamos:

"(...) direitos de defesa constituem um conjunto de prerrogativas do indivíduo voltado para defender determinadas posições subjetivas contra a intervenção do Poder Público ou mesmo outro particular, assegurando que: 1) uma conduta não seja proibida; 2) uma conduta não seja alvo de interferência ou regulação indevida por parte do Poder Público; e 3) não haja violação ou interferência por parte de outro particular. (...) direitos à prestação são aqueles que exigem uma obrigação estatal de ação, para assegurar a efetividade dos direitos humanos. (...) direitos à procedimentos e instituições são aqueles que tem como função exigir do Estado que estructurem órgãos e corpo institucional apto, por sua competência e atribuição, a oferecer bens ou serviços indispensáveis à efetivação dos direitos humanos".⁸¹

A opção do legislador originário da Constituição Federal de 1988 foi a de, além de subdividir os citados direitos no Título II "Dos Direitos e Garantias Fundamentais" em: 1- direitos e deveres individuais e coletivos; 2- direitos sociais; 3- direitos de nacionalidade; 4- direitos políticos; 5- partidos políticos; deixou bem claro que tal rol não era exaustivo e sim meramente exemplificativo e, portanto, há direitos fundamentais esparsos na própria Constituição Federal e decorrentes do sistema e de tratados de direitos humanos celebrados pelo Brasil.

Antes de qualquer outro objetivo, pode-se afirmar que uma senão a principal finalidade dos direitos humanos fundamentais é o de evitar qualquer tipo de atrocidade ou desrespeito aos direitos basilares para uma vida digna de todo e qualquer ser humano. Visam, portanto, resguardar a igualdade, a solidariedade, a liberdade, a fraternidade, a dignidade da pessoa humana, dentre outros valores não menos importantes.

⁸⁰CARVALHO RAMOS, André de. Curso de Direitos Humanos. São Paulo. Editora Saraiva. 2015. Pág. 59.

⁸¹CARVALHO RAMOS, André de. Curso de Direitos Humanos. São Paulo. Editora Saraiva. 2015.

Desse modo, em todo regime democrático, toda e qualquer pessoa deve ter a sua dignidade respeitada e a sua integridade protegida, independentemente de sua raça, condição econômica, origem, raça, etnia, convicção política, etc. O indivíduo deve ser livre para fazer suas opções, desde, obviamente, respeitando os próprios limites impostos pelo Estado.

Como visto de forma oportuna, os direitos humanos são os direitos fundamentais da pessoa humana. E, sendo assim, em um Estado Democrático de Direito, toda pessoa deve ter a sua dignidade respeitada e a sua integridade protegida. Todos seus direitos civis, econômicos, culturais e ambientais resguardados.

A interpretação dos direitos fundamentais é uma faceta do estudo da hermenêutica jurídica, sendo que esta nada mais é do que o ato de interpretar a norma de uma forma que se retire dessa interpretação o real significado e conteúdo substancial dessa norma. Ou seja, a hermenêutica possui técnicas específicas de interpretação à fim de ofertar à norma a melhor forma e a mais verdadeira a fim de se alcançar o escopo do legislador.

A interpretação relacionada aos direitos fundamentais deve ser a mais atenciosa e cuidadosa possível.

Nesse sentido, Sidney Guerra e Lilian Marcia Balmant Emerique acentuam que:

"As normas constitucionais referentes aos direitos fundamentais demandam ainda mais atenção por parte do intérprete, tendo em vista que elas consubstanciam um núcleo de direitos que ocupam um lugar privilegiado dentro de nossa Constituição".⁸²

Como sabemos na visão ocidental de democracia a escolha dos governantes é efetuada pelo povo periodicamente. Entretanto, existem limitações a esse direito de escolha que devem ser observadas, inclusive com a previsão de direitos humanos fundamentais do cidadão. No dizer de Canotilho:

Pág. 59-60.

⁸²GUERRA, Sidney; BALMANT EMERIQUE, Lilian Marcia. Hermenêutica dos Direitos Fundamentais, nº7. Revista da Faculdade de Campos, 2005, pág. 321.

“a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico- subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por partes dos mesmos (liberdade negativa)”.⁸³

Sendo assim, o papel da Constituição Federal é organizar a forma de Estado e os poderes que exercerão as funções estatais, consagrando os direitos fundamentais exercidos pelos indivíduos, principalmente contra eventuais ilegalidades e arbitrariedades.

Podemos chegar à conclusão de que o objetivo dos direitos humanos fundamentais é o de promover a tutela da dignidade da pessoa humana, possibilitando a todo ser humano o direito a uma vida digna, a um mínimo existencial, permitindo o desfrute de um padrão aceitável e tolerável, a fim de que condições mínimas sejam satisfeitas e permitam uma boa qualidade de vida a todos os cidadãos, em todas as searas que merecerem respaldo por parte do Estado.

No tocante a interpretação constitucional, o Professor Alexandre de Moraes⁸⁴, nos ensina que a Constituição tem o papel de proteger vários bens jurídicos e havendo um eventual conflito entre eles (saúde pública, segurança, liberdade de imprensa dentre outros), devemos nos valer das regras de interpretação constitucional.

Vicente Ráo aponta que:

“A hermenêutica tem por objeto investigar e coordenar por modo sistemático os princípios científicos e leis decorrentes, que disciplinam a apuração do conteúdo, do sentido e dos fins das normas jurídicas e a restauração conceito orgânico do direito, para efeito de sua aplicação a interpretação, por meio de regras e processos especiais procura realizar praticamente, estes princípios e estas leis científicas; a aplicação das normas jurídicas consiste na técnica de adaptação dos preceitos nela contidos assim interpretados, às situações de fato que se lhes subordinam”.⁸⁵

Não podemos deixar de mencionar as considerações acerca do tema Direitos e Garantias Fundamentais realizadas por Raul Machado Horta, senão vejamos

⁸³CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição. 2ª edição. Coimbra: Almedina, 1993, pág. 541.

⁸⁴DE MORAES, Alexandre, Direitos Humanos Fundamentais, 9ª edição, 2011, pág 2-6.

“(...) é evidente que essa colocação não envolve o estabelecimento de hierarquia entre as normas constitucionais, de modo a classificá-la em normas superiores e normas secundárias. Todas são normas fundamentais. A precedência serve à interpretação da Constituição, para extrair dessa nova disposição formal a impregnação valorativa dos Princípios Fundamentais, sempre que eles forem confrontados com atos do legislador, do administrados e do julgador”, motivo pelo qual classifica-a de Constituição plástica”.⁸⁶

O nobre jurista português José Joaquim Gomes Canotilho enumera diversos princípios interpretativos das normas constitucionais podendo ser enumerados:

1) unidade da Constituição; por intermédio dele a interpretação constitucional deve ser realizada de maneira a evitar contradições entre as normas;

2) do efeito integrador; na resolução dos problemas jurídico-constitucionais deverá ser dada maior primazia aos critérios favorecedores da integração política e social;

3) máxima efetividade ou da eficiência; a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe conceda;

4) da justeza ou da conformidade funcional; os órgãos encarregados da interpretação da norma constitucional não poderão chegar a uma posição que subverta, altere ou perturbe o esquema organizatório-funcional estabelecido pelo legislador constituinte originário;

5) concordância prática ou da harmonização; exigem-se a coordenação e a combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros e

6) força normativa da Constituição; dentre as interpretações possíveis, deve ser adotada aquela que garanta maior eficácia, aplicabilidade e permanência das normas constitucionais, dentre outros.

Por sua vez, Luís Roberto Barroso ressalta a importância dessas normas e a necessidade de se interpretá-las de forma diferente devido sua hierarquia:

“A interpretação do direito constitucional não pode seguir os mesmos caminhos adotados em relação aos demais ramos da ciência jurídica. É

⁸⁵ RAO, Vicente. O direito e a vida dos direitos. São Paulo: Max Limonad, 1952. v.2, p.542.

⁸⁶ MACHADO HORTA, Raul. Estudos de direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 239-240.

que, no estudo da hierarquia das normas jurídicas, a norma constitucional situa-se no ponto mais alto da pirâmide”.⁸⁷

Ainda sobre a supremacia da constituição, deve-se relevar ao máximo no momento da interpretação hermenêutica o seguinte fator que efetiva a hierarquia desta norma e como principal relacionado ao tema em discurso: O Princípio da Máxima Efetividade dos Direitos Fundamentais.

Sendo assim, é concebível o dever de ser usar esses meios racionais e controláveis através de técnicas que supram a necessidade de essas normas de direitos fundamentais se efetivem de maneira correta, de maneira positiva para a constituição, evitando-se colisões. Alguns métodos e técnicas do processo hermenêutico são: Gramatical; Histórico; Sistemático e Teleológico.

Destarte, podemos notar que existem várias diretrizes que devem ser levadas em conta por parte do intérprete operador do direito, a fim de que seja possível extrair o conteúdo exato da norma jurídica, devendo sempre ter em mente que o direito é amplo e não se trata de uma ciência exata, sendo também fruto de uma constante evolução e mutação.

⁸⁷BARROSO, Luís Roberto. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL. 8ª Edição: Editora Saraiva, 2004. Pág. 70.

V- AS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL FRENTE A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS:

Convém ressaltar que, como dito mais de uma vez no decorrer do presente trabalho monográfico, a Constituição Federal do Brasil de 1988 buscou por optar a adoção de um rol taxativo no Título II que trata especificamente dos direitos fundamentais, havendo, ainda outros direitos fundamentais acampados e esparsos por todo Texto Constitucional, além, é claro, dos Tratados de Direitos Humanos celebrados por nosso País.

Contudo, temos que ter em mente que existe uma grande margem de diferença entre previsão legal e efetivação dos direitos previstos pelas normas pátrias.

Infelizmente, muitos dos direitos previstos em nosso ordenamento jurídico não são implementadas pelas Políticas Públicas, faltando, pois, efetividade.

Nesse contexto, André de Carvalho Ramos aduz que

"Salta aos olhos que os direitos humanos não se concretizam no século XXI, muitos sem direitos básicos, acesso à educação fundamental, saúde de qualidade, moradia, segurança, entre outros. Há um claro descompasso entre a posição econômica do Brasil (uma das maiores potências industriais e agrícolas do mundo) e a qualidade de vida de sua população".⁸⁸

Deve-se, pois, haver em todo Estado Democrático de Direito que, ao menos seja estruturado e organizado uma premissa básica a fim de se fazer cumprir os programas sociais que viabilizem e efetivem os direitos fundamentais dos indivíduos. E, e essa premissa deve ser compreendida com a elaboração de programas nacionais de direitos humanos.

Aliás, a orientação de elaborar programas de direitos humanos está prevista inclusive na Declaração e Programa de Ação da Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena, em 1993, que recomendou a cada Estado que fizesse um plano de ação nacional e promoção dos direitos humanos.

Assim, as normas fundamentais ou normas de direitos humanos deixaram de ser vistas como meramente programáticas e passaram a ser compreendidas com a necessidade de sua efetividade a fim de garantir princípios e direitos basilares de todo e qualquer indivíduo.

⁸⁸CARVALHO RAMOS, André de. Curso de Direitos Humanos. São Paulo. Saraiva. 2015. Pág.420.

Portanto, no que tange às normas de direitos humanos fundamentais não há que se falar na tese da “reserva do possível”.

Nesse contexto, vale verificar a seguinte decisão de nossos Tribunais:

“EMENTA: PACIENTES COM HIV/AIDS. PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196). PRECEDENTES (STF). - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, 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.”⁸⁹

Conforme verificado acima, acertadamente, a decisão e a tese argüida pelo Ministro Celso de Melo suprimiu a tese doutrinária da reserva do possível, a fim de privilegiar a própria dignidade da pessoa humana e demais princípios que embasam todo e qualquer Estado Democrático de Direito.

No mesmo sentido, André de Carvalho Ramos leciona que:

"Rompia-se, então, o paradigma antigo de que as normas de direitos humanos era normas programáticas, sujeitas a reserva do possível e ao desenvolvimento progressivo ou ainda o paradigma de tratar os direitos humanos como consequência dos projetos governamentais gerais".⁹⁰

Interessante ainda notar que a ideia de um Estado Soberano ter programas que pudessem viabilizar a efetivação dos Direitos Humanos Fundamentais tem sua origem na Declaração e Programa de Ação da Conferência Mundial de Viena de 1993, organizada pela Organização das Nações Unidas, que instalou os Estados a não medir esforços para implementar os mais variados programas de direitos humanos.

⁸⁹Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº RE 267612/RS – Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em: 02 ago. 2000.

⁹⁰CARVALHO RAMOS, André de. Curso de Direitos Humanos. São Paulo. Editora Saraiva. 2015. Pág.420.

Vale ressaltar, por fim, que no Brasil a competência para o implemento de referidas políticas públicas é comum à todos os entes federados, conforme previu expressamente o art. 23 da Constituição Federal. Trata-se, pois, de competência administrativa da União, dos Estados e dos Municípios.

VI- O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO E DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL:

No Brasil existem diversos órgãos e secretárias especializadas para a proteção, prevenção e até mesmo, em determinados casos, para a repressão à qualquer tipo de desrespeito aos direitos humanos.

Como exemplo do que acabamos de dizer, vale lembrar da Secretaria de Direitos Humanos (SEDH), a qual é um órgão vinculado à Presidência da República, que possui, inclusive, *status* de Ministério. Mas isso no âmbito executivo.

Passaremos à verificar o que nos interessa nesse capítulo: a função do judiciário e do Ministério Público. Senão vejamos:

A defesa propriamente dita dos direitos humanos é atribuição concedida pela Constituição Federal, vista como a “Constituição Cidadã”, ao Ministério Público.

O Ministério Público está colocado não dentre a organização dos poderes, mas como instituição permanente, essencial à prestação jurisdicional do Estado.

André de Carvalho Ramos ensina que

“Assim, a defesa dos direitos humanos é atribuição constitucional o Ministério Público, o que resultou, no âmbito federal, na criação da Procuradoria Federal dos Direitos dos Cidadãos (PFDC) do Ministério Público Federal. A PFDC foi criada pela Lei Complementar 75 que dispôs, em seu art. 40, que o Procurador Geral da República designará, dentre os Subprocuradores-gerais da República e mediante prévia aprovação do nome pelo Conselho Superior, o Procurador Federal os Direitos do Cidadão, para exercer as funções do ofício pelo prazo de dois anos, permitida uma recondução, precedida de nova decisão do Conselho Superior”.⁹¹

Em cada Estado deverá ser designado, pelo Procurador Geral da República um Procurador Regional dos Direitos dos Cidadãos, o qual deverá coordenar o trabalho dos Procuradores Regionais sempre, entretanto, respeitando o princípio ministerial da independência funcional.

Já, os Ministérios Públicos estaduais possuem as chamadas curadorias que cuidam de valores temáticos em prol à defesa dos direitos humanos.

Ademais, a ação penal pública, função privativa do Ministério Público, tem sido promovida e constitui instrumento influente para que se procure soluções justas para a repressão aos violadores dos direitos humanos.

⁹¹CARVALHO RAMOS, André de. Curso de Direitos Humanos. São Paulo. Saraiva. 2015. Pág.453.

Um dado, porém, não muito feliz, é a falta de especialização e, por conseguinte, efetividade, existente dentro do Ministério Público no que concerne às leis extravagantes. Talvez pela vasta existência de legislação, o Ministério Público, por vezes, deixa de aplicar e verificar com o devido cuidado alguns dispositivos legais de suma importância, v.g. os dispositivos previstos no estatuto da criança.

O cuidado pelo efetivo acatamento aos serviços relevantes assegurados pelo nosso ordenamento jurídico também constitui instrumentos eficazes e poderosos para o Ministério Público que pode fazer valer os direitos das minorias.

O Ministério Público tem legitimidade para ingressar com ações de investigação de paternidade, pode efetivamente garantir o ingresso de alunos em escolas, enfim, possui legitimidade para promover inúmeras ações que podem garantir o respeito aos direitos básicos da sociedade. Direitos estes também compreendidos como fundamentais.

André de Carvalho Ramos leciona que:

“Instrumentos utilizados pelo Ministério Público em prol dos direitos humanos são: 1- curadorias que abarcam temas típicos da temática de direitos humanos, como cidadania, meio ambiente, consumidor, entre outros; 2- Grupo Nacional de Direitos Humanos do Conselho Nacional de Procuradores Gerais (GNDH e CNPG), que visa a capacitação e troca de experiências entre os promotores e procuradores de justiça; 3- Ações do CNMP, em especial no que tange à infância e juventude”.⁹²

O Poder Judiciário por sua vez, tem o escopo de assegurar a todos o livre acesso aos direitos e garantias fundamentais admitidas em um Estado Democrático de Direito, estando eles arrolados explicitamente ou não no Texto Constitucional como vimos no decorrer do presente trabalho monográfico.

No Brasil, a proteção aos direitos humanos é uma garantia constitucional, consagrada tanto no artigo 4º, inciso II, da Constituição Federal, bem como em seu artigo 5º, parágrafos 2º e 3, provando a supremacia dos direitos humanos até mesmo quando se trata de um tratado internacional.

Todavia, como vimos em momento oportuno, nem sempre o Poder Judiciário é feliz em realmente dar efetividade à supremacia aos Direitos Humanos, sendo que,

⁹²CARVALHO RAMOS, André de. Curso de Direitos Humanos. São Paulo. Saraiva. 2015. Pág. 460.

por vezes, mesmo tendo reconhecido a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos tardiamente, contraria suas decisões e deixam de dar proteção e efetividade aos direitos humanos fundamentais.

CONCLUSÃO:

Os chamados direitos humanos que, para parte da doutrina em nada se diferenciam com os direitos fundamentais são basilares para o próprio exercício do princípio da dignidade humana, sendo resguardados tanto pelo Direito Internacional como pelo Direito Interno.

Convém observar que os direitos humanos fundamentais nasceram com o objetivo de limitar e controlar os abusos do poder do Estado, assegurando, por conseguinte, aos indivíduos uma vida mais digna e segura.

Não podemos nos esquecer que o pensamento *jusnaturalista*, foi muito importante para a prevalência dos direitos humanos fundamentais, na medida em que dizia que o simples fato do ser humano existir, fazia dele um sujeito de direitos naturais.

Ademais, apenas e tão somente para fins didáticos, os direitos fundamentais, no seu período de evolução e transformação, foram divididos em gerações ou dimensões.

Mas como falamos, apenas para fins didáticos, haja vista que como a sociedade em geral vai se modificando, outros direitos passam a ser imprescindíveis. Porém, não é porque um direito passa a ser necessário que outro deixa de ser. O rol dos direitos tende a se ampliarem e não diminuir.

A Constituição de 1988 foi essencialmente inovadora. Não só pela nova alocação dos direitos que passaram a ser antepostos, mostrando a sua importância e essencialidade, bem como ao elencar inúmeros direitos fundamentais, e considerá-los cláusulas pétreas.

No que tange à interpretação dos Direitos Humanos Fundamentais e a própria previsão do Texto Constitucional, cabe notar que devem ser interpretados de modo que os direitos nela dispostos possam ser exercidos e a solução pacífica das controvérsias deve ser prezada.

Ademais, certa é a afirmação que será possível cominar maior proteção aos direitos humanos fundamentais se houver maior entendimento entre a comunidade internacional e o nosso ordenamento jurídico pátrio. Mas muito ainda há que se caminhar para haver uma maior integração entre essas duas realidades.

Posta assim a questão, as fundamentais formas de asseverar a efetivação dos direitos humanos fundamentais será a conscientização, a informação, a educação, e a participação pública, além é claro de um judiciário forte e de um Ministério Público que não meça esforços para salvaguardar os direitos ora em estudo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. *Sentidos da judicialização da política: duas análises*. Lua Nova, n. 57, 2002.
- APPIO, Eduardo Fernando. *O controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Florianópolis: UFSC, 2004 (Tese de Doutorado).
- BASTOS, Celso Ribeiro e Brito, Carlos Ayres. “*Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais*”, Ed. Saraiva, 1982, (pp. 6 – 33).
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. São Paulo: Editora Celso Bastos, 2002. (Capítulos IX).
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 8ª. Ed., Rio de Janeiro, Campus, 1992.
- BRASIL JR., Samuel Meira. *Os limites funcionais do poder judiciário na teoria sistêmica e a judicialização das políticas públicas*. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, n.7, 2010.
- BREGA FILHO, Vladimir (2002). *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988, Conteúdo jurídico das expressões*. Editora Juarez de oliveira, 2002. 1ª edição.
- BREUS, Thiago Lima. *Políticas públicas no Estado Constitucional: a problemática da concretização dos direitos fundamentais sociais pela administração pública brasileira*. Dissertação de Mestrado (UFPR), 2006, pp. 167-229.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas e direito administrativo*. Revista de Informação Legislativa, vol. 34, n.133, 1997.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CÂNDIDO JÚNIOR, José Oswaldo. *Os gastos públicos no Brasil são produtivos?* Planejamento e Políticas Públicas, n.23, 2001.
- CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo. Editora Saraiva. 2015.
- CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 2ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2012.
- CARVALHO, Ernani. *Judicialização da política no Brasil: controle de constitucionalidade e racionalidade política*. Análise Social, n. 191, 2009.
- CDHOA - Coordenação da Comissão dos Direitos Humanos da Ordem dos Advogados. *Direitos fundamentais, multiculturalismo e religiões*. Lisboa: Principia Editora, 2007.

COHN, Amélia. *Políticas sociais e pobreza no Brasil*. Planejamento e Políticas Públicas, n. 12, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*. Revista de Informação Legislativa, vol 35, n. 138, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 7ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

DO VALE, André Rufino. *Constituição e Direito privado: algumas considerações sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Revista de Direito Público - v. 1, n. 6, out/dez 2004, p. 94-122.

DIMOULIS, Dimitri (2008) *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. Editora revista dos tribunais, 2008, 2ª tiragem.

FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. *A política da avaliação das políticas públicas*. Revista Brasileira de Ciências Sociais, vol. 20, n. 59, 2005.

FIGUEIREDO, Angelina Cheibub. *Princípios de justiça e avaliação de políticas*. Lua Nova, n. 37, 1997.

FREY, Klaus. *Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referente à prática da análise de políticas públicas no Brasil*. Planejamento e Políticas Públicas, n. 21, 2000.

GIAMBIAGI, Fábio. *A política fiscal do Governo Lula em perspectiva histórica: qual é o limite para o aumento do gasto público?*. Planejamento e Políticas Públicas, n.27, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela (parágrafos únicos dos artigos 249 e 251 do Código Civil)*. Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 10, jul./dez. 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito, vol. 7, n.7, 2010.

HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. ("La Interpretación Constitucional" pp. 35-51).

LIMBERGER, Temis; SOARES, Hector Cury. *Políticas públicas e o direito ao fornecimento gratuito de medicamentos: desafios ao poder judiciário*. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Delito; vol. 2, n.1, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese de Doutorado (FFLCH – Departamento de Ciência Política – USP). 2008.

MORAES, Alexandre de (2007). *Direitos Humanos Fundamentais, Teoria Geral*. Editora jurídico Atlas, 2007 8ª edição.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 119-192.

PINHEIRO FARO, Julio. *Da reserva do possível e da proibição de retrocesso social*. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, vol. 76, n. 3, 2010.

PINHEIRO FARO, Julio. *Mínimo existencial e o dever de pagar tributos, ou financiando os direitos fundamentais*. Constituição, Economia e Desenvolvimento – Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, n. 1, 2009.

SANTOS, Boaventura de Souza - *Por uma concepção multicultural de direitos humanos, in Santos, Boaventura de Souza (org.), Reconhecer para libertar os caminhos do cosmopolitismo multicultural*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Revista de Direito do Estado, n.4, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (org.). *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2008.

SOARES, Maria Victoria de Mesquita Benevides, *Cidadania e direitos humanos*, Cadernos de Pesquisa (Fundação Carlos Chagas), n. 104, Direitos Humanos, Cidadania e Educação, 1998.

SOARES, Hector Cury. *Políticas públicas e controle judicial: o papel da decisão judicial*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, vol. 2, n.1, 2012.

SOUZA, Celina. *Políticas públicas: uma revisão de literatura*. Sociologias, vol. 8, n. 16, 2006.

TAYLOR, Charles. *Multiculturalismo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. AMARAL JR, Alberto. *Comercial Internacional e Meio Ambiente*, São Paulo, Atlas, 2011, Capítulos: 6 *Direito ao Meio Ambiente - 6.1 As gerações de direitos fundamentais - 6.2 O nascimento de um novo direito*.

TEPEDINO, Gustavo. *A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento jurídico brasileiro: sua eficácia nas relações jurídico privadas*. Revista Ajuris - v. 32, nº 100, dez /2005, Porto Alegre, p. 153-167.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial "à brasileira"*. Revista Direito GV, vol. 4, n.2, 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Revista Direito GV, vol. 4, n.2, 2008.

WANG, Daniel WeiLiang. *Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF*. Revista Direito GV, vol. 4, n. 2, 2008.

WOLFGANG SARLET, Ingo (2009) *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Editora livraria do advogado, 2009, 10ª edição.

WERNECK VIANNA, Luiz; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. *Dezessete anos de judicialização da política*. Tempo Social, vol. 19, n. 2, 2007.



**FACULDADES INTERNACIONAL SIGNORELLI
NÚCLEO DE EDUCAÇÃO À DISTÂNCIA – NEAD
PÓS GRADUAÇÃO EM GESTÃO AMBIENTAL**

Maria Aparecida Oliveira

**A IMPORTÂNCIA DA PARTICIPAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES
NO CONTEXTO AMBIENTAL**

**Betim
2015**

Maria Aparecida Oliveira

A IMPORTÂNCIA DA PARTICIPAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES NO CONTEXTO AMBIENTAL

Monografia de Conclusão de Curso apresentada à Faculdade Internacional Signorelli, como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Gestão Ambiental.

Orientador: Thereza Christina Imbuzeiro Horta Galhardo

**Betim
2015**

*Dedico à minha família,
Em especial ao meu filho querido,
Pela paciência e compreensão.
Aos meus amigos, pelo carinho.*

Agradeço a Deus, pela infinita misericórdia ao conceder o dom da vida.

A minha família, por estarem presentes nesta caminhada.

Em especial, ao meu filho João Lucas, pelo incentivo.

RESUMO

O mundo está em constante evolução. Passamos por mudanças que abrangem o pensar, planejar e agir em relação às questões ambientais. A conscientização de ter que inserir as questões ambientais, redimensionando-as, em um novo contexto histórico é ponto essencial, chave para alavancar projetos que buscam o crescimento e a preservação ambiental simultaneamente. Esta postura consciente acerca da educação ambiental objetiva, acima de tudo, uma formação de indivíduos capazes de compreender e agir de forma consciente e responsável. Hoje, os setores da indústria e do comércio, já conscientizados de que se não tivermos um meio ambiente saudável não conseguirão sobreviver ao mercado consumerista, têm cada vez mais se adaptado às novas exigências, pois os consumidores têm, de modo crescente, tendenciado seu consumo para produtos que atendam às exigências e legislações ambientais em todos os países. A rápida e avançada disseminação e divulgação de informações, bem como a participação da sociedade, entidades e até mesmo diretamente do próprio consumidor, acentuam o nível de exigência de cumprimento da responsabilidade socioambiental nas instituições. Desde a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente, realizada em Estocolmo, na Suécia, em 1972, a questão ambiental foi inserida no meio das organizações de forma definitiva. Mesmo sendo considerada, no início, somente uma forma regulamentadora imposta pelo governo e pela sociedade, a consciência ambiental começou a ser integrante das organizações empresariais, que a partir daí começaram a preocupar-se com a adoção de uma postura consciente e sustentável. Pena que não de forma unânime.

PALAVRAS-CHAVE: Gestão Ambiental; Responsabilidade Social, Desenvolvimento Sustentável.

ABSTRACT

The world is constantly evolving. We went through changes that encompass think, plan and act in relation to environmental issues. The awareness of having to put environmental issues, reframing them in a new historical context is essential point, key to leverage projects that seek growth and environmental protection simultaneously. This conscious attitude about the objective environmental education, above all, training of individuals able to understand and act consciously and responsibly. Today, the sectors of industry and commerce, already aware that if we have a healthy environment can not survive the consumerist market, have increasingly adapted to the new requirements, as consumers have increasingly, tendenciado consumption for products that meet the requirements and environmental laws in all countries. Quick and advanced dissemination and disclosure of information and the participation of society, organizations and even directly from consumers themselves, accentuate the level requirement to comply with social and environmental responsibility in institutions. Since the United Nations Conference on Environment, held in Stockholm, Sweden, in 1972, the environmental issue was inserted in the middle of definitively organizations. Even being considered, at first, only a regulatory form imposed by the government and society, environmental awareness began to be an integral business organizations, which from there began to worry about the adoption of a conscious and sustainable posture. Too bad not unanimously.

KEY-WORDS: Environmental Management; Social Responsibility; Sustainable Development.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1 Tema	08
2 Apresentação	08
3 Considerações introdutórias sobre o fenômeno ambiental	10
4 Justificativa	12
5 Objetivos	13
5.1 Objetivo geral	13
5.2 Objetivos específicos	13
6 Metodologia	14
CAPÍTULO I:	14
1. Retrospectiva histórica da gestão ambiental	14
1.1 Legislação Ambiental	20
1.2 Certificações e normatizações da gestão ambiental	26
CAPÍTULO II: GESTÃO AMBIENTAL E RESPONSABILIDADE SOCIAL DAS ORGANIZAÇÕES	29
2. O profissional de gestão ambiental	29
2.1 Responsabilidade social	31
2.2 Evolução da responsabilidade social	32
2.3 A gestão socialmente responsável	33
2.4. Exemplos reais de gestão sustentável	37
CONCLUSÃO	38
REFERÊNCIAS	39

INTRODUÇÃO

1. Tema

A importância da participação das Organizações no contexto ambiental.

2. Apresentação

A expansão da atividade econômica, industrial e produtiva da humanidade, sobretudo, a partir da Revolução Industrial, ocorrida no final do século XVIII, com a incessante extração e utilização variada de matérias-primas para a produção, em larga escala, de bens de consumo para o atendimento das necessidades e interesses humanos ilimitados, tem provocado significativos impactos ao meio ambiente, os quais, se não controlados a tempo, podem, acarretar um colapso ambiental e, inclusive, ameaçar a própria sobrevivência do ser humano no planeta.

Diante disso, a proteção, preservação e gestão sustentável do meio ambiente e seus recursos não podem mais ser tratadas como questões restritas ao âmbito científico e acadêmico, uma vez que não dizem respeito, tão somente, aos pesquisadores, ecologistas, ambientalistas ou ativistas, mas compreendem tópicos de extrema relevância para a sociedade, cujos reflexos alcançam todos os segmentos da vida humana.

Em outros termos, o equilíbrio ambiental compreende conceito multidisciplinar, que envolve não somente temas relativos à preservação dos recursos naturais e à

manutenção dos caracteres físicos, químicos e biológicos de determinados ambientes, mas também abarca, direta ou indiretamente, todas as atividades de natureza econômica, social e política que possam interferir na saúde, bem-estar e segurança dos seres humanos, como integrantes do sistema ecológico mundial.

Nesta perspectiva, a Resolução do Conama nº 001 de janeiro de 1986, que apresenta um amplo conceito acerca dos impactos ambientais:

O impacto ambiental é definido como qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam a saúde, a segurança e o bem-estar da população; as atividades sociais e econômicas; a biota; as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente; e a qualidade dos recursos ambientais.

Neste contexto, em decorrência dos diversos problemas ambientais contemporâneos, como, a escassez dos recursos naturais, o acelerado aquecimento global do planeta, a extinção e ameaça de algumas espécies da flora e da fauna, a emissão exacerbada de poluentes, lança-se crescentes desafios à disciplina da gestão ambiental, os quais se relacionam com a busca de soluções capazes de evitar ou minimizar a degradação do meio ambiente, sem, contudo, inviabilizar o desenvolvimento econômico e social.

Destarte, pode-se notar que a gestão ambiental assume relevante papel, neste cenário, possuindo a tarefa primordial de buscar alternativas eficientes para compatibilizar a exploração dos recursos naturais e o crescimento econômico, de um lado, e a proteção ambiental, de outro. Ou seja, o grande desafio da gestão ambiental consiste na promoção o desenvolvimento sustentável.

Muitos são os benefícios da implementação de gestão ambiental, mas dentre eles podemos citar os benefícios econômicos e estratégicos, sendo os econômicos voltados para a Economia de custo, reduzindo o consumo de água, de energia e outros insumos, inovação de produtos voltados para uma produção ecologicamente correta, recicláveis, o que produzirá menos lixo e inúmeros outros que influenciam diretamente

no meio ambiente; os estratégicos estão voltados para a melhoria da imagem, aumento da produtividade, comprometimento do pessoal, melhoria nas relações com os órgãos governamentais e melhor adequação aos padrões ambientais.

Entretanto, não é possível pensar e, sobretudo, programar o desenvolvimento sustentável sem a participação efetiva das organizações empresariais, as quais, em conjunto com o Poder Público e com os indivíduos, possuem o direito de explorar os recursos naturais e, concomitantemente, o dever de não causar danos ao meio ambiente.

Assim, neste trabalho, objetiva-se analisar a importância da participação efetiva das organizações econômicas nas atividades, programas e ações voltadas à proteção e preservação do meio ambiente, de modo a tornar possível o desenvolvimento sustentável, tanto em âmbito interno quanto internacional.

Outrossim, no tocante à metodologia e aos processos de estudo, optou-se pela investigação do tipo jurídico-compreensiva ou jurídico-interpretativa e pela abordagem indutiva, à medida que almeja analisar o problema de forma analítica, crítica, compreendendo a relevância da participação das organizações empresariais no contexto ambiental.

3. Considerações introdutórias sobre o fenômeno ambiental

O fenômeno ambientalista mostra-se relativamente recente no campo das ciências sociais, desenvolvendo-se, de modo significativo, a partir da segunda metade do século XX, em um momento em que os riscos ambientais tornaram-se mais evidentes, bem como sua avaliação e gestão mais complexas. Neste período, a observância de fatos como a contaminação da água, do solo e do ar; escassez de alimentos; acúmulo de lixo; ameaças nucleares, entre outras ocorrências, sinalizavam um possível colapso ambiental, e acabaram por motivar uma mudança de postura da comunidade internacional frente à questão do meio ambiente e a necessidade de sua preservação para as gerações presentes e futuras.

Neste contexto, a partir da década de 70, verificou-se uma multiplicação de acordos, tratados e protocolos internacionais relativos à conservação, preservação e proteção do meio ambiente, sendo que, atualmente, existem centenas de acordos multilaterais e bilaterais sobre o assunto, além das legislações internas dos Estados. Além disso, outros atores, como organizações internacionais de direito público, se engajaram no propósito de desenvolvimento e implementação do direito internacional ambiental, em conjunto com os Estados, contribuindo para o progresso da matéria.

Do mesmo modo, no âmbito interno dos Estados, em especial, no caso brasileiro, expandiu-se consideravelmente o arcabouço normativo de proteção do meio ambiente, a partir de uma perspectiva preventiva e precautória, bem como a partir de uma consideração do meio ambiente como direito humano fundamental.

Nesta sintonia, refletindo a elevação da consciência humana em torno da necessidade de preservação do meio ambiente, associada às crescentes exigências legais, tanto em nível interno quanto internacional, as organizações privadas (empresariais), passaram a dedicar maior atenção e esforço à gestão ambiental responsável, à responsabilidade social e à sustentabilidade.

Com isso, pode-se notar um crescente empenho das empresas na busca de soluções sustentáveis para seus processos produtivos, para o manejo responsável dos recursos naturais e o investimento na construção de uma imagem responsável do negócio ou produto, em matéria ambiental. Nesta esteira, como exemplo desta mudança de postura das empresas, nos últimos anos, merece destaque, no âmbito da América Latina, a iniciativa do Índice de Sustentabilidade Empresarial (ISE), conhecido como Índice de Sustentabilidade da Bovespa, lançado em 2005, originalmente financiado pela International Finance Corporation (IFC), braço direito do Banco Mundial, cujo desempenho metodológico é de responsabilidade do Centro de Estudos de Sustentabilidade, da Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, o qual se caracteriza como importante ferramenta para analisar o índice de sustentabilidade corporativa das empresas listadas na Bolsa de Valores, sob aspectos de eficiência econômica, equilíbrio ambiental, justiça social, equidade, transparência, prestação de contas, natureza do produto, além do desempenho

empresarial nas dimensões econômico-financeira, social, ambiental e de mudanças climáticas.

Neste sentido, infere-se que a gestão ambiental sustentável compreende ferramenta essencial para que as organizações empresariais atinjam seus objetivos e metas econômicas, consolidando-se como instituições responsáveis e com credibilidade no mercado.

4. Justificativa

Gestão ambiental é o principal instrumento para se obter um desenvolvimento sustentável. O processo de gestão ambiental está profundamente vinculado às normas elaboradas pelas instituições públicas sobre o meio ambiente, a forma pela qual as instituições se organizam, interna e externamente, para a conquista da qualidade ambiental desejada e necessária. Há algumas décadas o ser humano atentou-se que a preservação da natureza está intrinsecamente ligada à preservação da própria espécie humana. Inicialmente, a degradação ambiental percebida somente pela extinção de algumas espécies da flora e da fauna foi um alerta para que se percebesse a necessidade de cuidar e preservar a natureza. Mesmo parecendo surreal na visão de governantes e sociedade civil, a crise e a escassez de recursos bateram à porta da população mundial através de alterações climáticas, estiagens prolongadas, enchentes, deslizamentos, chuvas ácidas, poluição dos rios e mares e até mesmo extinção de espécies.

A necessidade de se preservar a natureza é reconhecida mundialmente e vem ganhando cada vez mais a conscientização de toda a população mundial. Tamanho foi o desequilíbrio do ecossistema do planeta que se fez necessária a união entre a denominada gestão ambiental e as ciências de gestão, com intuito de construção urgente de maneiras de lidar com a crise ambiental mundial. Prova disso é a implantação do Protocolo de Kyoto, o primeiro documento conjunto de metas de redução de emissão de gases responsáveis pelo efeito estufa adotado mundialmente, inicialmente por 141 países, sendo o único dispositivo legal existente que obriga países

desenvolvidos a reduzir as emissões de gases causadores do efeito estufa. O surgimento desta nova consciência ambiental ocorreu a partir das décadas de 70 e 80, ganhando dimensão como princípio fundamental da sobrevivência da espécie humana.

Para melhor compreensão do que é a gestão ambiental e sua importância social, é necessário inicialmente entender o que é o meio ambiente.

De acordo com WOLFF (*apud* PEREIRA; ANTONIO, 2006, p. 34):

Conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege vida em todas as suas formas, bem como da expressão recursos ambientais, definida como a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora.

Entre outras palavras, pode-se dizer que a gestão ambiental é, acima de tudo, uma questão de sobrevivência e sustentabilidade da espécie humana no planeta, tendo em vista que o meio ambiente é parte do processo produtivo.

Neste contexto, a gestão ambiental é compreendida como um conjunto de princípios básicos, estratégias e ações com objetivo de proteção à integridade e preservação dos recursos naturais.

5 Objetivos

5.1 Objetivo Geral

O objetivo geral deste trabalho consiste em analisar qual o papel, qual a relevância da participação das organizações empresariais no contexto ambiental, especificamente, no que diz respeito à efetivação do desenvolvimento sustentável, bem como a importância da gestão ambiental e seus recursos, neste processo.

5.2 Objetivos Específicos

- Realizar uma breve análise da evolução histórica da gestão ambiental;
- Apontar e comentar os principais instrumentos legais constantes no direito brasileiro;
- Descrever as principais certificações e normativas da gestão ambiental;
- Analisar a relevância da gestão ambiental sustentável e da responsabilidade social das organizações empresariais;
- Destacar o profissional da Gestão Ambiental, no contexto das organizações empresariais;
- Analisar a responsabilidade social e a gestão socialmente responsável das organizações empresariais;
- Apresentar exemplos reais de gestão sustentável.

6. Metodologia

Adota-se como marco teórico do presente estudo, o conceito de desenvolvimento sustentável apresentando pela Comissão de Brundtland, no relatório intitulado “Nosso Futuro Comum”, segundo o qual: “o desenvolvimento sustentável é o desenvolvimento que satisfaz as necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras satisfazerem as suas próprias necessidades”. (WORLD COMMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT, 1987 p. 41).

Ademais, no tocante aos processos de estudo, optou-se pela investigação do tipo jurídico-compreensiva ou jurídico-interpretativa e pela abordagem indutiva, à medida que almeja analisar o problema de forma analítica, crítica, compreendo a relevância da participação das organizações empresariais no contexto ambiental.

CAPÍTULO 1

1. Retrospectiva Histórica da Gestão Ambiental

De acordo com Dias (2011, p. 01), nos últimos 300 anos, o desenvolvimento tecnológico da humanidade foi inigualável. Em nenhum outro período histórico foram feitas tantas descobertas, em todos os campos da ciência, gerando uma incrível capacidade de produção e controle de elementos naturais.

A experiência dos seres humanos com o meio ambiente é um inter-relacionamento complexo entre condições físicas, químicas, biológicas, sociais, culturais e econômicas, que diferem de acordo com a geografia, a infraestrutura, a estação, a hora do dia e a atividade exercida. É necessário haver um claro entendimento das relações fundamentais entre as condições ecológicas, culturais e de saúde humana para que se desenvolva um meio ambiente saudável, com equidade social e desenvolvimento sustentável, fatores indispensáveis para a melhoria e a manutenção da saúde humana. (PHILIPPI JR, et, at, 2004, p.27).

Até o início do século XX, havia poucos acordos internacionais concernentes à matéria ambiental, sendo que, até então, prevalecia, no âmbito internacional, a regra da soberania absoluta, na qual os Estados eram considerados soberanos no uso dos recursos naturais existentes em seu território ou jurisdição, independentemente de qualquer restrição externa. Neste cenário, encontravam-se escassos ajustes que tratavam de assuntos como águas fronteiriças, direitos de navegação

Na segunda metade do século XX, com a intensificação do crescimento econômico mundial, os problemas ambientais se agravaram e começaram aparecer com maior visibilidade para amplos setores da população, particularmente dos países desenvolvidos, os primeiros a serem afetados pelos impactos provocados pela Revolução Industrial. Até o ano de 1962, os problemas derivados da relação do homem com o meio ambiente foram abordados de forma muito superficial. (DIAS, 2011, p.14).

Entre as décadas de 1930 e 1940, foram celebrados acordos para a preservação da fauna e flora de regiões determinadas, como, por exemplo, o hemisfério ocidental, através da Convenção de Washington para a proteção e preservação da vida natural e silvestre no hemisfério ocidental, de 1940.

Posteriormente, entre 1950 e 1970, os Estados priorizaram a negociação de acordos referentes a dois problemas específicos, que impunham desafios à comunidade internacional naquele momento histórico: a poluição marinha por óleo e os danos decorrentes do uso civil da energia nuclear. Sobre este assunto, alguns tratados foram celebrados, dentre os quais se destacam a Convenção para a prevenção da poluição do mar por óleo, de 1954, e a Convenção de Viena sobre responsabilidade civil por danos nucleares, de 1963.

Outrossim, devem ser mencionados outros dois relevantes acordos, concluídos no final da década de 60 e início dos anos 70, os quais dispunham acerca da preservação da natureza e seus recursos: Convenção Africana sobre a conservação da natureza e dos recursos naturais (1968) e Convenção de Ramsar sobre zonas úmidas (1971).

Entretanto, não obstante a existência de alguns acordos e decisões arbitrais, como exemplificado acima, neste primeiro período, que se estendeu de 1900 a 1972, não se verificou significativo desenvolvimento do direito internacional ambiental. O número de tratados e casos ainda era limitado e as matérias objeto de discussão restritas a problemas ambientais pontuais.

Destarte, a partir de 1972, o direito internacional ambiental recebe grande impulso, sobretudo, em decorrência, da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, ocorrida em Estocolmo, em 1972 a qual representou a primeira tentativa universal de elaboração de princípios e objetivos específicos para a proteção ambiental.

Nesta esteira, posteriormente, em defesa do meio ambiente dá-se outro grande passo, com a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro, em 1992, a qual é considerada como marco para o fortalecimento da disciplina, para a consolidação dos princípios adotados por ocasião da Conferência de Estocolmo e para a promoção de novas diretrizes principiológicas necessárias para o aprimoramento do sistema jurídico de proteção ambiental.

Anos antes, em 1983, visando à preparação do relatório para discussão na Conferência do Rio, em 1992, a Assembleia Geral das Nações Unidas instituiu a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento também conhecida como Comissão de Brundtland, em virtude de seu presidente, o então primeiro ministro norueguês Gro Harlem Brundtland, a qual possuía os três seguintes objetivos: reexaminar criticamente as questões relativas ao meio ambiente e ao desenvolvimento e formular propostas realistas para lidar com problemas decorrentes desta relação desenvolvimento-meio ambiente; propor novas formas de cooperação internacional sobre a matéria que pudessem influenciar políticas e eventos em direção às mudanças necessárias; e promover um consenso para ação dos indivíduos, organizações voluntárias, empresas, instituições e governos.

Com efeito, em 1987, foi publicado o relatório da Comissão de Brundtland, denominado “Nosso futuro comum sendo sua contribuição mais relevante a apresentação do conceito de desenvolvimento sustentável o qual, além de conciliar as questões relativas ao desenvolvimento econômico e a proteção do meio ambiente, também forneceu uma perspectiva inovadora para o tratamento da matéria ambiental, influenciando significativamente os rumos do direito internacional ambiental.

Assim, a partir do mencionado relatório, foi organizada a Conferência Internacional sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, em 1992, a qual contou com a participação de 172 Estados, além de diversos organismos internacionais e organizações não governamentais, resultando na adoção de quatro importantes documentos não-obrigatórios: (I) a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento na qual foram reiterados os princípios constantes da Declaração de Estocolmo, bem como previstos novos princípios, a exemplo, da responsabilidade comum, mas diferenciada (princípio 7); (II) Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas (III) a Convenção sobre Biodiversidade; e (IV) a Agenda 21 que contemplou uma lista de ações a serem implementadas pelos Estados nos anos subsequentes. Ademais, nesta oportunidade, também adotou-se a Declaração não obrigatória de princípios para o consenso global sobre a gestão, conservação e

desenvolvimento sustentável de todos os tipos de florestas bem como avançou-se na negociação da futura Convenção sobre Desertificação.

Outrossim, em decorrência dos trabalhos realizados na Conferência do Rio, sobretudo, os avanços obtidos em relação ao conceito emergente de desenvolvimento sustentável, foi instituída pelas Nações Unidas, a Comissão sobre o Desenvolvimento Sustentável a qual ficou incumbida, dentre outras atividades, de acompanhar o progresso dos Estados na implementação da Agenda 21.

Destarte, ao longo do século XX e início do século XXI, o aumento expressivo do arcabouço normativo de proteção, a proliferação de organizações ambientais (incluindo as criadas por tratados), a instituição e atuação do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente, da Comissão sobre Desenvolvimento Sustentável, entre outras ações, foram essenciais para o estabelecimento de uma nova ordem interestatal, baseada em um aspecto até então negligenciado pelos Estados, em maior ou menor medida, segundo a qual o meio ambiente constitui patrimônio mundial, cuja conservação e proteção diz respeito a toda a humanidade Nesta perspectiva, evidencia-se uma premissa básica e universal de que questão ambiental transcende a esfera doméstica de cada Estado, uma vez que a proteção internacional do meio ambiente incumbe a cada um dos atores internacionais (em sentido amplo), de forma individual e coletiva.

Na década de 80 a Organização das Nações Unidas (ONU) criou a Comissão Mundial sobre meio ambiente e desenvolvimento sustentável como um organismo independente. A década de 90 foi de importantes avanços de proteção e preservação ambiental, pois tornou-se um dos assuntos mais discutidos no mundo adquirindo maturidade pois a sociedade percebia a partir de então a importância de viver em equilíbrio com os recursos naturais e compreendendo que o descarte de resíduos no meio ambiente trazem serias consequências negativas e danos à própria sociedade.

Foi ainda nos anos 90 que foram regulamentadas as normas britânicas que orientaram a elaboração de um sistema de normas ambientais a BS 7750 que serviu como base para a Organização Internacional para Padronização ou *International Organization for Standardization* (I.S.O), também em escala mundial, a BS 7750 –

Especificações para Sistema de Gestão Ambiental, em inglês *Specification for Environmental Management Systems (SEMS)*. Os principais requisitos da norma são relativos à política ambiental, programas e sistemas de gestão; requisitos relativos à auditoria ambiental; requisitos relativos à validade dos verificadores e sua função e os exemplos de *drafts* de atestados de participação. As Normas Séries ISO 9000 (trata de normas que buscam gerir e garantir o controle da qualidade nas organizações) e 14000 (conjunto de normas que definem parâmetros e diretrizes de gestão ambiental para as organizações, sejam elas privadas ou públicas) contribuíram e tornaram-se relevantes no desenvolvimento de conceitos de sustentabilidade.

No Brasil, após a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada em junho de 1992, mundialmente conhecida como RIO-92, sociedade e organizações de todas as esferas tiveram acesso e conhecimento sobre a necessidade imediata de implantar ações e desenvolver novas atitudes de desenvolvimento econômico que degradassem o mínimo possível o meio ambiente e primando por sua preservação ao máximo.

A Carta da Terra e a Agenda 21 foram importantes documentos elaborados a partir da Rio-92, os quais traziam uma programação de ações governamentais apoiadas por instituições da sociedade civil de 179 países na busca de um novo padrão de desenvolvimento.

No mesmo sentido, a Rio+10, realizada em Johannesburgo, na África do Sul, em 2002, reforçou a inquietação da sociedade em escala mundial quanto à proteção e preservação do meio ambiente, bem como, dentre suas principais contribuições, analisou criticamente os resultados obtidos nos dez anos posteriores à Conferência do Rio (1992).

Contudo estes não foram os únicos documentos emitidos e encontros realizados em busca de soluções para as questões ambientais. Podemos destacar:

- ✓ Conferência de Estocolmo, na Suécia em 1972, quando vieram as primeiras recomendações de proteção ao meio ambiente;
- ✓ Conferência do Rio de Janeiro, no Brasil em 1992 – RIO 92 ou ECO 92, que recomendou cortes de emissões de gases que provocam o efeito estufa;

- ✓ Conferência de *Kyoto*, no Japão em 1997, ficou conhecida como Protocolo de *Kyoto* e estabeleceu a redução das emissões de gases de efeito estufa aos níveis de 1990;
- ✓ Conferência em Haia, na Holanda, no ano de 2000, que estabeleceu o Crédito de Carbono;
- ✓ Conferência em Bonn, na Alemanha, no ano de 2001, no qual se criou o fundo para países em desenvolvimento;
- ✓ Conferência de Copenhagen, na Dinamarca, no ano de 2009, que firmou a recomendação para não ultrapassar a temperatura média global de 2°C acima dos patamares da Revolução Industrial;
- ✓ Conferência de Cancun, no México em 2010, discutiu-se sobre o Fundo Global para fomentar pesquisas de desenvolvimento sustentável;
- ✓ Conferência do Rio de Janeiro em 2012 – Rio+20, que contribuiu para definir a agenda do desenvolvimento sustentável para as próximas décadas. Dentre tantos outros encontros regionalizados.

No Brasil em 2012, foi realizada Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente (UNCED), a Rio+20, a qual reuniu diversos chefes de Estados, de governos e representantes de todo o mundo caracterizado segundo Ban Ki-moon, (Secretário-Geral das Nações Unidas) como uma conferência de mais alto nível, pois foi um dos mais importantes encontros globais sobre o desenvolvimento sustentável de todos os tempos.

Enfim, a questão ambiental é uma realidade que chegou definitivamente nas organizações modernas, como uma estratégia de negócio.

1.1 Legislação Ambiental Brasileira

A legislação ambiental tem objetivo de assegurar a qualidade e preservação do meio ambiente. Para alcançar tais objetivos, foram instituídos direitos e deveres, normas de uso dos diversos ecossistemas, normas para disciplinar as atividades relacionadas à ecologia e ainda diversos tipos de unidade de conservação.

A legislação ambiental do Brasil é uma das mais completas e abrangentes do mundo, apesar de efetivamente não ser, na prática, cumprida integralmente e da forma mais correta, havendo falhas principalmente no setor de fiscalização.

A Constituição Federal, em seu artigo 225, prevê que “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”.

Em sede infraconstitucional, a Lei Federal n.º 6938/81, recepcionada pela Constituição Federal de 1988, instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, traçando em seu artigo art. 3º os conceitos de meio ambiente, degradação da qualidade ambiental e poluição:

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

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

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

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

- a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
- b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;
- c) afetem desfavoravelmente a biota;
- d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;
- e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos;

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

Embora muito polemizado por ruralistas e ambientalistas, em 25 de maio de 2012, após 12 anos de tramitação na Câmara dos Deputados, foi aprovado o Novo Código Florestal Brasileiro, Lei Federal n.º 12.651/12, que depreende sobre a proteção da vegetação nativa e dá outras providências, em seu artigo 1º-A, assenta seus objetivos e princípios, constituindo as fronteiras legais de proteção e defesa ambiental. Insta salientar que, neste contexto, não nos cumpre inovar no cotejo com a norma legal. É dicção do artigo 1º-A, parágrafo único, incisos I, II, III, IV, V e VI, *ipsis litteris*:

Art. 1º-A. Esta Lei estabelece normas gerais sobre a proteção da vegetação, áreas de Preservação Permanente e as áreas de Reserva Legal; a exploração florestal, o suprimento de matéria-prima florestal, o controle da origem dos produtos florestais e o controle e prevenção dos incêndios florestais, e prevê instrumentos econômicos e financeiros para o alcance de seus objetivos. (Incluído pela Lei nº 12.727, de 2012).

Parágrafo único. Tendo como objetivo o desenvolvimento sustentável, esta Lei atenderá aos seguintes princípios: (Incluído pela Lei nº 12.727, de 2012).

I - afirmação do compromisso soberano do Brasil com a preservação das suas florestas e demais formas de vegetação nativa, bem como da biodiversidade, do solo, dos recursos hídricos e da integridade do sistema climático, para o bem estar das gerações presentes e futuras; (Incluído pela Lei nº 12.727, de 2012).

II - reafirmação da importância da função estratégica da atividade agropecuária e do papel das florestas e demais formas de vegetação nativa na sustentabilidade, no crescimento econômico, na melhoria da qualidade de vida da população brasileira e na presença do País nos mercados nacional e internacional de alimentos e bioenergia; (Incluído pela Lei nº 12.727, de 2012).

III - ação governamental de proteção e uso sustentável de florestas, consagrando o compromisso do País com a compatibilização e harmonização entre o uso produtivo da terra e a preservação da água, do solo e da vegetação; (Incluído pela Lei nº 12.727, de 2012).

IV - responsabilidade comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, em colaboração com a sociedade civil, na criação de políticas para a

preservação e restauração da vegetação nativa e de suas funções ecológicas e sociais nas áreas urbanas e rurais; (Incluído pela Lei nº 12.727, de 2012).

V - fomento à pesquisa científica e tecnológica na busca da inovação para o uso sustentável do solo e da água, a recuperação e a preservação das florestas e demais formas de vegetação nativa; (Incluído pela Lei nº 12.727, de 2012).

VI - criação e mobilização de incentivos econômicos para fomentar a preservação e a recuperação da vegetação nativa e para promover o desenvolvimento de atividades produtivas sustentáveis. (Incluído pela Lei nº 12.727, de 2012).

A corroborar com o exposto acima, vale salientar o Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA, órgão consultivo e deliberativo do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA, estabelece a Política Nacional do Meio Ambiente. Criado em 1982, este Conselho tem como objetivo assessor o governo em políticas governamentais para exploração e preservação do meio ambiente e dos recursos naturais, bem como criar normas e determinar padrões compatíveis para um meio ambiente equilibrado.

Como se vê, fartos são os dispositivos legais que estabelecem o direito difuso da população ao meio ambiente equilibrado e à proteção à saúde. Neste contexto, ainda podemos citar outras normas jurídicas que corroboram para a preservação do nosso sistema ambiental, em sendo:

- ✓ Lei da Ação Civil Pública – número 7.347 de 24/07/1985. Lei de interesses difusos, trata da ação civil pública de responsabilidades por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e ao patrimônio artístico, turístico ou paisagístico;
- ✓ Lei dos Agrotóxicos – número 7.802 de 10/07/1989. A lei regulamenta desde a pesquisa e fabricação dos agrotóxicos até sua comercialização, aplicação, controle, fiscalização e também o destino da embalagem;
- ✓ Lei da Área de Proteção Ambiental – número 6.902 de 27/04/1981. Lei que criou as “Estações Ecológicas”, áreas representativas de ecossistemas brasileiros, sendo que 90 % delas devem permanecer intocadas e 10 %

podem sofrer alterações para fins científicos. Foram criadas também as “Áreas de Proteção Ambiental” ou APAS, áreas que podem conter propriedades privadas e onde o poder público limita as atividades econômicas para fins de proteção ambiental;

- ✓ Lei das Atividades Nucleares – número 6.453 de 17/10/1977. Dispõe sobre a responsabilidade civil por danos nucleares e a responsabilidade criminal por atos relacionados com as atividades nucleares. Determina que se houver um acidente nuclear, a instituição autorizada a operar a instalação tem a responsabilidade civil pelo dano, independentemente da existência de culpa. Em caso de acidente nuclear não relacionado a qualquer operador, os danos serão assumidos pela União. Esta lei classifica como crime produzir, processar, fornecer, usar, importar ou exportar material sem autorização legal, extrair e comercializar ilegalmente minério nuclear, transmitir informações sigilosas neste setor, ou deixar de seguir normas de segurança relativas à instalação nuclear;
- ✓ Lei de Crimes Ambientais – número 9.605 de 12/02/1998. Reordena a legislação ambiental brasileira no que se refere às infrações e punições. A pessoa jurídica, autora ou coautora da infração ambiental, pode ser penalizada, chegando à liquidação da empresa, se ela tiver sido criada ou usada para facilitar ou ocultar um crime ambiental. A punição pode ser extinta caso se comprove a recuperação do dano ambiental. As multas variam de R\$ 50,00 a R\$ 50 milhões de reais;
- ✓ Lei da Engenharia Genética – número 8.974 de 05/01/1995. Esta lei estabelece normas para aplicação da engenharia genética, desde o cultivo, manipulação e transporte de organismos modificados (OGM), até sua comercialização, consumo e liberação no meio ambiente. A autorização e fiscalização do funcionamento das atividades na área e da entrada de qualquer produto geneticamente modificado no país, é de responsabilidade dos Ministérios do Meio Ambiente, da Saúde e da Agricultura. Toda entidade que usar técnicas de engenharia genética é obrigada a criar sua Comissão Interna de Biossegurança, que deverá, entre outros, informar trabalhadores e a comunidade sobre questões relacionadas à saúde e segurança nesta atividade;
- ✓ Lei da Exploração Mineral – número 7.805 de 18/07/1989. Esta lei regulamenta as atividades garimpeiras. Para estas atividades é obrigatória

a licença ambiental prévia, que deve ser concedida pelo órgão ambiental competente. Os trabalhos de pesquisa ou lavra, que causarem danos ao meio ambiente são passíveis de suspensão, sendo o titular da autorização de exploração dos minérios responsável pelos danos ambientais. A atividade garimpeira executada sem permissão ou licenciamento é crime;

- ✓ Lei da Fauna Silvestre – número 5.197 de 03/01/1967. A lei classifica como crime o uso, perseguição, apanha de animais silvestres, caça profissional, comércio de espécies da fauna silvestre e produtos derivados de sua caça, além de proibir a introdução de espécie exótica (importada) e a caça amadorística sem autorização do Ibama. Criminaliza também a exportação de peles e couros de anfíbios e répteis em bruto;
- ✓ Lei das Florestas – número 4.771 de 15/09/1965. Determina a proteção de florestas nativas e define como áreas de preservação permanente (onde a conservação da vegetação é obrigatória) uma faixa de 30 a 500 metros nas margens dos rios, de lagos e de reservatórios, além de topos de morro, encostas com declividade superior a 45 graus e locais acima de 1.800 metros de altitude. Também exige que propriedades rurais da região Sudeste do país preservem 20 % da cobertura arbórea, devendo tal reserva ser averbada em cartório de registro de imóveis;
- ✓ Lei do Gerenciamento Costeiro – número 7.661 de 16/05/1988. Define as diretrizes para criar o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro, ou seja, define o que é zona costeira como espaço geográfico da interação do ar, do mar e da terra, incluindo os recursos naturais e abrangendo uma faixa marítima e outra terrestre. Permite aos estados e municípios costeiros instituírem seus próprios planos de gerenciamento costeiro, desde que prevaleçam as normas mais restritivas. Este gerenciamento costeiro deve obedecer as normas do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA);
- ✓ Lei da criação do IBAMA – número 7.735 de 22/02/1989. Criou o IBAMA, incorporando a Secretaria Especial do Meio Ambiente e as agências federais na área de pesca, desenvolvimento florestal e borracha. Ao IBAMA compete executar a política nacional do meio ambiente, atuando para conservar, fiscalizar, controlar e fomentar o uso racional dos recursos naturais;

- ✓ Lei do Parcelamento do Solo Urbano – número 6.766 de 19/12/1979. Estabelece as regras para loteamentos urbanos, proibidos em áreas de preservação ecológicas, naquelas onde a poluição representa perigo à saúde e em terrenos alagadiços;
- ✓ Lei da Política Agrícola – número 8.171 de 17/01/1991. Coloca a proteção do meio ambiente entre seus objetivos e como um de seus instrumentos. Define que o poder público deve disciplinar e fiscalizar o uso racional do solo, da água, da fauna e da flora; realizar zoneamentos agroecológicos para ordenar a ocupação de diversas atividades produtivas, desenvolver programas de educação ambiental, fomentar a produção de mudas de espécies nativas, entre outros;
- ✓ Lei da Política Nacional do Meio Ambiente – número 6.938 de 17/01/1981. É a lei ambiental mais importante e define que o poluidor é obrigado a indenizar danos ambientais que causar, independentemente da culpa. O Ministério Público pode propor ações de responsabilidade civil por danos ao meio ambiente, impondo ao poluidor a obrigação de recuperar e/ou indenizar prejuízos causados. Esta lei criou a obrigatoriedade dos estudos e respectivos relatórios de Impacto Ambiental (EIA-RIMA);
- ✓ Lei de Recursos Hídricos – número 9.433 de 08/01/1997. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos e cria o Sistema Nacional de Recursos Hídricos. Define a água como recurso natural limitado, dotado de valor econômico, que pode ter usos múltiplos (consumo humano, produção de energia, transporte, lançamento de esgotos). A lei prevê também a criação do Sistema Nacional de Informação sobre Recursos Hídricos para a coleta, tratamento, armazenamento e recuperação de informações sobre recursos hídricos e fatores intervenientes em sua gestão;
- ✓ Lei do Zoneamento Industrial nas Áreas Críticas de Poluição – número 6.803 de 02/07/1980.

A legislação tem sido um instrumento muito importante no controle e fiscalização das atividades, pois, contribui para a melhoria da gestão das organizações, inclusive para a implantação de medidas que resultam em proteção ambiental. A Constituição de 1988 garante em seu art. 225: “Todos têm direito ao meio ambiente [...] impondo-se ao

Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

De acordo com Andreoli, o sistema de Gestão Ambiental é uma ferramenta que ajuda a identificar os impactos que a empresa pode causar no ambiente e também propor melhorias de redução de tais impactos, a fim de criar novas oportunidades para a organização:

A implementação de um SGA constitui uma ferramenta para que o empresário identifique oportunidades de melhorias que reduzam os impactos das atividades de sua empresa sobre o meio ambiente, orientando de forma otimizada os investimentos para implementação de uma política ambiental eficaz, capaz de gerar novas receitas e oportunidades de negócio. (ANDREOLI 2011, p. 65).

1.2 Certificações e normativas da gestão ambiental

As normas e as certificações existem para padronizar produtos e serviços e foram criadas pela Organização Internacional para a Normatização - ISO, com o propósito de auxiliar os modos de fabricação de produtos, setor de comércio e prestação de serviços.

Com o intuito de estimular a responsabilidade social das empresas e indústrias, principalmente aquelas voltadas à produção de bens, foi criada uma série de certificados e selos que atestam a responsabilidade social, empresarial e ecológica das instituições. Dentre elas pode-se destacar:

- **Selo Empresa Amiga da Criança:** Selo criado pela Fundação Abrinq para empresas que não utilizem mão-de-obra infantil e contribuam para a melhoria das condições de vida de crianças e adolescentes;

- **ISO 14000:** O ISO 14000 é apenas mais uma das certificações criadas pela International Organization for Standardization (ISO). O ISO 14000, da mesma linha do ISO 9000, dá destaque às ações ambientais da empresa merecedora da certificação;
- **AA1000:** O AA1000 foi criada em 1996 pelo Institute of Social and Ethical Accountability. Esta certificação de cunho social enfoca principalmente a relação da empresa com seus diversos parceiros, ou “stakeholders”. Uma de suas principais características é o caráter evolutivo já que é uma avaliação regular (anual);
- **SA8000:** A “Social Accountability 8000” é uma das normas internacionais mais conhecidas. Criada em 1997 pelo Council on Economic Priorities Accreditation Agency (CEPAA), o SA8000 enfoca, primordialmente, relações trabalhistas e visa assegurar que não existam ações antissociais ao longo da cadeia produtiva, como trabalho infantil, trabalho escravo ou discriminação;
- **ABNT-ISO 26000:** No dia 1º de novembro de 2010, foi publicada a Norma Internacional ISO 26000 – Diretrizes sobre Responsabilidade Social, cujo lançamento foi em Genebra, Suíça. No Brasil, no dia 8 de dezembro de 2010, a versão em português da norma, a ABNT NBR ISO 26000, foi lançada em São Paulo. A norma é de grande utilidade a empresas interessadas em adotar programas de RSE uma vez que oferece orientações relacionadas a sete princípios norteadores de responsabilidade social:
 - “Accountability”: Ato de responsabilizar-se pelas consequências de suas ações e decisões, respondendo pelos seus impactos na sociedade, na economia e no meio ambiente, prestando contas aos órgãos de governança e demais partes interessadas declarando os seus erros e as medidas cabíveis para remediá-los.
 - Transparência: Fornecer às partes interessadas de forma acessível, clara, compreensível e em prazos adequados todas as informações sobre os fatos que possam afetá-las.

- Comportamento ético: Agir de modo aceito como correto pela sociedade – com base nos valores da honestidade, equidade e integridade, perante as pessoas e a natureza – e de forma consistente com as normas internacionais de comportamento.
- Respeito pelos interesses das partes interessadas (stakeholders): Ouvir, considerar e responder aos interesses das pessoas ou grupos que tenham interesse nas atividades da organização ou por ela possam ser afetados.
- Respeito pelo Estado de Direito: O ponto de partida mínimo da responsabilidade social é cumprir integralmente as leis do local onde está operando.
- Respeito pelas Normas Internacionais de Comportamento: Adotar prescrições de tratados e acordos internacionais favoráveis à responsabilidade social, mesmo que não haja obrigação legal.
- Direitos humanos: Reconhecer a importância e a universalidade dos direitos humanos, cuidando para que as atividades da organização não os agridam direta ou indiretamente, zelando pelo ambiente econômico, social e natural que requerem.

De acordo com a Associação Brasileira de Normas Técnicas (2011): “a normalização ajuda a controlar a quantidade e qualidade de produtos e procedimento existentes, [...] Normalização está presente na fabricação dos produtos, na transferência de tecnologia, na melhoria da qualidade de vida através de normas relativas à saúde, à segurança e à preservação do meio ambiente”. (ABNT, 2011). Ou seja, as normas ISO 14000 tem como objetivo melhorar a qualidade do ambiente e ajudar a atingir o desenvolvimento sustentável.

CAPÍTULO II GESTÃO AMBIENTAL E RESPONSABILIDADE SOCIAL DAS ORGANIZAÇÕES

2. O Profissional da Gestão Ambiental

A grande necessidade de adequação dos processos produtivos à preservação ambiental vem fazendo com que as empresas, organizações e instituições busquem a utilização de processos menos impactantes sobre o meio ambiente, desta forma, buscam a redução de resíduos emitidos em agressão a esse meio.

Nos anos 90, possuir um certificado ISO 9000 era sinônimo de comprometimento com a qualidade. Atualmente, ainda como referência, possuir o certificado não é garantia de respeito às normas e condições de preservação do meio ambiente.

Existe uma nova realidade, em relação à certificação ambiental estabelecida pela ISO 14001, onde há espaço para trilhar um novo campo de trabalho e neste caminho surge um novo profissional: o Gestor Ambiental, apto a planejar, desenvolver e executar projetos que visam à conservação ambiental, tais como programas de reciclagem e de educação ambiental. Pode ainda, realizar análises de poluição industrial do solo, da água e do ar e gerir a exploração de recursos naturais, elaborando estratégias de minimização de impactos ambientais. Por ser um profissional que atua em todos os setores nas organizações, o gestor ambiental deve ter uma formação interdisciplinar. Sendo indispensável ter conhecimentos em Comunicação, Economia e principalmente temas relacionados com o meio ambiente, fundamentais para o desenvolvimento de políticas ambientais, planejamento e administração de programas de gerenciamento ambiental, controle de qualidade, implantação de certificações e preservação ambiental.

A adoção de um modelo de gestão ambiental faz com que haja coerência na realização de atividades desenvolvidas por diferentes pessoas, em diversos momentos e locais e sob diferentes modos de ver as mesmas questões. Embora representem uma simplificação da realidade empresarial, esses modelos permitem orientar as decisões sobre como, quando, onde e com quem abordar os problemas ambientais e como essas decisões se relacionam com as demais questões empresariais. As empresas

podem criar seus próprios modelos de gestão ambiental ou se valer dos diversos modelos genéricos ou específicos para empresas de um dado setor que começaram a ser criados a partir da década de 1980. (Barbieri, 2011, p. 119.)

A gestão ambiental é uma área estratégica, por isso, a missão do gestor ambiental é conciliar os negócios com o desenvolvimento sustentável, de respeito ambiental. Esse profissional é responsável pela definição da política de meio ambiente que a organização ou instituição, pública ou privada, deve seguir, sua atuação está voltada para a produção/prestação de serviço que cause o menor impacto ao meio ambiente, reduzindo custos, aumentando a qualidade dos produtos/serviços. Preservar o meio ambiente deixou de ser tarefa apenas para ecologistas, biólogos e ativistas.

O campo de atuação do gestor ambiental está alicerçado em três vertentes:

- Poder público: governos federal, estadual e municipal. O gestor poderá lidar com sistemas de licenciamento, gestão de recursos hídricos, proteção de mananciais, clima e biodiversidade, entre outros assuntos;
- Empresas de consultoria: realização de estudos ambientais para empresas, sistemas de gestão para indústrias e auditorias para as mais diversas certificações ISO, especialmente a ISO 14000, específica para o meio ambiente;
- Grandes organizações, públicas e privadas, que a cada dia necessitam de uma gestão ambiental mais eficaz.

Por ser uma área relativamente nova, ainda há controvérsias até mesmo em relação à regulamentação da profissão de gestor ambiental. Oficialmente, a profissão não é regulamentada em organizações privadas, o que não quer dizer que não exista e seja calcada em prática, pois sem a presença de um gestor ambiental ou mesmo uma programação de gestão ambiental, a empresa não poderá resolver as questões ambientais ou mesmo prevenir possíveis consequências negativas relacionadas aos seus processos de produção.

2.1. Responsabilidade Social

Inicialmente, faz-se necessária uma ligeira análise do termo “responsável”, a fim de se estabelecer uma relação entre a responsabilidade e as idéias de dolo e culpa, sendo que nesta última, a imprudência, a negligência ou imperícia do responsável.

Um dos aspectos mais notáveis do movimento gerado em torno da questão ambiental é a responsabilidade social das instituições sejam do setor público, privado ou terceiro setor. A responsabilidade social em questões ambientais tem-se traduzido em adoção de práticas que extrapolam os deveres básicos tanto do cidadão quanto das organizações. Pode-se afirmar que a responsabilidade social é muito mais do que um conceito, é um valor agregado à instituição que reflete nas atitudes de todos os colaboradores e parceiros.

Para Dias (2006, p. 161):

O papel das organizações esta mudando, ainda que lentamente, mas com rumo definido para uma responsabilidade social, inserindo-se com mais um agente de transformação e de desenvolvimento nas comunidades; participando ativamente dos processos sociais e ecológicos que estão no seu entorno e procurando obter legitimidade social pelo exemplo, e não mais unicamente pela sua capacidade de produzir. Ao seu papel econômico que continua fundamental, agrega-se outro que assume conscientemente, de assumir maior responsabilidade social, onde se inclui a perspectiva ambiental.

Ética vem do grego *ethos*, e significa aquilo que deve ser, define o bem e o mal. A ética é a ciência que estuda e estabelece os fins que serão norteadores das ações (LIBERAL, 2006).

Interagir eticamente nas questões sociais e na cultura sócio-política e econômica não deve ser somente uma questão dos países desenvolvidos, mas do mundo todo e também do Brasil, que ganha vigor no papel das organizações como agentes sociais no processo de desenvolvimento. É fundamental que as organizações assumam não só o papel de produtoras de bens e serviços, mas também o de responsável pelo bem-estar de seus colaboradores e pelo ambiente social no qual está inserida, determinando o sucesso mercadológico.

A empresa para ser reconhecida como tal, necessariamente tem que se embasar na ética e no cumprimento de todos os seus deveres perante o Estado, os empregados e seus dependentes, seus acionistas, sua cadeia de fornecedores, instituições e sociedade de uma maneira geral. Deve ser incontestavelmente uma cumpridora das leis vigentes e preservadora do meio ambiente. (SIQUEIRA; SPERS, 2003, p.5).

A ética, a moral e a responsabilidade determinam a perfeição do ser. Acostumados a confundir os meios com os fins, não se consegue visualizar claramente o fim último da existência humana. Por isso, o erro crasso de conceber a moral como um mero e fastidioso catálogo de proibições, salienta Gregório (2008).

Já a responsabilidade legal é a busca da sociedade a uma prestação de contas mais transparente e clara em relação dos resultados sociais das políticas públicas que se implementam, de modo a se ter, não apenas o patrimônio econômico financeiro, mas também o balanço social.

2.2 Evolução da responsabilidade social

Segundo o Instituto Ethos; Sebrae (2003), o movimento em torno da responsabilidade social no Brasil surgiu nos anos 1980, impulsionado por uma sequência de eventos sociais e políticas que expressaram uma mudança de atitude por parte dos cidadãos, e em especial da comunidade empresarial brasileira.

Em um conceito de responsabilidade social empresarial, o envolvimento popular e de organização da sociedade civil continuou a crescer durante os anos 1990. A conferência Rio 92 empurrou a questão ambiental para o topo da agenda mundial de discussões.

A ênfase nas questões sociais e ambientais mudou o comportamento do cidadão brasileiro. Várias entidades empresariais foram criadas para lidar com temas sociais, direitos humanos e sustentabilidade ambiental, incentivando o desenvolvimento comunitário social e difundindo a responsabilidade corporativa dentre elas o Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social, organização criada para promover a cultura da gestão empresarial balizada pelos princípios éticos.

Segundo Carvalho; Milani e Toledo (2003), a responsabilidade social é um processo que nunca se esgota. Não dá para dizer que uma organização chegou ao limite de sua responsabilidade social, pois sempre há algo a se fazer. Assim, o primeiro passo é a organização fazer uma autoavaliação que possa indicar onde é necessário melhorar suas políticas e práticas e, a partir daí, estabelecer um cronograma de ações que devem ser realizadas pela mesma. É um processo educativo que evolui com o tempo.

Vários assuntos cresceram tanto em importância nas organizações quanto a responsabilidade social corporativa. As organizações têm cada vez mais aumentado sua preocupação com este tema. A cada ano, mais organizações estão ingressando nessa tendência mundial e estão aperfeiçoando sua visão sobre o que é ser socialmente responsável.

As organizações devem medir seu sucesso não só com base no desempenho financeiro, mas também sob o ponto de vista de seus impactos sobre a economia, meio ambiente e sociedade em que atuam, não só hoje, mas no futuro. Elas precisam preencher critérios de gestão responsável, meio ambiente e governança corporativa, incluindo fatores como direitos humanos e corrupção (MION, 2007).

No entanto, as organizações devem não apenas mostrar suas boas intenções, devem efetivamente contribuir para a sustentabilidade, garantindo o próprio futuro e o da sociedade. As organizações que adotam um modelo de gestão baseado na responsabilidade social estão sintonizadas com um mundo globalizado, cada vez mais exigente e dinâmico. Uma organização socialmente responsável deve ter valores internalizados em sua cultura e não somente publicados em *banners* ou em quadros que colocam na parede. Devem, portanto, mostrar na prática boas ações que influenciaram a vida de milhares de pessoas hoje e amanhã. Ou seja, ser socialmente responsável é ser competitivo, afirma Mion (2007).

2.3 A gestão socialmente responsável

Uma organização que assume uma postura comprometida com a responsabilidade social e a gestão ambiental torna-se agente de uma profunda mudança cultural, contribuindo para a construção de uma sociedade mais justa e solidária.

Nos fatores revolução tecnológica e educacional, os limites ambientais não explicam por si só, o momento em que se vive. Outras variáveis merecem destaque. No Brasil de 1900, somente uma minoria da população tinha acesso à educação, hoje se tem um número alto de pessoas alfabetizadas, capazes de ler, escrever e obter informações. Segundo o Censo Demográfico do IBGE, no ano de 2000, o número de pessoas alfabetizadas ultrapassou a marca dos 120 milhões, representando 75% da população. (INSTITUTO ETHOS; SEBRAE, 2003).

Ainda de acordo com Instituto Ethos; Sebrae (2003), os desafios diante do novo quadro ambiental são: redesenhar processos para melhor uso dos recursos naturais; conhecer melhor a origem e o destino do material usado e processado; entender as particularidades desses aspectos no negócio. As oportunidades são: reduzir gastos em função da melhor administração dos recursos; criar produtos e serviços elaborados com maiores cuidados em relação ao impacto ambiental e que atendam aos consumidores mais atenciosos.

Neste novo contexto mundial as organizações tendem a mudar, tornando ultrapassados os dias da produção em massa e da padronização. As novas organizações passam a sobreviver baseadas na informação, em detrimento do acesso às matérias primas; o cliente transforma-se no centro da organização, pois a cadeia de produção e processo de gestão são adaptados por todas as organizações.

Assim, o novo paradigma da organização é completamente diferente do nascido há cerca de 100 anos que corresponde às teorias clássicas de organização e de gestão. Estabelecendo um contraste entre as velhas e as novas organizações, verifica-se que o importante agora é a inteligência; a capacidade de fazer uso inteligente da informação e criar ideias que acrescentam valor e aumentem a competitividade.

As crescentes mudanças e expectativas de clientes, de fornecedores, do pessoal interno e dos gestores, a organização do futuro tem de agir de forma responsável em

seus relacionamentos internos e externos. Se é um modismo ou não, o fato é que o marketing ambiental a partir de agora passa a procurar novas estratégias de persuasão do cliente, a marca não é apenas um elemento de distinção, mas um promotor de valores políticos sociais e ambientais. Este novo consumidor, consciente de seu papel na preservação dos recursos, entende que cabe às organizações uma boa parte de responsabilidade pelas sociedades futuras.

Os novos tempos caracterizam-se por uma rígida postura dos clientes, voltada à expectativa de interagir com organizações que sejam éticas, com boa imagem institucional no mercado e que atuem de forma ecologicamente responsável. Exemplo disto há bem pouco tempo circulou na mídia o resgate de cães utilizados em teste de cosméticos no Estado de São Paulo, houve uma comoção nacional e queda brusca nas vendas das empresas anunciadas como praticantes de tais experimentos. Em outras palavras, as instituições devem atuar para melhorar a sociedade como um todo, desde sua inclusão em programas de saúde e educação, até o respeito com os animais no processo de produção dos seus produtos, como o exemplo exposto. E, ao que tudo indica, não se trata de mais um modismo. É um processo permanente, no qual os indivíduos e a comunidade tomam consciência do seu meio ambiente e adquirem conhecimentos, habilidades, experiências, valores e a determinação que os tornam capazes de agir, individual ou coletivamente, na busca de soluções para os problemas ambientais, presentes e futuros (RIGONAT *apud* Rodrigues e Costa, 2004), e neste contexto a educação ambiental apresenta-se como um elemento indispensável para a transformação da consciência ambiental e pode levar à mudança de valores e comportamentos.

A Educação Ambiental é um ramo da educação cujo objetivo é a disseminação do conhecimento sobre o ambiente, a fim de ajudar à sua preservação e utilização sustentável dos seus recursos. As discussões sobre a Educação Ambiental surgiram de uma necessidade histórica, que desde os anos 60 se discute a relação do homem com a natureza e se tenta buscar alternativas sustentáveis.

É notória e sabida a importância de educar: conscientizar o cidadão na gestão de recursos naturais não seria diferente. Prova disso é que a Constituição da República

Federativa do Brasil de 1988 dedicou o Capítulo VI ao Meio Ambiente e no Art. 225, Inciso VI, determina:

Art. 225º - 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.

VI - ao "... Poder Público, promover a Educação Ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente.

A Conferência da ONU sobre o Meio Ambiente de Desenvolvimento (Rio- 92) através da Agenda 21, um Plano de ação para o século XXI, com o objetivo de promover o desenvolvimento sustentável, a estratégia mais viável para enfrentar esse desafio. Reconhece-se também que o desafio fundamental para a construção de uma sociedade sustentável é a Educação.

O conceito de Educação Ambiental varia de interpretações, de acordo com cada contexto, conforme a influência e vivência de cada um. Para muitos, a Educação Ambiental restringe-se em trabalhar assuntos relacionados à natureza: lixo, preservação, paisagens naturais, animais, etc. Dentro desse enfoque, a Educação Ambiental assume um caráter basicamente naturalista. Atualmente, a Educação Ambiental assume um caráter mais realista, embasado na busca de um equilíbrio entre o homem e o ambiente, com vista à construção de um futuro pensado e vivido numa lógica de desenvolvimento. Para isso devemos modificar a forma de transmissão dos conteúdos da nossa educação tradicional, que se baseia na possibilidade de conhecer sem vivenciar as informações e sem inseri-las num contexto, ou seja, sem se comprometer com o conhecimento e sem transformá-lo num saber, criando um sistema educacional formal muito complexo e extenso em conteúdo (MENDONÇA, 2007). Neste contexto, a educação Ambiental é uma ferramenta de educação para o desenvolvimento sustentável dos recursos naturais diminuição do impacto de degradação, e preservação da natureza num todo sendo este o caminho para a gestão ambiental responsável.

A Educação Ambiental é o primeiro passo, de uma grande caminhada rumo à gestão ambiental eficaz que temos que enfrentar para dar início a um processo de transformação no pensamento do ser humano. Temos o conhecimento de que fazer um planejamento ambiental é fácil, a dificuldade está em concretiza-lo, isto é, funcionam muito bem no papel, quase sempre esbarram em obstáculos na prática. É um trabalho difícil e demorado a conscientização dos problemas ambientais, entretanto não é impossível, depende de nosso trabalho, de nossa dedicação, de nossa participação em programas de um projeto de longo prazo interligado com diversas entidades. A preservação do meio ambiente é de suma importância para a continuação da sobrevivência da humanidade

2.4 Exemplos reais de Gestão Sustentável

Gestão Sustentável é sinônima de Progresso aliado à preservação ambiental. Crescer, sim, mas de forma consciente, sabendo que algumas atitudes, menores ou maiores, refletem diretamente, mesmo que a longo prazo, para a obtenção de um meio ambiente mais saudável. Insta salientar que cada gesto, traz consigo uma bagagem enorme de aprendizado, traz consigo inspiração para outros gestos concretos, e, assim, muda-se o espaço ao redor, o que de forma contagiante, vai mudando outros espaços. O meio ambiente agradece.

A reciclagem, por exemplo, é uma forma de reaproveitamento do que foi descartado, considerado lixo, e, no entanto, pode ser reutilizado de outra maneira, evitando assim ser jogado na natureza. Outro ponto importante é a observação da maneira correta de fazer o descarte de equipamentos eletrônicos, baterias e pilhas em locais apropriados para que empresas especializadas possam dar um destino correto a este material.

A reutilização da água que é utilizada em indústrias seria economicamente viável à empresa e evitaria a contaminação do solo por materiais químicos. Assim como a reutilização da água nas residências em atividades domésticas, o que seria de grande valia na economia familiar.

Falar do reflorestamento já se tornou um bordão, pois esta tecla está sendo batida, anteriormente por ambientalistas e na atualidade pela sociedade como um todo. Uma forma de compensação à mãe natureza. Caso necessário, por motivo de subsistência, desmatar em um determinado local, nada mais justo que replantar em outro. Neste sentido, estamos preservando nossos mananciais que tanto necessitam da área verde para não secarem.

Ainda pouco utilizada, até mesmo pelo custo financeiro, a energia limpa e renovável esta cada vez mais difundida. É certo que com o desenvolvimento tecnológico, necessário se faz de cada vez mais energia, sendo assim, nada como empregar uma forma de gerar energia que se renova, como a gerada pelos ventos (eólica), ou pela luz solar (energia solar) e outras.

A extração dos recursos naturais, minerais e vegetais, de forma orientada, sem causar impacto ambiental, é outro ponto a se abordar. Não prejudicar a fauna e a flora ao fazer colheita, é uma maneira de evitar extinção de espécies que muito dependem daquele habit para sobreviverem. Não promoverem a pesca desmedida, sem orientação, sem critério, principalmente de espécies marinhas que correm risco de extinção. Já existem vários procedimentos neste sentido, que estabelecem períodos específicos para a pesca de determinadas espécies de peixe.

Fazer uso do conhecimento tecnológico a bem de desenvolver novas tecnologias capazes de reduzir a poluição emitida, aliando assim, desenvolvimento, conforto e meio ambiente saudável.

CONCLUSÃO

A intensificação dos problemas ambientais contemporâneos, como a escassez de recursos naturais, o acelerado aquecimento do globo terrestre, a ameaça e extinção de espécies da fauna e flora, a emissão exacerbada de poluentes, a crise hídrica, entre outros, tem lançado contínuos e completos desafios à disciplina da gestão ambiental,

impulsionando a busca por soluções capazes de reverter este cenário de degradação ambiental, a partir de uma atuação efetiva não somente dos setores públicos, mas também da iniciativa privada, a qual apresenta papel fundamental para a promoção e proteção do meio ambiente.

Neste sentido, o objetivo central deste estudo foi analisar a importância da participação efetiva das organizações econômicas nas atividades, programas e ações voltadas à proteção e preservação do meio ambiente, de modo a tornar possível o desenvolvimento sustentável, tanto em âmbito interno quanto internacional.

Com efeito, pode-se constatar, nesta pesquisa, que não é possível pensar e, sobretudo, implementar o desenvolvimento sustentável, fundamentado na gestão racional e equilibrada dos recursos naturais e na compatibilização dos interesses econômicos, sociais e ambientais, sem a participação efetiva das organizações empresarias, em conjunto e sintonia de propósitos com o Poder Público e com a sociedade em geral.

O meio ambiente deve ser compreendido como bem comum da humanidade, como patrimônio ecológico mundial, conforme ressalta José Juste Ruiz, sendo que sua proteção incumbe a cada integrante da sociedade, tanto do setor público quanto privado.

REFERÊNCIAS

ANDREOLI, Cleverson V. **Gestão Ambiental**. Disponível em: <http://www.fae.edu/publicacoes/pdf/empresarial/6.pdf>. Acesso dia 21 maio de 2015.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS – ABNT. **NBR ISO 14001: Sistemas de Gestão Ambiental – Especificação e Diretrizes para Uso**. Rio de Janeiro, 2011.

____. **NBR ISO 14001: Sistemas de Gestão Ambiental – Especificação e Diretrizes para Uso.** Rio de Janeiro, 1996.

____. **NBR ISO 14004: Sistemas de Gestão Ambiental – Diretrizes Gerais sobre Princípios, Sistemas e Técnicas de Apoio.** Rio de Janeiro, 1996.

____. Disponível em: <<http://www.abnt.org.br>>. Acesso em: 3 jun. 2015.

BARBIERI, José Carlos. **Gestão ambiental empresarial: conceitos, modelo e instrumentos.** São Paulo: Saraiva 2011.

DIAS, Reinaldo. **Gestão Ambiental: Responsabilidade Social e Sustentabilidade.** 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GREGÓRIO, S. B. Ética e responsabilidade. Portal do Espírito. [s.l.], [s.d.]. Disponível em: < <http://www.espirito.org.br/portal/artigos/sergio-biagi/ensaioetica-e-responsabilidade.html> >. Acesso em 10 de março 2015.

INSTITUTO ETHOS DE EMPRESAS E RESPONSABILIDADE SOCIAL. **Perguntas frequentes.** São Paulo, 2013. Disponível em: <http://www.ethos.org.br/DesktopDefault.aspx?TabID=3344&Alias=Ethos&Lang=>. Acesso em: 10 jun 2015.

PHILIPPI JUNIOR, Arlindo; ROMEIRO, Marcelo de Andrade; COLLET, Gilda Bruna. **Curso de Gestão Ambiental.** São Paulo: Manole, 2004 – (Coleção Ambiental).

MENDONÇA, Cláudio. **Como aliar meio ambiente e economia.** Disponível em: <http://educacao.uol.com.br/geografia/ult1701u11.jhtm>. Acesso em: 14 maio 2015.

MION, C. R. **Responsabilidade social corporativa**. São Paulo: O Gerente. Disponível em: http://www.ogerente.com.br/novo/artigos_sug_ler.php?canal=9&canallocal=30&canalsub2=97&id=534. Acesso em: 30 out. 2015.

PEREIRA, C. A. S.; ANTONIO, R. L. **Gestão Ambiental**. 2006. Monografia (Graduação em Administração) – UNISALESIANO, Centro Universitário Católico Salesiano Auxilium, Lins.

MUNDO EDUCAÇÃO. **Impactos Ambientais**. Disponível em: <http://mundoeducação.bol.uol.com.br/biologia/impactos-ambientais.htm>. Acesso em: 28 abril 2016.

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm>
Acesso em: 30 de Abril de 2016.

< <http://planetaorganico.com.br/site/index.php/meio-ambiente-as-17-leis-ambientais-do-brasil/>> Acesso em: 10 de Maio de 2016.

SUAPESQUISA.com<http://www.suapesquisa.com/ecologiasaude/exemplos_desenvolvimento_sustentavel.htm> Acesso em: 04 de Maio de 2016.

WORLD COMMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT. **Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future**. Disponível em: www.un-documents.net/our-common-future.pdf. Acesso em: 04/10/2015.