

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 798

(Ano IX)

(22/04/2017)

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

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



17/04/2017 Kiyoshi Harada

» [Contribuição para financiamento da seguridade social - Cofins](#)

ARTIGOS

20/04/2017 Tauã Lima Verdán Rangel

» [O Direito Subjetivo às Ruas: A Função de Circular das Vias Urbanas à luz da Ambiência Contemporânea](#)

20/04/2017 Eduardo de Sousa Bílio

» [Dworkin e a tipologia dos conceitos](#)

20/04/2017 Felipe Teixeira Dias

» [O princípio da isonomia: a diversidade como centro de estudos sociais](#)

20/04/2017 Daniele da Silva

» [A realidade brasileira sobre o tráfico de órgãos.](#)

19/04/2017 Tadeu Furtado de Oliveira Alves

» [Interpretação e aplicação das normas constitucionais](#)

19/04/2017 Caio Lucio Fenelon Assis Barros

» [A EC/RO nº 80/2012 - RO e a evolução do papel do MP na sociedade brasileira](#)

19/04/2017 Joás Pessoa da Cruz

» [Orçamento participativo - passaporte para cidadania](#)

19/04/2017 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Primeiras Linhas ao Zoneamento Ambiental: Ponderações ao Instrumento de Ordenação do Uso e Ocupação do Solo](#)

18/04/2017 Joás Pessoa da Cruz

» [Aspectos contemporâneos na tributação dos portadores de câncer](#)

18/04/2017 Wellington Cacemiro

» [O estupro de vítimas do sexo masculino e o hipotético direito ensejado pela eventual concepção indevida](#)

18/04/2017 Rafaelle Jhonathas de Sousa Guimaraes

» [A relevância da fotografia nos locais de infrações penais.](#)

18/04/2017 Aline Bezerra Marques

» [Famílias codependentes também precisam de ajuda](#)

18/04/2017 Tauã Lima Verdan Rangel

» [Da Ordenação Urbanística para Fins Turísticos: Primeiras Ponderações sobre o Tema](#)

17/04/2017 Tadeu Furtado de Oliveira Alves

» [Conceito e características dos direitos humanos fundamentais](#)

17/04/2017 Rafaelle Jhonathas de Sousa Guimaraes

» [Novas frentes tecnológicas nas atividades da persecução penal](#)

17/04/2017 Alexandre Atualpa Selayaran

» [Direito à saúde, reserva do possível e o Supremo Tribunal Federal: breves considerações teórico-práticas](#)

17/04/2017 Tauã Lima Verdan Rangel

» [Ponderações à Política Nacional de Turismo: Breves Comentários à Lei nº 11.771/2008](#)

MONOGRAFIA

19/04/2017 Débora Pontes Macedo

» [Governança da Internet: Política Internacional no Ciberespaço](#)

17/04/2017 José de Deus Alves Souza

» [Mandado de Segurança: direito subjetivo à nomeação em concursos públicos](#)

O DIREITO SUBJETIVO ÀS RUAS: A FUNÇÃO DE CIRCULAR DAS VIAS URBANAS À LUZ DA AMBIÊNCIA CONTEMPORÂNEA

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

Resumo: O meio ambiente artificial, também denominado humano, se encontra delimitado no espaço urbano construído, consistente no conjunto de edificações e congêneres, denominado, dentro desta sistemática, de espaço urbano fechado, bem como pelos equipamentos públicos, nomeados de espaço urbano aberto. Cuida salientar, ainda, que o meio-ambiente artificial alberga, ainda, ruas, praças e áreas verdes. Trata-se, em um primeiro contato, da construção pelo ser humano nos espaços naturais, isto é, uma transformação do meio-ambiente natural em razão da ação antrópica, dando ensejo à formação do meio-ambiente artificial. Além disso, pode-se ainda considerar alcançado por essa espécie de meio-ambiente, o plano diretor municipal e o zoneamento urbano. Nesta esteira, o parcelamento urbanístico do solo tem por escopo efetivar o cumprimento das funções sociais da sociedade, fixando regramentos para melhor aproveitamento do espaço urbano e, com isso, a obtenção da sadia qualidade de vida, enquanto valor agasalhado pelo princípio do meio ecologicamente equilibrado, preceituado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Ora, não se pode olvidar que o meio-ambiente artificial é o local, via de regra, em que o ser humano se

desenvolve, enquanto indivíduo sociável, objetivando-se a sadia qualidade de vida nos espaços habitados.

Palavras-chaves: Meio Ambiente Artificial. Plano Diretor Urbano. Estatuto das Cidades. Direito Subjetivo à Rua.

Sumário: 1 Ponderações Introdutórias: A construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito; 2 Comentários à concepção de Meio Ambiente; 3 Ponderações ao Meio Ambiente Artificial: Introdução à Ambiência do Homem Contemporâneo; 4 Objetivo da Política de Desenvolvimento Urbano; 5 As Cidades Sustentáveis como Paradigma perseguido pelo Estatuto das Cidades: A Ambiência Urbana Contemporânea e seus matizes como o Meio Ambiente Artificial; 6 O Direito Geral à Rua: Singelas Reflexões decorrentes do Direito Municipal e Urbanístico; 7 O Direito Subjetivo às Ruas: A Função de Circular das Vias Urbanas à luz da Ambiência Contemporânea

1 Ponderações Introdutórias: A 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 a ênfase reclamada, 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.

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, com cores quentes, 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 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, 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 coloca em destaque que:

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].

Ora, é conveniente anotar que os direitos inseridos sob a rubrica *terceira dimensão* assenta seus feixes principiológicos na promoção e difusão da solidariedade. Ao lado disso, não é possível olvidar que tal sedimento ideológico volta-se para a espécie humana na condição de coletividade, superando a tradicional ótica que privilegia o aspecto individual do ser humano. Ademais, segundo o magistério de Paulo Bonavides, “*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 Federal 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. 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 de 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 aceção conceitual de meio ambiente, coloca em destaque que tal tema se assenta em um ideário jurídico indeterminado, incumbindo, ao intérprete das leis, promover o seu preenchimento. Dada à fluidez do tema, é possível colocar em evidência que o meio ambiente encontra íntima e umbilical relação com os componentes que cercam o ser humano, os quais são de imprescindível relevância para a sua existência. O Ministro Luiz Fux, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº. 4.029/, 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 da República Federativa do Brasil de 1988, faz menção aos já nascidos (presente geração) e ainda aqueles que estão por nascer (futura

geração), cabendo àqueles zelar para que esses tenham à sua disposição, no mínimo, os recursos naturais que hoje existem. Tal fato encontra como arrimo a premissa que foi reconhecido ao gênero humano o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao gozo de condições de vida adequada, em ambiente que permita desenvolver todas as suas potencialidades em clima de dignidade e bem-estar. Pode-se considerar como um direito transgeracional, ou seja, ultrapassa as gerações, logo, é viável afirmar que o meio-ambiente é um direito público subjetivo. Desta feita, o ideário de que o meio ambiente substancializa patrimônio público a ser imperiosamente assegurado e protegido pelos organismos sociais e pelas instituições estatais, qualificando verdadeiro encargo irrenunciável que se impõe, objetivando sempre o benefício das presentes e das futuras gerações, incumbindo tanto ao Poder Público quanto à coletividade considerada em si mesma. Assim, decorrente de tal fato, produz efeito *erga omnes*, sendo, portanto, oponível contra a todos, incluindo pessoa física/natural ou jurídica, de direito público interno ou externo, ou mesmo de direito privado, como também ente estatal, autarquia, fundação ou sociedade de economia mista. Impera, também, evidenciar que, como um direito difuso, não subiste a possibilidade de quantificar quantas são as pessoas atingidas, pois a poluição não afeta tão só a população local, mas sim toda a humanidade, pois a coletividade é indeterminada. 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.

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, manifestasse na salubridade, precipuamente, ao vincular a espécie humana está se tratando do bem-estar e condições mínimas de existência. Igualmente, o sustentáculo em análise se corporifica também na higidez, ao cumprir os preceitos de ecologicamente equilibrado, salvaguardando a vida em todas as suas formas (diversidade de espécies). Por derradeiro, o quarto pilar é a corresponsabilidade, que impõe ao Poder Público o dever geral de se responsabilizar por todos os elementos que integram o meio ambiente, assim como a condição positiva de atuar em prol de resguardar. Igualmente, tem a obrigação de atuar no sentido de zelar, defender e preservar, asseverando que o meio-ambiente permaneça intacto. Aliás, este último se diferencia de conservar que permite a ação antrópica, viabilizando melhorias no meio ambiente, trabalhando com as premissas de desenvolvimento sustentável, aliando progresso e conservação. Por seu turno, o cidadão tem o dever negativo, que se apresenta ao não poluir nem agredir o meio-ambiente com sua ação. Além disso, em razão da referida corresponsabilidade, são titulares do meio ambiente os cidadãos da presente e da futura geração.

Em tom de arremate, é possível destacar que a incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresarias nem manter dependência de motivações de âmago essencialmente econômico, notadamente quando estiver presente a atividade econômica, considerada as ordenanças constitucionais que a norteiam, estando, dentre outros corolários, subordinadas ao preceito que privilegia a defesa do meio ambiente, 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. O corolário do desenvolvimento sustentável, além de estar impregnando de aspecto essencialmente constitucional, encontra guarida legitimadora em compromissos e tratados internacionais assumidos pelo Estado Brasileiro, os quais representam fator de obtenção do justo equilíbrio entre os reclamos da economia e os da ecologia, porém, a invocação desse preceito, quando materializada situação de conflito entre valores constitucionais e proeminentes, a uma condição inafastável, cuja observância não reste comprometida nem esvaziada do aspecto essencial de um dos mais relevantes direitos fundamentais, qual seja: 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.

3 Ponderações ao Meio Ambiente Artificial: Introdução à Ambiência do Homem Contemporâneo

O meio ambiente artificial, também denominado humano, se encontra delimitado no espaço urbano construído, consistente no conjunto de edificações e congêneres, denominado, dentro desta sistemática, de espaço urbano fechado, bem como pelos equipamentos públicos, nomeados de espaço urbano aberto, como tão bem salienta Fiorillo^[16]. Cuida salientar, ainda, que o meio-ambiente artificial alberga, ainda, ruas, praças e áreas verdes. Trata-se, em um primeiro contato, da construção pelo ser humano nos espaços naturais, isto é, uma transformação do meio-ambiente natural em razão da ação antrópica, dando ensejo à formação do meio-ambiente artificial. Além disso, pode-se ainda considerar alcançado por essa espécie de meio-ambiente, o plano diretor municipal e o zoneamento urbano. É possível ilustrar as ponderações estruturadas

utilizando o paradigmático entendimento jurisprudencial que direciona no sentido que:

Ementa: Administrativo. Conflito negativo de competência. Ação civil pública. Propaganda eleitoral. Degradação do meio ambiente. Ausência de matéria eleitoral. Competência da Justiça Estadual. [...] 4. A pretensão ministerial na ação civil pública, voltada à tutela ao meio ambiente, direito transindividual de natureza difusa, consiste em obrigação de fazer e não fazer e, apesar de dirigida a partidos políticos, demanda uma observância de conduta que extravasa período eleitoral, apesar da maior incidência nesta época, bem como não constitui aspecto inerente ao processo eleitoral. 5. A ação civil pública ajuizada imputa conduta tipificada no art. 65 da Lei 9.605/98 em face do dano impingido ao meio ambiente, no caso especificamente, artificial, formado pelas edificações, equipamentos urbanos públicos e comunitários e todos os assentamentos de reflexos urbanísticos, conforme escólio do Professor José Afonso da Silva. Não visa delimitar condutas regradas pelo direito eleitoral; visa tão somente a tutela a meio ambiente almejando assegurar a função social da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, nos termos do art. 182 da Constituição Federal. 6. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de

Maceió - AL, ora suscitado. (Superior Tribunal de Justiça – Primeira Seção/ CC 113.433/AL/ Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima/ Julgado em 24.08.2011/ Publicado no DJe em 19.12.2011).

Ementa: Processual civil e administrativo. Ação civil pública. Praças, jardins e parques públicos. Direito à cidade sustentável. Art. 2º, incisos I e IV, d Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade). Doação de bem imóvel municipal de uso comum à União para construção de agência do INSS. Desafetação. Competência. Inaplicabilidade da súmula 150/STJ. Exegese de normas locais (Lei Orgânica do Município de Esteio/RS). [...] 2. Praças, jardins, parques e bulevares públicos urbanos constituem uma das mais expressivas manifestações do processo civilizatório, porquanto encarnam o ideal de qualidade de vida da cidade, realidade físico-cultural refinada no decorrer de longo processo histórico em que a urbe se viu transformada, de amontoado caótico de pessoas e construções toscas adensadas, em ambiente de convivência que se pretende banhado pelo saudável, belo e aprazível. 3. Tais espaços públicos são, modernamente, objeto de disciplina pelo planejamento urbano, nos termos do art. 2º, IV, da Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade), e concorrem, entre seus vários benefícios supraindividuais e intangíveis, para dissolver ou amenizar diferenças que separam os seres humanos,

na esteira da generosa acessibilidade que lhes é própria. Por isso mesmo, fortalecem o sentimento de comunidade, mitigam o egoísmo e o exclusivismo do domínio privado e viabilizam nobres aspirações democráticas, de paridade e igualdade, já que neles convivem os multifacetários matizes da população: abertos a todos e compartilhados por todos, mesmo os "indesejáveis", sem discriminação de classe, raça, gênero, credo ou moda. 4. Em vez de resíduo, mancha ou zona morta - bolsões vazios e inúteis, verdadeiras pedras no caminho da plena e absoluta explorabilidade imobiliária, a estorvarem aquilo que seria o destino inevitável do adensamento -, os espaços públicos urbanos cumprem, muito ao contrário, relevantes funções de caráter social (recreação cultural e esportiva), político (palco de manifestações e protestos populares), estético (embelezamento da paisagem artificial e natural), sanitário (ilhas de tranquilidade, de simples contemplação ou de escape da algazarra de multidões de gente e veículos) e ecológico (refúgio para a biodiversidade local). Daí o dever não discricionário do administrador de instituí-los e conservá-los adequadamente, como elementos indispensáveis ao direito à cidade sustentável, que envolve, simultaneamente, os interesses das gerações presentes e futuras, consoante o art. 2º, I, da Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade). [...] 8. Recurso

Especial não provido. (Superior Tribunal de Justiça – Segunda Turma/ REsp 1.135.807/RS/ Relator: Ministro Herman Benjamin/ Julgado em 15.04.2010/ Publicado no DJe em 08.03.2012)

O domínio em apreço é caracterizado por ser fruto da interferência humana, logo, *“aquele meio-ambiente trabalhado, alterado e modificado, em sua substância, pelo homem, é um meio-ambiente artificial”*[17]. Como robusto instrumento legislativo de tutela do meio ambiente artificial, pode-se citar a Lei Nº. 10.257, de 10 de Julho de 2001[18], que regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências, conhecido como “Estatuto da Cidade”, estabelece os regramentos e princípios influenciadores da implementação da política urbana. Nesta esteira, cuida trazer à colação o entendimento firmado por Fiorillo, em especial quando destaca que o diploma legislativo em apreço *“deu relevância particular, no âmbito do planejamento municipal, tanto ao plano diretor (art. 4º, III, a, bem como arts. 39 a 42 do Estatuto) como à disciplina do parcelamento, uso e ocupação do solo”* [19].

Com efeito, um dos objetivos da política de desenvolvimento urbano previsto no artigo 182 da Constituição Federal[20], são as funções sociais da cidade, que se realizam quando se consegue propiciar ao cidadão qualidade de vida, com concretização dos direitos fundamentais, e em consonância com o que disciplina o artigo 225 da Carta Magna, que garante a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. E as funções sociais da cidade se concretizam quando o Poder Público consegue dispensar ao cidadão o direito à habitação, à livre circulação, ao lazer e ao trabalho. Ora, *“dado ao conteúdo pertinente ao meio ambiente artificial, este em muito relaciona-se à dinâmica das cidades. Desse*

modo, não há como desvinculá-lo do conceito de direito à sadia qualidade de vida”[21], tal como o direito à satisfação dos valores da dignidade humana e da própria vida.

Nesta esteira, o parcelamento urbanístico do solo tem por escopo efetivar o cumprimento das funções sociais da sociedade, fixando regramentos para melhor aproveitamento do espaço urbano e, com isso, a obtenção da sadia qualidade de vida, enquanto valor agasalhado pelo princípio do meio ecologicamente equilibrado, preceituado na Carta de 1988. Neste sentido, colacionar se faz premente o entendimento jurisprudencial que:

Ementa: Apelação Cível. Direito Público. Município de Caxias do Sul. Planejamento Urbanístico. Estatuto da Cidade. Plano Diretor. Código de Posturas Municipal. Construção de Passeio Público. Meio Ambiente Artificial. O passeio público deve estar em conformidade com a legislação municipal, sobretudo com o Código de Posturas do Município e o Plano Diretor. Tal faz parte da política de desenvolvimento municipal, com o adequado planejamento e controle do uso, parcelamento e ocupação do solo urbano, nos exatos termos em que disciplina a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional que regulamenta a matéria. A prova pericial carreada aos autos demonstra a total viabilidade de adequação do passeio público de frente à residência dos autores, não se podendo admitir que eventual prejuízo causado aos demais réus, moradores vizinhos, que utilizam a área para acesso à sua residência, venha a

ser motivo para a não regularização da área, de acordo com o planejamento municipal em termos de desenvolvimento urbano. Eventual desgaste entre os autores e seus vizinhos deverá ser resolvido em demanda própria que não esta. Se os vizinhos dos demandantes utilizam o passeio público em frente à residência dos autores como entrada de suas casas, terão que deixar de fazê-lo e também se adequarem ao que disciplina a lei. O que não pode é o Município ser proibido de fiscalizar e de fazer cumprir com legislação que é, ou deveria ser, aplicável a todos. Recurso Provido. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Primeira Câmara Cível/ Apelação Cível Nº 70038560991/ Relator: Desembargador Carlos Roberto Lofego Canibal/ Julgado em 11.05.2011).

Ementa: Administrativo. Poluição Visual. Propaganda em meio aberto (frontlights, moving signs, outdoors). Ilegalidade. 1. Cabe ao Município regular e policiar a propaganda em meio aberto, seja qual for o veículo (frontlights, moving signs, outdoors), pois tal atividade é altamente nociva ao meio ambiente artificial e, no caso da cidade de Porto Alegre, provocou grosseira poluição visual, de acordo com a prova técnica. É necessária prévia licença para expor propaganda no meio aberto e a prova revelou que as empresas exploradoras dessa atividade econômica não se ocuparam em cumprir a

lei. Demonstrado o dano ao meio ambiente, devem os responsáveis indenizá-lo, fixando-se o valor da reparação pecuniária em valor módico. Por outro lado, mostra-se prematura a fixação de multa ante a necessidade de examinar caso a caso as hipóteses de remoção na execução. 2. Apelações das rés desprovidas e apelação do município provida em parte. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Quarta Câmara Cível/ Apelação Cível Nº 70011527215/ Relator: Desembargador Araken de Assis/ Julgado em 30.11.2005).

Assim, é plenamente possível traçar um íntimo liame entre o conceito de cidade e os próprios paradigmas integrantes do meio-ambiente artificial. Ora, não se pode olvidar que o meio-ambiente artificial é o local, via de regra, em que o ser humano se desenvolve, enquanto indivíduo sociável, objetivando-se a sadia qualidade de vida nos espaços habitados. Deste modo, temas como a poluição sonora ou mesmo visual se revelam dotados de grande relevância, eis que afetam ao complexo equilíbrio existentes no meio-ambiente urbano, prejudicando, direta ou indiretamente, a saúde, a segurança e o bem-estar da população, tal como a criar condições adversas às atividades dotadas de cunho social e econômico ou mesmo afetando as condições estéticas ou sanitárias em que são estabelecidas.

4 Objetivo da Política de Desenvolvimento Urbano:

Inicialmente, cuida anotar que o meio ambiente artificial não está disciplinado tão somente na redação do artigo 225 da Constituição Federal[22], mas sim é regido por múltiplos dispositivos dentre os quais o artigo 182 do Texto Constitucional, que disciplina a política urbana,

desempenha papel proeminente no tema em comento. Nesta toada, é possível evidenciar que o meio ambiente recebe uma tutela mediata e imediata. *“Tutelando de forma mediata, revela-se o art. 225 da Constituição Federal, em que encontramos uma proteção geral ao meio ambiente. Imediatamente, todavia, o meio ambiente artificial recebe tratamento jurídico no art. 182 do mesmo diploma”*[23]. Salta aos olhos, deste modo, que o conteúdo atinente ao meio ambiente artificial está umbilicalmente atrelado à dinâmica das cidades, não sendo possível, por consequência, desvincula-lo da sadia qualidade de vida, tal como a satisfação dos valores estruturantes da dignidade humana e da própria existência do indivíduo. A política urbana afixa como preceito o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, sendo esta observada na satisfação dos axiomas alocados nos artigos 5º e 6º da Carta da República Federativa do Brasil de 1988[24]. Ora, sobreleva ponderar que a função social da cidade é devidamente materializada quando esta proporciona a seus habitantes o direito à vida, à segurança, à igualdade, à propriedade e à liberdade, tal como assegura a todos um piso vital mínimo, abrangendo os direitos sociais à educação, à saúde, ao lazer, ao trabalho, à previdência social, à maternidade, à infância, à assistência aos desamparados, dentre outros insertos na redação do artigo 6º do Texto Constitucional vigente.

Com efeito, não se pode olvidar que o pleno desenvolvimento reclama uma participação municipal intensa, consoante estabelece a redação do inciso VIII do artigo 30 da Constituição Federal[25], *“que atribui ao Município a competência de promover o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano”*[26], tal como estabelecendo competência suplementar residual. Em um aspecto mais amplo, é possível destacar que a função social da cidade é devidamente atendida quando

propicia a seus habitantes uma vida com qualidade, satisfazendo os direitos fundamentais, mantendo harmonia com os feixes axiomáticos irradiados pelo artigo 225 da Carta de 1988. Nesta perspectiva, é possível destacar que uma cidade só cumpre a sua função social quando possibilita aos seus habitantes uma moradia digna, incumbindo o Poder Público, por conseguinte, proporcionar condições de habitação adequada e fiscalizar sua ocupação. Tais ponderações são, ainda mais, robustecidas ao se verificar que a Constituição Federal, em seus artigos 183[27] e 191[28], consagrou modalidades especiais de usucapião urbano e rural. “*Outra função importante da cidade é permitir a livre e tranquila circulação, através de um adequado sistema da rede viária e de transportes, contribuindo com a melhoria dos transportes coletivos*”[29]. O tema em debate recebe ainda mais realce nos grandes centros urbanos, porquanto o trânsito caótico se apresenta como um óbice à livre e adequada circulação. Além disso, para uma cidade cumprir a sua função social é imprescindível que destine áreas ao lazer e à recreação, edificando praças e implementando áreas verdes. Incumbe, ainda, à cidade viabilizar o desenvolvimento de atividades laborativas, produzindo reais possibilidades de trabalho aos seus habitantes, com o escopo de assegurar a existência de condições econômicas destinadas à realização do consumo de produtos e serviços fundamentais para a existência da pessoa humana, bem como da ordem econômica estabelecida no país.

5 As Cidades Sustentáveis como Paradigma perseguido pelo Estatuto das Cidades: A Ambiência Urbana Contemporânea e seus matizes como o Meio Ambiente Artificial

Agasalhado nas ponderações articuladas alhures, é verificável que o Estatuto das Cidades, na condição de lei que ambiciona o equilíbrio ambiental na órbita das cidades, estabeleceu a garantia do direito a

idades sustentáveis, colocando-a como diretriz geral entalhada na redação do artigo 2º, inciso I, da Lei Nº. 10.257, de 10 de Julho de 2001[30], que regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Desta feita, *“os direitos enumerados no art. 2º, I, do Estatuto da Cidade, garantidos também pela Lei n. 10.257/2001, têm caráter metaindividual, sendo tutelados não só pelo próprio Estatuto da Cidade como particularmente pelas Leis n. 7.347/85 e 8.078/90”*[31].

Nesta seara, a garantia do direito a cidades sustentáveis significa, por extensão, importante diretriz destinada a nortear a política do desenvolvimento urbano em proveito da dignidade da pessoa humana e seus destinatários, compreendendo-se os brasileiros e os estrangeiros residentes no território nacional, a ser executada pelo Poder Público municipal, dentro da denominada tutela dos direitos materiais metaindividuais. Decorre de tal ideário a necessidade de estabelecer-se o conteúdo de cada um dos direitos que edificam a garantia do direito a cidades sustentáveis, no viés de adotar posição clara diante da defesa em decorrência de episódica lesão ou ameaça a esse rol de importantes componentes constituintes do meio ambiente artificial. Há que se destacar que se trata, com efeito, de diretriz geral vinculada aos objetivos da política urbana estabelecida como patamar de direitos metaindividuais destinados a brasileiros e estrangeiros residentes no território nacional, a partir de uma perspectiva de tutela do meio ambiente artificial, objetivando realizar os objetivos contidos na Lei Nº. 10.257, de 10 de Julho de 2001[32], que regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências.

Com clareza solar, é perceptível que apenas por meio dos instrumentos da política urbana, estabelecida no Estatuto das Cidades, que será possível a concreção da gama de direitos agasalhados em seu âmago, afigurando, neste aspecto, proeminente a gestão orçamentária participativa alçada ao *status* de importante instituto econômico orientado a viabilizar recursos financeiros para que cada cidade possa estruturar seu desenvolvimento pautado na sustentabilidade em face não apenas de suas necessidades, mas também de suas possibilidades. Estabelecido em decorrência da estruturação do direito ambiental constitucional, como bem afiança Fiorillo, *“a garantia do direitos a cidades sustentáveis em nada se vincula com superados conceitos de direito administrativo que teimam em compreender as cidades como ‘abstrações’ única e exclusivamente formais adaptadas ao ‘princípio da legalidade’”* [33].

Desta feita, harmonizando-se com os alicerces estruturantes do Estado Democrático do Direito, é possível colocar em destaque que a diretriz geral que consagra a garantia do direito a cidades sustentáveis propiciará a todos os brasileiros e estrangeiros residentes em território nacional uma tutela mais adequada do equilíbrio ambiental. Com efeito, trata-se de paradigma jurídica impregnado de aspectos de solidariedade, bem como de valores provenientes do meio ambiente ecologicamente equilibrado, içado à condição de princípio fundamental que viabiliza a materialização da dignidade da pessoa humana. Ao lado disso, denota-se que o Estatuto das Cidades, na condição de diploma inspirado pelos valores consagrados pela nova ordem inaugurada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, objetiva a materialização de uma nova realidade na qual seja possível conjugar a urbanização com o meio ambiente, de modo a obter núcleos urbanos sustentáveis e sensíveis aos

elementos primordiais para se alcançar a materialização do superprincípio da dignidade da pessoa humana.

6 O Direito Geral à Rua: Singelas Reflexões decorrentes do Direito Municipal e Urbanístico

Em sede de ponderações introdutórias, quadra apontar que as vias urbanas são bens de uso comum do povo, tratando-se de espaços preordenados ao cumprimento da função urbana de circular, que é manifestação ofuscante do direito fundamental de locomoção. Como bem aponta Silva, “é certo que a realidade de nossos dias vai gerando vias de uso especial do povo, como as vias expressas, sujeitas a um regime jurídico especial, mas que não desnatura sua função básica, que é servir de canal de circulação”^[34], tal como comunicação e infraestrutura urbana. Com efeito, é forçoso reconhecer que o direito em comento é extensível a todos os logradouros públicos, que são bens de uso comum ou especial do povo. Ora, é fato que uns são mais adequados à circulação, a exemplo das ruas, das avenidas, das estradas e dos caminhos, ao passo que outros são destinados ao descanso, ao lazer, como ocorre com as praças, os jardins e as áreas verdes públicas.

No mais, excetuadas as restrições de trânsito e as demais limitações de interesse comum, ninguém poderá ser impedido do direito de transitar e permanecer neles. Obviamente, o direito de *permanecer* está inserido no direito de reunião sem armas, tal como estacionar veículos, desde que haja proibição expressa estabelecida na legislação de trânsito. A Administração tem o poder de estabelecer a regulamentação do uso de logradouros públicos, compreendendo, inclusive, as vias urbanas, pelo qual pode cominar o tipo de circulação de cada via, a imposição de limitações e proibições à circulação, a imposição de requisitos para circular a específicas categorias de veículos, a proibição de circulação de

determinados animais, a imposição de sanções aos contraventores das normas estabelecidas, a vigilância permanente por seus próprios agentes. “Essas imposições e restrições são de competência das autoridades municipais e das autoridades de trânsito, que podem ser estaduais”^[35].

Quadra reconhecer, oportunamente, que há limites ao poder de regulamentar da Administração que, maiormente, estão alocadas no respeito ao direito de todos ao uso do bem, segundo sua destinação específica. Ao lado disso, insta reconhecer que há um tríplice limite aos poderes da Administração, consistente no respeito às liberdades individuais, e ofuscantemente a mais basilar de todas, a saber: a liberdade de ir e vir, que se confunde, maciçamente, com o fato de circular através das vias públicas, ao princípio da igualdade de todos os administrados e, por derradeiro, ao corolário da liberdade de comércio e da indústria e ao direito de propriedade.

7 O Direito Subjetivo às Ruas: A Função de Circular das Vias Urbanas à luz da Ambiência Contemporânea

Diante das ponderações estruturadas até o momento, cuida destacar que os moradores de determinada rua possuem o mesmo direito subjetivo ao seu uso, como bem de uso comum do povo. Ao lado do direito de uso comum, há que se realçar a existência de um uso especial e distinto cabível a eles, usufrutuários, ocupantes a qualquer título de imóveis fronteiros à via pública. Com efeito, o uso especial está assentado: (a) no acesso aos imóveis, mediante a abertura de portas sobre a via pública; (b) na utilização, também, para o despejo de águas pluviais e servidas em sua propriedade; (c) na abertura, sobre a via, de suas janelas para receber luz e ar; (d) na exibição de suas atividades e mercadorias com vitrinas que reclamem a atenção dos pedestres que transitem pelo logradouro e parem para ver e observar, respeitadas as normas peculiares.

Silva^[36], em complementação, vai afirmar que, em decorrência de tal uso especial, é que existem normas que regulam a adequada implantação do edifício no lote, visando a assegurar a insolação, a iluminação e a ventilação dos logradouros, dos compartimentos da própria edificação e dos imóveis vizinhos.

Neste aspecto, não há dúvida que o usuário tem enquanto proprietário, usufrutuário ou ocupante do imóvel fronteiro com a via pública, uma situação jurídica particular de que o diferencia do usuário comum, qualidade também que lhe cabe. Logo, o proprietário do fundo lindeiro com a via pública possui um verdadeiro direito subjetivo à incolumidade de seu patrimônio que integra a estabilidade econômica da relação existente entre seu imóvel e a rua, a estrada, a via pública de maneira geral, pela qual tem acesso ao exterior. Assim sendo, prima evidenciar, ainda, que quando essa relação sofre uma lesão que afeta o indivíduo, surgindo, a partir daí, uma ação mediante a qual pode vindicar jurisdicionalmente que se lhe indenize o dano percebido.

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 24 dez. 2015.

_____. **Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 24 dez. 2015.

_____. **Lei Nº. 10.257, de 10 de Julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da

política urbana e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em: 24 dez. 2015.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: . Acesso em 24 dez. 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: . Acesso em 24 dez. 2015.

_____. **Tribunal Regional Federal da Primeira Região**. Disponível em: . Acesso em 24 dez. 2015.

_____. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região**. Disponível em: . Acesso em 24 dez. 2015.

BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, a. 5, n. 968. Disponível em: . Acesso em 24 dez. 2015.

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

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 24 dez. 2015.

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

_____. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 7 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2012

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 24 dez. 2015.

NOTAS:

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: . Acesso em 24 dez. 2015.

[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 24 dez. 2015.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: . Acesso em 24 dez. 2015.

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

[6] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 24 dez. 2015.

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

Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: . Acesso em 24 dez. 2015.

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

[9] BRASIL. **Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 24 dez. 2015.

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

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

[12] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 4.029/AM. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Federal Nº 11.516/07. Criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. Legitimidade da Associação Nacional dos Servidores do IBAMA. Entidade de Classe de Âmbito Nacional. Violação do art. 62, caput e § 9º, da Constituição. Não emissão de parecer pela Comissão Mista Parlamentar. Inconstitucionalidade dos artigos 5º, caput, e 6º, caput e parágrafos 1º e 2º, da Resolução Nº 1 de 2002 do Congresso Nacional. Modulação dos Efeitos Temporais da Nulidade (Art. 27 da Lei 9.868/99). Ação Direta Parcialmente Procedente. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 08 mar. 2012. Disponível em: . Acesso em 24 dez. 2015.

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

[14] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 24 dez. 2015: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

[15] 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 24 dez. 2015.

[16] FIORILLO, 2012, p. 79.

[17] 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 24 dez. 2015.

[18] BRASIL. **Lei N°. 10.257, de 10 de Julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em: 24 dez. 2015..

[19] FIORILLO, 2012, p. 467.

[20] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em: 24 dez. 2015..

[21] FIORILLO, 2012, p. 549.

[22] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em: 24 dez. 2015..

[23] FIORILLO, 2012, p. 549.

[24] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em: 24 dez. 2015.

[25] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em: 24 dez. 2015. “**Art. 30**. Compete aos Municípios: [omissis] **VIII** - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano”.

[26] FIORILLO, 2012, p. 550.

[27] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em: 24 dez. 2015. “**Art. 183.** Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural”.

[28] Ibid. “**Art. 191.** Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade”

[29] FIORILLO, 2012, p. 550.

[30] BRASIL. **Lei N°. 10.257, de 10 de Julho de 2001.** Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em: 24 dez. 2015.

[31] FIORILLO, 2012, p. 564.

[32] BRASIL. **Lei N°. 10.257, de 10 de Julho de 2001.** Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em: 24 dez. 2015.

[33] FIORILLO, 2012, p. 580.

[34] SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro.** 7 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 213.

[35] SILVA, 2012, p. 214.

[36] SILVA, 2012, p. 216.

DWORKIN E A TIPOLOGIA DOS CONCEITOS

EDUARDO DE SOUSA BÍLIO: Graduado em Direito. Universidade Federal do Piauí - UFPI.

RESUMO: O presente artigo mergulha nas ideias da tipologia dos conceitos do pensador Ronald Dworkin, tem como objetivo responder por que as divergências, os desacordos são primordiais na busca de solução aos diversos problemas políticos, morais e sociais hodiernamente^[i].

PALAVRAS CHAVES: Tipologia dos conceitos. Conceito interpretativo. Conceito criterial. Conceito natural. Democracia.

ABSTRACT: This article plunges into the ideas of the typology of concepts Thinker Ronald Dworkin, aiming to answer because the divergences, disagreements are paramount in the search for solutions to the various political, moral and social problems currently.

KEYWORDS: Typology of concepts. Interpretive concept. Criterial concept. Natural concept. Democracy.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A tipologia dos conceitos de Dworkin. 2. A tipologia interpretativa como método criativo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Ronald Dworkin é considerado um dos mais importantes teóricos do direito contemporâneo. Seu pensamento se expandiu para além das fronteiras do direito anglo-americano. No Brasil, sua importância no meio acadêmico pode ser observada pelos inúmeros trabalhos traduzidos que envolvem inúmeras temáticas de questões jurídicas em suas obras, além de debates, artigos e decisões jurisprudenciais influenciadas por sua doutrina. O mérito desse resultado se dá pela linguagem de fácil compreensão de temas inicialmente considerados na maioria das vezes

complexos pelos estudiosos do direito, juristas, sociólogos, filósofos e políticos.

Dworkin em suas obras tenta analisar as inúmeras controvérsias existentes na jurisprudência e na doutrina jurídica. Em “Levando os direitos a sério” (1977), o autor faz uma crítica ao liberalismo utilitarista e ao positivismo jurídico contemporâneo, não poupando nomes como Herbert Hart. Outra obra importante é “O império do Direito” (1986), no qual Dworkin apresenta sua concepção do direito como integridade, no qual exige que um juiz, através do método de interpretação busque a única resposta correta. Entretanto, é o mais recente livro “Justiça para ouriços” (2011) que merece destaque, pois traz uma doutrina considerada mais humanística de Dworkin e unifica temáticas que envolvem os campos da filosofia do direito, filosofia política, filosofia moral e teoria da justiça.

Em “justiça para ouriços” (2010) Dworkin traz em seu trabalho um estudo do que pode ser denominado “tipologia dos conceitos”. Essa distinção é necessária quando se faz uso do seu método interpretativo. Quando interpretamos algo ou duvidamos sobre o significado de uma palavra, a mesma pode expressar inúmeros significados, pois a linguística das palavras é bastante complexa, e aquele resultado obtido ou o significado que entendemos uma expressão poderá ser o não pretendido, ou seja, as palavras nos dão a possibilidade de produzir certos equívocos quando nos colocamos como intérpretes, o que pode ser evitado quando se aplica o método necessário. Segundo Dworkin, “Há muitas palavras parecidas, mas que têm significados diferentes, e este facto linguístico pode produzir um acordo comicamente equívoco”(DWORKIN, 2012, P.166).

Para compreender bem a tipologia conceitual de Dworkin, é necessário nos remetermos a um conhecimento prévio do seu método

interpretativo, pois o intérprete aqui é analogicamente similar ao juiz Hércules proposto pelo autor. O direito é uma prática argumentativa, por isso em diversos momentos os indivíduos estão diante de casos paradigmáticos, em busca dos por quês e do que torna uma proposição jurídica verdadeira ou falsa. Apreende-se da teoria dworkiana que a direção a ser seguida pelo intérprete vai depender se o mesmo está diante de um desacordo teórico ou desacordo empírico. Os desacordos teóricos são aqueles que dizem respeito aos fundamentos do Direito, discutir o direito em sentido filosófico, como por exemplo, regras e princípios. Já os desacordos empíricos, são as divergências sobre determinados fatos relevantes da nossa sociedade, é o que pode ser denominado de “desacordo normal”, como por exemplo, quando o juiz está diante de um hard case num caso concreto. Por isso, exige-se uma interpretação construtiva do direito focando nas seguintes premissas: na melhor interpretação possível, na atribuição de valores, no ajustamento ao caso concreto e no que diz respeito aos princípios da moralidade política, nos quais devem ser utilizados para justificar o direito.

Minuciosamente, torna-se necessário explorar a tipologia conceitual de Ronald Dworkin com foco precípuo nos conceitos interpretativos. A partir da tomada de conhecimento sobre sua teoria dos tipos conceituais, se faz mister dar um passo mais à frente, e chegar ao ponto em que se busca uma resposta nesse trabalho, como os conceitos interpretativos se diferenciam dos demais conceitos e qual a sua importância para o método interpretativo.

1. A tipologia dos conceitos de Dworkin

“Grande parte da longa história da filosofia é uma história da interpretação conceitual” (DWORKIN, 2012, p. 166). É assim que o autor sintetiza a colaboração da filosofia para a nossa sociedade. Desse modo, é

mérito dos filósofos a arte de pensar, de argumentar, de criar aquilo que interpretam. No nosso cotidiano somos o que pensamos. É famosa a frase do filósofo francês René Descartes: “penso, logo existo”. Em algumas situações estamos insatisfeitos com os problemas morais, políticos e sociais da comunidade política, inúmeros motivos fazem com que o homem olhe de forma crítica o mundo. As críticas surgem, seja por que os impostos estejam altos ou porque o governante é tirânico, ou porque as mazelas sociais só aumentam, ou porque vivemos numa sociedade injusta e desigualitária. Esses são alguns dos problemas que nos perseguem cotidianamente quanto indivíduos críticos. Assim, constrói-se um ciclo: Pensar, repensar, afirmar, duvidar. Aristóteles e Platão são bons exemplos de filósofos clássicos que utilizavam a filosofia interpretativa, eles “construíram as suas teorias morais e políticas em torno de interpretações das virtudes e dos vícios, desde aquelas que vemos como claramente pessoais, como a sabedoria, até a grande virtude política da justiça” (DWORKIN, 2012, p. 191).

Sob uma luz da teoria de Dworkin, afirma-se que o direito também é uma prática argumentativa, assim como os filósofos, “na interpretação conceitual, a distinção entre autor e intérprete desaparece: criamos juntos aquilo que interpretamos” (DWORKIN, 2012, p. 165). Tudo através de um processo denominado tipologia dos conceitos.

Existem três tipos de conceitos para Dworkin: conceitos criteriosais, conceitos naturais e conceitos interpretativos. São chamados conceitos criteriosais aqueles nos quais geralmente as pessoas estão em acordo ou utilizam os mesmos critérios para identificar alguma coisa. É o modo como conhecemos os objetos, os significados através do nosso entendimento ou percepção generalizada das coisas, ou seja, não há questionamento quando definimos o que é um triângulo, pois todos

responderão que é uma figura de três lados. Mas é necessário enfatizar, que isso representaria uma situação normal, pois não há muito o que questionar quando falamos da tipologia de conceitos criteriais. Entretanto, essa concepção criterial é insuficiente pelo fato de não dar significado a todos os conceitos, e os próprios conceitos que poderiam dar um significado criterial a determinada palavra se tornaria um equívoco, pois, o significado encontrado num primeiro momento não seria o melhor e não daria a resposta esperada, pois a situação que surgiu exige uma complexidade maior, e esses conceitos que inicialmente pareciam ser criteriais passariam a ser enquadrados a uma nova classe de palavras: os conceitos naturais. “Os tipos naturais são coisas que têm uma identidade fixa na natureza, como um composto químico ou uma espécie animal, e que as pessoas partilham um conceito tipo natural, quando utilizam esse conceito para se referirem ao mesmo tipo natural” (DWORKIN, 2012, p. 167). Esse tipo de conceito parece um quanto mais complexo que os conceitos criteriais, porém com certa facilidade podemos identificá-lo, pois o que predomina é a “essência natural” do objeto em questão, é o que acontece quando falamos por exemplo de uma árvore ou de um animal, geralmente para compreender essência desses objetos (conceitualmente falando) precisa-se recorrer aos aspectos naturais e também a composição biológica dessas espécies.

Conhecer esses tipos de conceitos é essencialmente importante para se chegar a um terceiro tipo de conceito denominado interpretativo. Diferentemente do conceito criterial, os conceitos interpretativos exigem as diferenças de opiniões, o desacordo, o oposto ou o contraditório. “Pelo contrário, a partilha de um conceito interpretativo é consistente com diferenças de opinião muito grandes” (DWORKIN, 2012, p. 169) Conceitos como justiça, liberdade, igualdade, democracia, lei e todos os

conceitos morais e políticos se enquadram nessa tipologia. A complexidade dessa terceira tipologia é muito maior quando comparada às outras duas. De acordo com Dworkin, a razão de conhecer os conceitos interpretativos torna-se necessária para podermos compreender e descrever porque as pessoas discordam e discutem: “Compreender que tipos de conceitos são e de que tipo de argumentos necessitamos ajudar-nos-á a construir e a testar as concepções da responsabilidade judicatória, da vida, da obrigação moral, dos direitos humanos, da liberdade, da igualdade, da democracia e do direito” (DWORKIN, 2012, p. 172).

Não existe uma tipologia conceitual estática. Determinadas palavras predominantemente podem ser enquadradas a uma determinada categoria de conceitos, entretanto, isso não significa que uma palavra não possa deixar de migrar para outra categoria, como por exemplo, o conceito de livro ou de calvície, que inicialmente são criteriosais, e que em outra situação podem ser interpretativos quando, por exemplo, surgisse um desacordo na palavra calvície, e aí surgiria o problema: como definir se alguém é calvo? Em *Justiça para ouriços* (2012), Dworkin cita o exemplo de uma lei que isenta os homens carecas de impostos sobre os rendimentos. Como definir quem é careca? Qual o critério a adotar, já que seria impossível a contagem de cabelos. Isso seria um grande problema interpretativo para os juristas e juízes. Esse exemplo é importante e já nos ajuda a inferir algo: que geralmente quando se tem conceitos criteriosais integrados na lei esses conceitos tornam-se interpretativos.

Todos os conceitos morais e políticos são interpretativos. Segundo Dworkin, “A filosofia moral e política, é, em grande parte, um esforço para definir esses conceitos”. O entendimento sobre os conceitos interpretativos se torna mais fácil quando se compreende algumas de suas características essenciais distinguindo-os dos demais tipos de conceitos.

Três características muito importantes, que serão exploradas a diante nos permitirá a chegar a algumas ilações. Em primeiro lugar, os conceitos interpretativos variam de lugar para lugar, como por exemplo, o que se entende como justiça, igualdade e democracia no Brasil não pode ser a mesma coisa, por exemplo, no Afeganistão. Como já vimos, os conceitos interpretativos exigem determinados contextos em que existam desacordos, isso é importante para que possa ser compreendida a segunda característica: um conceito interpretativo está sempre inter-relacionado com vários outros tipos de conceitos, e por isso é necessário interpretar toda a família de conceitos ligados ao conceito em questão, como por exemplo, o conceito de democracia, que está ligado aos conceitos de igualdade, governo, povo, soberania, política, constituição, representantes, etc. E como última característica e não menos principal, é que geralmente na filosofia quanto aos conceitos morais, eles nos remetem a dar uma resposta que já sabemos, no entanto, a ideia de conceitos interpretativos bem sucedidos nos traz algo de novo, ou seja, é necessário utilizar aqui o método de interpretação criativa proposta por Ronald Dworkin.

2. Tipologia interpretativa como método criativo

Trazer à tona essa tipologia de conceito se faz mister adentrar sobre a luz proposta pelo teórico Ronald Dworkin: a interpretação criativa. De acordo com Dworkin, quando surgem divergências fundamental para os conceitos interpretativos, seja no direito ou nas situações correlacionadas ao mesmo, essas divergências são necessárias para solucionar problemas que surgem cotidianamente na nossa sociedade. Os próprios juízes divergem sejam em questões fáticas ou nos sentidos das leis. Pois se há divergência, há um questionamento sobre o significado de tal declaração, conceito ou determinado caso. E nessas situações não podemos deixar de percorrer um caminho que é a interpretação criativa. O direito como

integridade é estruturado em um processo pelos quais existem mais questões do que respostas. Por isso, quando se coloca em questão se democracia, igualdade ou liberdade são conceitos interpretativos, não se pode basear somente na concepção generalizada ou criterial de cada termo. Por exemplo, ao utilizar a palavra democracia, logo pensamos que democracia exige a compreensão de que é um governo feito pelas massas populares, e isso nos ajudará no nosso processo interpretativo, mas não solucionará ou dará respostas às outras inúmeras questões que surgirão. Segundo a teoria interpretativa, existem duas etapas que o intérprete deverá seguir: primeiro, uma dimensão de adequação, e segundo, uma dimensão explicativa. A melhor concepção seria aquela no qual se adéque a determinado caso. Ou seja, por exemplo, quando queremos definir qual o melhor conceito de democracia, é necessário termos a pré-concepção criterial de que democracia é governo do povo. A partir daí, precisa-se ir mais além, e é aqui que surgem as divergências, pois iremos adentrar dentro do estudo de determinado modelo democrático e a construir nossas próprias opiniões. E como já vimos isso, iremos observar que o conceito de democracia por exemplo possui uma dimensão extensiva, pois o que é colocado como democracia para os Estados Unidos não pode ser o mesmo para o Iraque ou até mesmo para o Brasil, que possui um modelo mais parecido com o americano, mas que existem suas peculiaridades. Para uns a democracia é legítima pelo fato de ser constituído pelo viés da soberania popular, para outros, democracia é governo das elites, ou seja, a vontade de uma minoria que detém poder econômico e decide de forma como vontade geral.

Assim, os conceitos morais interpretativos sempre trazem algo de novo, não é como os conceitos morais filosóficos, que geralmente dão

uma resposta generalizada para todos os contextos, os tipos criteriais são fracos para a teoria interpretativa.

Conclusão

A tipologia dos conceitos de Dworkin nos remete a sua teoria interpretativa, o direito como integridade, pois o método interpretativo aqui em questão não distancia daquele direito como obra literária, que remete a uma cadeia interpretativa, uma concatenação de ideais construídas, no qual o intérprete também é autor. A força do conceito interpretativo é muito maior do que os conceitos criteriais ou biológicos. Se pensarmos numa sociedade em que só houvesse consenso, talvez normalmente poderíamos chegar à conclusão de que seria uma sociedade onde o debate não passaria de mera ficção, onde o conceito de calvície jamais seria questionado, onde o Direito não passaria de mero dogma. Os conceitos interpretativos são a máxima de que o Direito não é apenas norma, algo dogmático inquestionável, absoluto. Mas acima de tudo pensamento, interpretação, debate. O Direito é um conceito interpretativo.

Referências:

DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Tradução de Pedro Eloi Duarte. Coimbra: Edições Almedinas, 2012. 515 pag.

_____. **O império do direito**. Jefferson Luiz Camargo (trad). 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. (justiça e direito). 513 pag.

_____. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. (justiça e direito)

_____. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001a.

_____. **Constitucionalismo e democracia**. Texto traduzido para fins acadêmicos por Emílio Peluso Neder Meyer. Publicado originalmente no *European Journal of Philosophy*, nº 3:1, p. 2-11, em 1995.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto . **Como levar Ronald Dworkin a sério e como fotografar um Porco-Espinho em movimento.** In: João Maurício Adeodato; Eduardo C.B. Bittar. (Org.). Filosofia e Teoria do Direito: Homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior. 1 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2011, v. 1, p. 1037-1048.

NOTAS:

[i] Trabalho orientado pelo professor Dr. Nelson Juliano Cardoso Matos, é doutor em Direito pela Faculdade de Direito do Recife - UFPE (2008), Mestre em Direito pela Universidade de Brasília - UnB (2001). Atualmente, é professor adjunto da Universidade Federal do Piauí e Diretor do Centro de Ciências Humanas e Letras (CCHL).

O PRINCIPIO DA ISONOMIA: A DIVERSIDADE COMO CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS

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

RESUMO: No que tange os conhecimentos a cerca da questão social, o presente artigo, foi elaborado a partir de uma visão voltada aos princípios da dignidade da Pessoa Humana em conjunto com o princípio da Isonomia permeados em uma descrição histórico-cultural presentes no Brasil como fatores fundamentais para solidificação do atual Estado Laico, os apontamentos a cerca da questão social-cultural, que muitas vezes, é ignorada no cotidiano, e que é de extrema relevância, frisando que ao não ser observados, tais temáticas podem vir a ferir os princípios da dignidade da Pessoa Humana bem como a Isonomia, cominando no desequilíbrio social. O presente texto foi elaborado a partir de pesquisas realizadas no âmbito antropológico das ciências sociais, com bases constitucionais e filosóficos, objetiva apontar a presença da isonomia na esfera sociocultural e apontamentos relevantes a cerca da temática como parâmetro constitucional, mantendo a ênfase na descrição cultural regional.

Palavra- Chave: Antropologia. Constituição. Laicidade.

ABSTRACT: Regarding knowledge about a social issue, this article was drawn from a vision focused on the principles of the dignity of the Human Person together with the principle of isonomy permeated in a historical-cultural description present in Brazil as In order to solidify the present state of Laico, the notes about the social-cultural question are often ignored and not of a daily nature, and it is extremely important, stressing that they are not observed, such topics may violate the principles of Dignity of the human person as well as an isonomy, commencing no social imbalance. The present text was elaborated from researches carried

out in the scope of researches on social sciences, with constitutional and philosophical bases, aiming to conceive the isonomy in the sociocultural sphere and relevant notes about the thematic as a constitutional parameter.

Keyword: Anthropology. Constitution. Laicity.

1. INTRODUÇÃO

A igualdade é a meta traçada por grande parte da sociedade, é a base para a construção de um Estado pacífico e harmônico, é também, o anseio para com os cidadãos que o persegue. Ao adquirir informações, constroem-se novas teorias e criam-se novas visões, 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 que perpassou a história e se faz presente com o objetivo de estabelecer vínculos fortes com a sociedade.

Partindo de um pressuposto histórico antropológico, é possível perceber, que os seres humanos como componentes formadores da sociedade, não são capazes de viver sem algo que os inspira, a partir desta afirmativa faz jus dizer que para o homem, é muito mais fácil viver sob bases culturais diversas do que criar uma cultura específica, o homem é movido pelo desejo de -ser e ter- ao passo em que é muito mais prático adaptar algo já existente a sua necessidade do que propriamente criar um novo,

A diversidade cultural se faz presente em todo o mundo, entretanto nenhuma região é como a Europa ou em alguns aspectos a Ásia, em virtude de serem extremamente criativos e inventores constantes, sua cultura é tão intensa que outros países como principalmente os da América solidificaram-se nestas culturas, como se fosse propriamente sua, não que

na modernidade ela já não o seja, mas porque originalmente pertence a outros continentes.

2. A CONSTRUÇÃO CULTURAL

A construção de cada cultura é única e sem dúvidas é um fenômeno histórico que para solidificar-se, foram preciso inúmeras mutações sociais. Contudo uma cultura que, diga-se de passagem, é um aglomerado de religião, vestimentas, formas de agir etc., pode sim, influenciar outras, essa influencia pode ser de forma direta como a colonização inglesa, espanhola e portuguesa para com a America, ou de forma indireta como o experimento, isto é, uma sociedade percebe que algo foi criado e surtiu o efeito esperado no local de sua criação, e então resolve copiar aquela ideia ou em algumas vezes apropria-se da ideia e a modifica.

Desta forma o “Mundo Globalizado” é um mix cultural sem criação específica de alguma parte, ora uma ideia foi copiada e modificada, ora utiliza-se a ideia principal, aqui independente do que tenha sido aplicada, a questão, é que a ideia já existia, assim como sua utilização. O homem ao ter contato com o belo, o desconhecido, o curioso, o incrível aos seus olhos, muda sua forma de ser, e este, sabe-se que é suscetível a mudanças constantes,

Seria demasiado exagero considerar que é pretensão dos filósofos modificarem o mundo. Suas ideias porém, não se lançam ao mundo sem motivo, sem objetivos, sem finalidades. O pensamento se exerce de forma tão presencial entre os homens do mundo que, uma vez acolhidas e adotadas como formas de comportamento, trazem como desencadeamento certa modificação do mundo.(BITTAR; ALMEIDA 2005 p. 23)

É impossível determinado país, estado, ou município afirmar que é cem por cento original e que sua cultura é exclusiva, afinal, o mundo sofre influências culturais ao passo que tudo é miscigenado com exceções raras de não o ser. Pois até mesmo em hábitos rotineiros percebe-se a presença de uma herança histórico-cultural que é advinda dos mais variados países, desde a comida preparada, o lanche, as roupas, os sapatos, os transportes, o lado em que se dirige, o guarda chuvas, a forma das casas, e até mesmo o corte de cabelo ou a forma que se estuda. Tudo tem sua origem, e o que o resto do mundo faz é apropriar-se das ideias, e algumas vezes aprimora-las ou modificar em partes,

A diversidade dos conhecimentos humanos requer sejam identificadas algumas categorias básicas que demonstram a versatilidade do homem na aplicação de sua razão e de suas capacidades anímicas. O senso comum, a religião, a técnica, a ciência e a filosofia são as principais formas de projeção do homem, formas que acabam por compor as mais evidentes e as mais destacadas categorias culturais humanas. (BITTAR; ALMEIDA 2005 p. 26).

Um continente que possui destaque é a Europa que impulsionou no mundo o eurocentrismo que é a influência política, econômica, social, cultural etc., como uma inspiração clássica cultural por um lado e por outro lado impositiva pelos métodos coloniais.

3. CARACTERÍSTICAS DO BRASIL, A DIGNIDADE E A ISONOMIA

O Brasil na atualidade é um completo aglomerado cultural, pois, é formado por diversas etnias e heranças culturais, por esta razão o povo brasileiro se torna único no mundo, pois a pluralidade cultural existente faz

com que os estados tenham um estranhamento ou certos pré-conceitos com relação a outros, os conflitos existentes são notoriamente óbvios, cada estado traz sua cultura seja europeia, africana ou mesmo asiática no quesito –racial-, exemplos claros são: a Bahia que é predominantemente original da cultura africana, o Rio de Janeiro é predominantemente original dos portugueses, Santa Catarina é predominantemente Espanhóis e português, a Amazônia é predominantemente de índios – povo já existente no território brasileiro – povo com sua cultura própria, e posteriormente modificada pelas influencias europeias, e o centro do Brasil que é uma miscigenação completa das variadas etnias.

No entanto, mesmo com toda a miscigenação brasileira, há que se observar o princípio da *dignidade da pessoa humana*, pois a partir deste, tende-se a buscar o bem maior, e o respeito, afim de que todos possam viver em harmonia sem que a dignidade do outro seja ferida,

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;
(BRASIL 1988).

Notoriamente, e concomitantemente tem-se o princípio da *isonomia* que existe como forma de igualar essa diversificação histórico-cultural existente no país, visto que como já foi dito, a miscigenação causa muitas vezes, pré-conceito, dentre outros conflitos decorrentes da aglomeração cultural histórica existente no Brasil, e afim de não ferir o princípio primordial da constituição qual seja a *dignidade da pessoa humana*, existe o princípio da isonomia ou seja, a igualdade,

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:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

(BRASIL, 1988).

Neste aspecto se comparado aos Estados Unidos da America (EUA), que são predominantemente descendentes dos ingleses e com uma cultura de certa forma mais “uniforme” em virtude de sua colonização ter sido única, no entanto isso não o torna um país originalmente cultural, afinal toda a cultura que se faz presente neste país também possui influencias seja europeia ou asiática, ou seja não se pode criar uma coisa duas vezes, o que sim existe é a replicação.

Um ponto muito importante acerca do Brasil é a constituição do Estado Laico, este fenômeno é decorrente da multiplicidade cultural no quesito religioso, vez que os africanos possuem sua cultura religiosa como umbanda, candomblé etc., os cristãos são divididos entre os católicos e evangélicos protestantes de diversas doutrinas, existe também a adoração da natureza feita pelos indígenas e a doutrina espírita pelos estudiosos da questão espiritual, esse fator é algo primordial e de grande elevação, visto que o país não apoia qualquer religião como certa ou errada e tampouco obriga a população a seguir determinada religião, ao contrario garante a liberdade como consta no texto constitucional, Art. 5º:

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos

religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

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

(BRASIL, 1988).

Ainda no que tange a constituição percebe-se os apontamentos da sociedade a época, visto que o país passou por diversas mutações e períodos de grandes lutas sociais levando o constituinte a citar no seu texto, a seguinte normativa:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Fez-se necessário que a constituição citasse tais garantias, pois, o contexto histórico a nível mundial no que tange a raça, etnia, religião e cultura sempre foi motivo de discórdia, de imposição e de tantas outras atrocidades. Entre outros tantos, estes fatores foram e são cruciais para formação do povo brasileiro, que é o povo visto sob o olhar dos estrangeiros como povo diferente, todos olham para a Bahia como lugar de festa, o Rio de Janeiro por suas belas praias, sul do Brasil com suas lindas paisagens, a capital projetada recentemente se comparada a outros países e com estrutura urbana diferenciada. Enfim o Brasil tem seu modelo de

homem, não é correto nem errado, não é político nem oponente, é aquele tipo miscigenado formado historicamente e das variadas culturas continentais,

Não sendo algo diferente do justo, uma vez que a justiça e a equidade são coincidentes materialmente, deve-se ter presente que o equitativo é melhor que o justo, não tomando em seu sentido absoluto, mas no sentido que lhe é dado quando referente à parte da justiça política atinente a lei. (BITTAR; ALMEIDA 2005 p. 117).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por esta razão, ao longo da história, pesquisadores e cientistas criaram mecanismos de fazer com que a vontade da coletividade prevalecesse, significa dizer, que, foi necessário um estudo social profundo, e a criação de diversas ciências, com a finalidade de estudar de perto o homem e sua mutação constante de forma a observá-lo em todas suas dimensões, com a premissa de cuidadosamente tratar sobre o tema de modo a buscar soluções para por fim aos conflitos oriundos deste meio a sociedade que o abriga, destas linhas de pesquisa e estudo extraiu-se ideias coletivas e humanísticas como é a forma da atual Constituição do Brasil.

Desta forma, a Antropologia como responsável por estudar tais fenômenos mostra o homem sob outras óticas e a principal delas é a capacidade de movimentar-se constantemente, isto é, a busca pela comodidade, praticidade, bem estar individual e concomitantemente à tentativa de evolução.

Por outro lado dificilmente se imagina uma sociedade completamente uniforme, pois o homem é um ser livre e a monotonia causa desconforto,

aborrecimento e irritabilidade. Ninguém quer ser igual a ninguém e muito menos conviver com a mesmice.

Partindo desta linha de pensamento, torna-se evidente a principal motivação dos conflitos criados pelo homem, pois o querer “ser e ter” são ambições que diariamente, são postas frente a todo e qualquer obstáculo existente ou que venha surgir. Tal problema é corrente do fenômeno natural -o ser humano -, afinal cada mente é um mundo, cada pessoa é única e cada pessoa tem seus desejos, ninguém é ou será igual a outro, no entanto os direitos sim, são iguais para todos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 2005.

BRASIL. Constituição da república federativa do Brasil. **Brasília: Senado**, 1988.

A REALIDADE BRASILEIRA SOBRE O TRÁFICO DE ÓRGÃOS.

DANIELE DA SILVA: acadêmica da Universidade Brasil.

DR. **RODRIGO FRESCHI BERTOLO** (prof. Orientador): graduação em Direito pelo Centro Universitário de Votuporanga (2004). Especialista em Direito Constitucional pela Unisul/IDP (2007). Especialista em Direito Processual pela Unama (2008). Especialista em Direito do Trabalho e Previdência Social pelo Centro Universitário Toledo (2012). Especialização em andamento em Direito Previdenciário (Uniderp). Doutorado em Direito Constitucional em andamento, na Universidad de Buenos Aires. Advogado no escritório de advocacia Páez & Bertolo e Professor Universitário da Universidade Brasil.

RESUMO: O presente estudo tem por finalidade mostrar a realidade brasileira a respeito da prática ilegal do comércio de órgãos, a maneira que eles ocorrem e quem são as pessoas que estão por trás dessa atrocidade. Ademais é necessário mostrar também os casos que na época por certo período de tempo repercutiram na mídia nacional, mas que infelizmente por algum motivo de interesse ainda não tiveram suas devidas condenações e que nos dias de hoje também não se ouve falar mais neles. É notório que esse crime realmente se trata de um crime oculto, mas não se trata de uma mera “lenda urbana” como diz às pessoas que estão envolvidas, pois ele realmente existe e a cada dia que passa mais uma nova vítima é feita, seja através da própria doação, ou seja, através de coação. E o que era pra ser uma bela atitude em salvar vidas acaba sendo uma oportunidade de criminosos em arrecadar dinheiros.

Palavras-chave: órgãos, doação, tráfico, criminosos, Brasil

ABSTRACT: The purpose of this study is to show the Brazilian reality regarding the illegal practice of the organ trade, the way they occur and who the people behind this atrocity are. In addition it is necessary to show also the cases that at the time for a certain period of time reverberated in the national media, but unfortunately for some reason of interest have not

yet had their due convictions and that today we do not hear more about them. It is notorious that this crime really is a hidden crime, but it is not a mere "urban legend" as it tells the people who are involved, since it really exists and with each passing day another new victim is made, either Through donation itself, that is, through coercion. And what was meant to be a beautiful attitude in saving lives ends up being an opportunity for criminals to raise money.

Keywords: organs, donation, trafficking, criminals, Brazil.

1. INTRODUÇÃO

Doar órgãos sempre foi um ato de amor e solidariedade com o próximo, visto que o doador pode ser tanto pessoas vivas ou não, e saber que infelizmente um ente querido partiu, mas que através dele foi possível salvar outras vidas, de certa forma é algo que se torna gratificante, já que a triste realidade em todos os países do mundo é que há uma grande escassez de órgãos e que há milhares de pessoas esperando receber uma doação, como esperança de vida.

Infelizmente ainda não há um consenso de como abordar essa carência e nem de como incentivar as pessoas a serem doadoras de órgãos, porém alguns países começaram a trabalhar em projetos para estimularem, principalmente as famílias, a pensarem sobre este assunto.

Entretanto em nenhum dos incentivos, eles abordam à respeito do tráfico de órgãos e esta é uma prática ilegal, que vem se fortificando na compra e venda de órgãos humanos, devido à falta dos mesmos e dos valores que as pessoas pagam para conseguir um transplante.

O que fica claro que o mercado negro é regado pelo abastecimento de dinheiro de quem é rico e precisa de um órgão e de quem é pobre e não encontra outra solução, se não vender “uma parte do seu corpo” como forma de garantir sua subsistência, é o que demonstrou também a reportagem “Vendem-se Órgãos” publicado pela revista Galileu, em sua edição de nº 217 do ano de 2009.

Agravando a situação, o que se torna ainda mais frustrante, é saber que as pessoas que deveriam lutar contra essa atrocidade, estão envolvidas em inúmeros casos já ocorridos. Um grande exemplo é o caso do menino “Paulinho Pavesi”, que teve sua história contada por seu próprio pai, no livro “Tráfico de órgãos no Brasil: o que a máfia não quer que você saiba”, (sem editora) e em seu blog “A verdade”, caso este que nos remete a pensar, em até que ponto pode confiar na justiça, nos hospitais, e infelizmente nas próprias doações.

2. BREVE HISTÓRIA SOBRE A DOAÇÃO DE ÓRGÃOS

Em Massachusetts – Estados Unidos, no ano de 1954 o cirurgião Joseph E. Murray alcançou a façanha de realizar o primeiro transplante de rins do mundo entre gêmeos idênticos e vivos.

No Brasil, o primeiro transplante ocorreu no ano de 1964, na cidade do Rio de Janeiro, e no ano seguinte em São Paulo, ambos se tratavam de transplante de rim.

Já em 1967, o médico Christian Barnard, na Cidade do Cabo – África do Sul realizou o primeiro transplante de órgãos vitais com o uso de doadores vivos tratados como mortos, tendo por conhecimento a época à chamada “morte cerebral”, entre uma jovem doadora que havia sofrido acidente automobilístico e o seu paciente que sofria por diabetes e uma doença cardíaca incurável. O transplante foi realizado, e enquanto a vida da doadora cessou com o início dele, a vida do paciente com o novo coração durou apenas 18 dias.

Hoje em dia, e de acordo com o Ministério da Saúde é possível realizar transplante com órgãos de doadores mortos, que tiveram suas mortes constatadas como “morte encefálica” e doadores vivos em alguns casos, em ambos os casos os órgãos que poderão ser doados são: rim, fígado, pulmão, coração e pâncreas, além dos tecidos e células que também pode ser doados como: córneas, válvulas do coração, ossos, pele, sangue, cartilagem e medula óssea.

Entretanto o que era pra continuar sendo uma boa prática, como a do início de 1954, salvando vidas, tornou-se algo assustador, isso porque por trás dela existem pessoas que aproveitam deste procedimento utilizando-se de pessoas doadoras abreviando sua morte ou até mesmo de pessoas que foram coagidas a doar, vender ou até mesmo mortas para terem seus órgãos arrancados e a partir deles arrecadarem fortunas de dinheiro vendendo os mesmo para quem procura, garantindo uma fonte de renda.

3. O TRÁFICO DE ÓRGÃOS NO BRASIL E NO MUNDO

De acordo com a Declaração de Istambul sobre tráfico de órgãos e turismo de transplante, realizada entre 30 de abril a 02 de maio de 2008, definiu o tráfico de órgãos como:

“O tráfico de órgãos consiste no recrutamento, transporte, transferência, refúgio ou recepção de pessoas vivas ou mortas ou dos respectivos órgãos por intermédio de ameaça ou utilização da força ou outra forma de coação, rapto, fraude, engano, abuso de poder ou de uma posição de vulnerabilidade, ou da oferta ou recepção por terceiros de pagamentos ou benefícios no sentido de conseguir a transferência de controle sobre o potencial doador, para fins de exploração através da remoção de órgãos para transplante.”

Conhecido também como “mercado negro”, o tráfico de órgãos é uma triste realidade que está ocorrendo em todos os países do mundo, inclusive no Brasil e o principal problema é que este é um crime oculto, e na maioria das vezes é cometido por pessoas que deveriam prezar pela vida do outro indivíduo de maneira ética, moral e legal.

Esta prática vem ocorrendo devido aos inúmeros casos de pessoas que precisam de um órgão para sobreviver, das enormes filas que devem enfrentar para conseguir um transplante e da grande escassez de órgãos e doadores que todo o mundo enfrenta.

E foi através dessa insuficiência de órgãos, que criminosos começaram a atuar em busca de dinheiro fácil, pois viram uma oportunidade na necessidade de quem realmente quer viver e faria de tudo

para que isso ocorresse inclusive pagar por um órgão, que na maioria das vezes não se sabe de onde veio.

Em matéria do jornal Folha de São Paulo, publicada no portal UOL, em 29/11/2014, o tráfico de órgãos movimenta entre R\$ 1,6 bilhões a R\$ 3,2 bilhões por ano no mundo, dados esses, obtidos de acordo com a Global Finance Integrity, uma organização não governamental especializada no rastreamento de fluxos financeiros ilegais.

E muitos são os casos em que as pessoas que são submetidas a isso, estão em extremo estado de necessidade, e precisam passar por esse método para garantir a sua sobrevivência, ou até mesmo os casos de seqüestros, ameaças e mortes de pessoas de que não tiveram se quer a chance de escolher entre ser um doador ou não.

No Brasil essa é uma atrocidade que cada vez mais vem ganhando força, isso porque ocorre de forma silenciosa e conseqüentemente reinando a impunidade de quem os pratica, sendo eles: médicos, hospitais, políticos, policiais e a própria população.

Vale lembrar que tanto a imprensa como as autoridades e até mesmo os próprios criminosos, tratam esse crime como uma mera “lenda urbana”, porém todo o conteúdo exposto no texto é embasado em fatos verídicos, depoimentos reais e histórias verdadeiras, para demonstrar que esse crime realmente existe, mas ninguém toma uma atitude.

Para que ocorra o tráfico é necessário que existam “doadores”, tanto vivos como mortos.

Na maioria das vezes as pessoas vivas, são pobres, miseráveis e com péssima qualidade de vida, em que se dispõe em vender “parte de seu corpo” em troca de recebimento em dinheiro ou até mesmo recusando tal proposta, correndo o risco de sofrer um seqüestro e conseqüentemente a própria morte. Já os doadores mortos, podem ser aqueles que previamente declararam ainda em vida serem doadores ou após o “óbito” sua família autorizou esse processo, porém os órgãos não tomam o destino que legalmente deveriam-se ter, sendo então contrabandeados, indo ao

encontro dos receptores que pagaram alta quantia em dinheiro pelos mesmos.

Isso porque os valores pelo quais são vendidos chamam a atenção dos criminosos. De acordo com o portal R7, em uma matéria divulgada em 13 de abril de 2015, na coluna “Segredos do mundo”, mostram os 15 órgãos humanos mais vendidos, com base em uma pesquisa feita pela Medical Transcription, uma empresa que trata a respeito de transplante, tendo eles os seguintes valores:

- “- Par de olhos – R\$ 2.877,00
- Escalpo (cabeleira destacada do crânio com a pele) – R\$ 1.145,00
- Fígado – R\$ 296.277,00
- Rim – R\$ 494.341,60
- Artéria coronária – R\$ 2.877,37
- Pele (polegada) – R\$ 18,86
- Mão e antebraço – R\$ 726,41
- Coração – R\$ 224.529,20
- Litro de sangue – R\$ 635,85
- Vesícula biliar – R\$ 2.300,00
- Caveira com dentes – R\$ 2.264,16
- Intestino delgado – R\$ 4.752,84
- Baço – R\$ 958,49
- Ombros – R\$ 943,40
- Estômago – R\$ 958,49”

Desse modo, as pessoas que tem condições pagam e conseqüentemente acabam passando na frente das pessoas que esperam anos na fila de transplante do Sistema Único de Saúde. A evidência disso é a estatística publicada pela primeira vez no site da Associação Brasileira de Transplante de Órgãos, referente à quantidade de pessoas que ingressaram e morreram na fila do Sistema Único de Saúde a espera de um transplante em todo o país no ano de 2015, pessoas essas que não tiveram se quer a chance de evolução na fila de espera, porque evidentemente sua vez foi “passadaT” para quem tinha condições de pagar pelo o órgão.

A seguir, expõe-se a tabela da referente estatística.

LISTA DE ESPERA

Número de pacientes que ingressaram na lista de espera e mortalidade durante o ano de 2015, por estado

	RIM		FÍGADO		CORAÇÃO		PULMÃO		PÂNCREAS		PÂNCREAS/ RIM		CÓRNEA		TOTAL			
	Total	Pediátrico	Total	Pediátrico	Total	Pediátrico	Total	Pediátrico	Total	Pediátrico	Total	Pediátrico	Total	Pediátrico	Total	Pediátrico		
Total - Brasil	Ingresso		9.342	396	2.634	245	435	74	123	13	22	0	215	0	16.170	924	28.941	1.652
	Mortalidade		1.215	11	835	31	145	20	54	2	2	0	36	0	46	0	2.333	54

Fonte: < <http://www.abto.org.br/abtov03/Upload/file/RBT/2015/anual-n-associado.pdf> >

Ainda não foram divulgados os números totais do ano de 2016, mas apenas em um ano, como demonstrado na tabela acima foram mais de 2 mil mortes constatadas oficialmente por falta de órgãos necessários, e infelizmente a tendência é que os mesmos números aumentem isso porque com a máfia agindo por trás dessa atrocidade, não teria outro resultado diferente.

Uma das formas desses criminosos agirem é através das listas de transplante, visto que além da lista do Sistema Único de Saúde, existe uma lista de espera para pessoas privilegiadas, ou seja, quem paga pelo órgão a ser transplantado têm preferência sob qualquer outra lista. É o que também expõe Paulo Airton Pavesi, vítima desse crime, em uma entrevista ao site R7, publicada em 19 de setembro de 2015, no qual diz:

“— Do lado legal funciona desta maneira: a pessoa é constatada morta, os dados são levados para a fila e vão comparar para ver quem é o próximo que pode receber o órgão. O que a máfia faz? Ela tem uma lista paralela, ela pega esses dados e compara com a lista dela, que tem pessoas inscritas em consultórios particulares aguardando por um rim. A máfia tem poder financeiro e político. No Brasil, com poder e dinheiro, você faz o que quiser e a máfia é regida por isso.

Segundo Pavesi, no esquema da máfia, uma lista privada tem privilégios sobre a do Sistema Nacional de Transplantes.

— O procedimento é o mesmo, só se muda a lista, o que era da lista pública vai para a lista privada. E se na lista privada a pessoa oferece muito dinheiro e está muito necessitada, surge à necessidade de apressar a morte do paciente para resolver logo o problema. É o que eles (da máfia) estão fazendo.”

Assim, fica demonstrado que em alguns estados, como no citado depoimento acima ocorreu no estado de Minas Gerais, a máfia que nesse caso seriam os médicos responsáveis pelo transplante, tratam alguns pacientes como prioritários na fila que eles (médicos) próprios criaram, pois sabem que receberão valores consideráveis o quanto antes fizerem os transplantes e que não terão gastos, visto que quem paga por tudo isso é o Sistema Único de Saúde.

Ainda, em uma entrevista concedida à revista *Época*, publicada em 08/12/2003 e disponível no site revistaepoca.globo.com, à antropóloga Nancy Scheper-Hughes, que trabalhou na investigação sobre o tráfico internacional de órgão no Brasil por mais de 10 anos, descreveu a maneira como funciona o tráfico no decorrer dos tempos, sendo:

“ÉPOCA - Há quanto tempo existe tráfico de órgãos no Brasil?”

Nancy - Pelas indicações que temos, o comércio para transplantes vem do final dos anos 70. De acordo com os cirurgiões que entrevistei, no final da ditadura militar era flagrante o tráfico velado de cadáveres, órgãos e tecidos retirados de pessoas das classes sociais e políticas mais desprezadas, com o apoio do regime militar. Um médico veterano, agregado a um grande hospital acadêmico de São Paulo, revelou que cirurgiões como ele próprio recebiam ordens para produzir cotas de órgãos de qualidade. Às vezes, eles aplicavam injeções de barbitúricos fortes e em seguida chamavam dois outros médicos acima de qualquer suspeita para testemunhar que os critérios de morte cerebral haviam sido preenchidos e que os órgãos podiam ser retirados.

ÉPOCA - E depois do período militar?

Nancy - Existe o tráfico aberto e semiclandestino de tecidos e órgãos envolvendo a corrupção de encarregados de institutos médico-legais, necrotérios, etc. Também tenho casos bem documentados no Brasil de roubo de órgãos de pacientes. Um comportamento criminoso por parte de alguns médicos, que tiram vantagem de pessoas submetidas a pequenas cirurgias para remover ao mesmo tempo uma mercadoria preciosa. Um

exemplo é o caso de Laudicéia Cristina da Silva, uma jovem recepcionista de São Paulo. Em junho de 1997, um de seus rins foi retirado sem seu conhecimento durante pequena cirurgia para remoção de um cisto ovariano. O cirurgião do hospital explicou que o enorme cisto havia envolvido o rim, coisa altamente improvável. O hospital recusou-se a apresentar seus registros médicos. Laudicéia, porém, deu seguimento ao processo legal. Em julho de 2001, o Conselho de Medicina revelou para mim que o caso estava próximo de ser resolvido por acordo. Como muitos casos que investiguei, esse tipo de acordo inclui uma cláusula de sigilo. Assim, a verdadeira história nunca vem a público.”

Desta forma, mais uma vez ficou comprovado e demonstrado que o tráfico de órgãos existiu e existe até os dias de hoje, não se tratando apenas de uma teoria da conspiração ou como na maioria das vezes é chamada, uma simples lenda urbana.

4. CASOS BRASILEIROS

Paulo Veronese Pavesi era uma criança de 10 anos na época em que teve sua vida ceifada, sendo vítima do crime de homicídio, cometido pela equipe médica do hospital de Poços de Caldas-MG, para a retirada de seus órgãos, antes mesmo de ser constatada a sua morte, no qual estava internado, após um trágico acidente doméstico.

Seu pai, Paulo Airton Pavesi, no blog “A verdade” e no livro “Tráfico de órgãos – o que a máfia não quer que você saiba”, de sua própria autoria que por censura não foi publicado, mas que se encontra disponível em seu blog, relata a sua triste e dura realidade após a morte de seu filho, o qual incansavelmente foi em busca de justiça e está até os dias de hoje, visto que a criança foi vítima do maior esquema de tráfico de órgãos do sul de Minas Gerais, como ele mesmo relata.

Paulinho, ainda tinha sinais vitais quando teve seus órgãos retirados pela equipe médica de transplante de Poços de Caldas, fato esse que ficou comprovado por uma auditoria feita pelo Ministério da Saúde, que demonstrou uma série de irregularidades no procedimento de transplante,

do qual o pai desconfiou quando viu que deveriam ser pagos um total de R\$ 11.668,62 ao primeiro hospital do qual o filho ficou internado.

Na investigação ficaram comprovadas fraudes nos documentos, faltas de exames realizados e datas alteradas além da suspeita de alta dosagem de medicamento, e um total de sete médicos envolvidos, incluindo um deputado estadual.

Segundo um documento do Ministério Público, toda a equipe médica sabia que a criança ainda estava viva no momento em que teve seus órgãos retirados; e após os fatos serem comprovados, por um longo período os promotores e a própria justiça concordaram com a tese de Paulo Pavesi, de que seu filho havia sido morto.

Tanto que na época, o crime teve repercussão ao âmbito nacional, fazendo com que todo o país soubesse do drama que estava vivendo aquele pai.

Entretanto de forma bem estranha e suspeita, todos se calaram, incluindo justiça e mídia e já não mais se ouvia falar no “caso do menino Pavesi”. O que acarretou na injustiça e a não punibilidade dos responsáveis, bem como o pai passou a receber ameaças e teve que pedir asilo na Itália onde mora até hoje em um país europeu.

Após esse caso, vários outros foram se revelando, envolvendo hospitais, médicos, políticos, militares e demais autoridades e pessoas influentes no Brasil, como por exemplo, no caso: “Operação Bisturi” que foi uma investigação feita para enquadrar os criminosos que estavam atraindo moradores da periferia de Recife-PB para a retirada de seus órgãos na África do Sul, a troco de dinheiro, operação esta, comandada por um ex-major do Exército israelense, envolvendo médicos e enfermeiras de todo o mundo.

De acordo com um esclarecimento no site da Polícia Federal, publicado no dia 30 de julho de 2014 a respeito dessa operação, os mesmo disseram:

“No período de 2002 a 2003, o israelense, associado a cidadãos brasileiros, negociou a compra de rins de 19 cidadãos

brasileiros, no estado de Pernambuco. Esses cidadãos, após exames médicos realizados no Brasil, eram levados à África do Sul, para a realização dos transplantes encomendados por cidadãos israelenses, os quais eram impedidos, por motivos religiosos, de se submeterem às cirurgias em seu país de origem.”

Outro caso que também foi investigado à respeito de tráfico de órgãos, foi ocorrido na cidade de Taubaté/SP, do qual investigou cinco médicos que participaram de quatro homicídios de pacientes que tiveram sua morte antecipada, visto que eles comunicaram as famílias que os mesmo estariam com “morte encefálica” ou “coma irreversível”, ocorre em que nos exames em que foram submetidos esses pacientes ficou comprovados que todos ainda não estava em estado de morte encefálica e que tiveram suas vidas interrompidas devido ao procedimento cirúrgico em que passaram para a retirada dos órgãos.

O caso ocorreu em 1987, mas somente 25 anos depois é que houve julgamento e foram condenados a 17 anos e seis meses de prisão, entretanto em uma reportagem publicada no site globo.com em 20 de outubro de 2012, nota-se que de nada adiantou o júri:

“[...] A liberdade dos médicos foi autorizada pelo juiz Marco Montemor que durante a condenação, anunciada após júri popular em 20 outubro de 2011, permitiu que os réus pudessem recorrer da decisão em liberdade por não apresentarem antecedentes criminais. No mesmo ano, os três réus entraram com um recurso pedindo a anulação do júri popular. O recurso não foi julgado pelo Tribunal de Justiça, que não informou um prazo para o andamento do processo. [...]”

Todos os casos citados acima também estão presentes na Comissão Parlamentar de Inquérito do Tráfico de Órgãos, disponível no site da Câmara dos Deputados.

5. CPI DO TRÁFICO DE ÓRGÃOS

Devido às inúmeras denúncias que foram surgindo a respeito dessa prática, houve a necessidade de se investigar mais a fundo o que de fato acontece e aconteceu com os casos supramencionados.

Assim no ano de 2003, por ato de requerimento nº 22/2003 do Deputado Neucimar Fraga, solicitou-se a criação de COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO (CPI) com o fim de averiguar a ação de organizações criminosas atuantes no tráfico de órgãos humanos. Assim discorre o requerimento:

“REQUERIMENTO Nº 22/2003 (Do Sr. NEUCIMAR FRAGA)
Requer a criação de Comissão Parlamentar de Inquérito, com a finalidade de investigar a atuação de organizações criminosas atuantes no tráfico de órgãos humanos (documentos em anexo). No Brasil, em diversas regiões, encontramos fatos comprovados do tráfico ilegal de órgão, como por exemplo, na cidade de Poços de Caldas/MG, ocorrido em Abril de 2000, que resultou na morte de uma criança chamada Paulo Veronese Pavesi. Na cidade de Taubaté/SP, encontramos denúncias efetivadas por um médico, o Sr. Roosevelt Kalume, denunciando o tráfico realizado por seus colegas de profissão no Hospital Universitário, em Franco da Rocha/SP vários corpos foram exumados por ordem do Delegado Marco Antonio Dano, que constatou a retirada ilegal dos órgãos. São dezenas de denúncias, com envolvimento de políticos, de médicos e de instituições. [...]”.

Foram destaques nessa Comissão, o caso do menino Paulinho Pavesi, os médicos de Taubaté e a “Operação Bisturi” do ex-Major israelense, todos citados no tópico anterior, bem como também os casos: do menino Marcos, de Brasília, que tinha 9 anos na época de sua morte devido um acidente que sofrerá. Após sua mãe, concordar com a doação de seus órgãos, a mesma percebeu ainda no funeral da criança que havia irregularidades que os médicos não cumpriram a respeito da retirada dos órgãos, como a percepção da ausência dos glóbulos oculares, dos quais o

local deveria estar preenchido para que ninguém percebesse a sua falta, bem como a ausência do fígado no corpo da criança, constatada no laudo da necropsia, após o mesmo ter sido transplantado.

A mãe da criança foi ouvida na Comissão, e tiveram como conclusão do caso as seguintes irregularidades confirmadas: constatação da morte encefálica antes mesmo que ela ocorresse, falta de documentos com informações dos médicos cirurgiões, transplante do fígado realizado por equipe médica diversa da credenciada, entre outras irregularidades.

O caso Athaide Patreze, radialista, que em uma entrevista para uma rede de televisão em 2004, contou como foi realizada a proposta por um médico de um renomado hospital de São Paulo, capital, para a compra de um rim para o seu transplante por 100 mil dólares. Entretanto ao ir ao ar a entrevista, uma senhora, mãe de um paciente que esperava pelo transplante na fila do SUS, denunciou o caso ao Ministério Público. Segundo o próprio radialista, na página 166 da Comissão Parlamentar de Imquerito, o médico em suas palavras disse: *“Não seja bobo, no Brasil só pobre fica na fila, ricos não.”*

Da Comissão o caso foi encaminhado para a Polícia Federal para que eles pudessem se aprofundar nas investigações, visto que haviam mais coisas a ser investigadas.

O caso de Franco da Rocha, sobre vendas ilegais de cadáveres e parte de seus corpos no ano de 2000, dos quais médicos foram denunciados, pois estariam vendendo os mesmo para universidades sem a devida autorização legal. O que chamou mais atenção foi o fato de um dos médicos deste caso, ser um dos envolvidos no caso de Taubaté-SP.

Segue um trecho da Comissão Parlamentar de Inquerito, na página 165, ao que se refere ao caso acima:

“Ouvido pela CPI, o acusado limitou-se a dizer que realmente encaminhava cadáveres para faculdades, legalmente, e com auxílio de um assessor jurídico, ao qual tentou atribuir a ocorrência de irregularidades. Não conseguiu confrontar as

provas dos autos, limitando-se a negar genericamente as acusações.”

Entretanto o caso passou a ser de competência do Poder Judiciário, fazendo com está Comissão de nada pudesse recomendar.

Após seis meses de investigação, foi possível confirmar o que de fato acontece por trás da maioria dos transplantes realizados no Brasil e como é a atuação dessas organizações criminosas, isso porque foram ouvidas tanto as pessoas que estavam sendo acusadas como as pessoas que foram vítimas desse crime, pessoas essas que demonstraram através de provas a maneira como eles ocorriam e que de fato ocorriam.

Assim, ao findar essa investigação, teve como uma das conclusões, destacada na página 171/172 do relatório final da Comissão:

“[...] Listamos uma série de problemas na área detectados pela Organização Mundial de Saúde na área dos transplantes, dentre os quais se destacam a falta de informações confiáveis no nível internacional, a constatação da existência de comercialização de órgãos, exemplificada pelo “turismo para transplante”, e a necessidade de revisão dos princípios internacionais para que sejam mantidas as restrições ao comércio de órgãos [...]”

Relata ainda na página 173:

“[...] Dentre os problemas que são objetos de medidas que propomos para aperfeiçoar a legislação estão os relacionados aos direitos dos potenciais doadores e seus familiares, pois é preciso garantir maior transparência nos procedimentos relacionados com decisões de elevada responsabilidade, como é a indicação da morte encefálica de um indivíduo, a fim de que esses procedimentos sejam realizados com eficiência e segurança cada vez maior [...]”

Dentre essas sugestões destacadas, o relatório fez menção a 17 alterações nos artigos da Lei dos transplantes, lei 9434/97. Além de fazer recomendações ao Poder Executivo, ao Ministério da Saúde, solicitou também ao Ministério Público o indiciamento de oito médicos por

negligência, captação e transplante ilegais de órgãos, apoiando três projetos de lei sobre o assunto que tramitaram na Câmara dos Deputados, sendo eles: - Projeto de lei para alteração da lei de transplantes, Lei nº 9434/97, - Projeto de lei sobre o prontuário médico e a criação de comissões de revisão de prontuários, - Projeto de lei que torna hediondo os crimes lei de transplantes, Lei nº 9434/97.

Bem como pediu a Polícia Federal o aprofundamento das investigações sobre os casos apurados.

Contudo, nos dias de hoje ainda não houve nenhuma modificação nos artigos proposto por essa Comissão Parlamentar de Inquérito na lei de transplante, bem como nenhuma mudança para que se tornasse esse crime hediondo.

6. LEI DE TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS NO BRASIL - Lei nº 9434/97

O Código Penal Brasileiro não possui qualquer dispositivo legal específico que regula o crime de tráfico de órgãos. A referida matéria é disciplinada pela Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, intitulada como Lei do Transplante de Órgãos, em que apenas em seus artigos 14, 15 e 17 se aplica uma pena ao transgressor:

“Art. 14. Remover tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa ou cadáver, em desacordo com as disposições desta Lei: Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa, de 100 a 360 dias-multa.

§ 1.º Se o crime é cometido mediante paga ou promessa de recompensa ou por outro motivo torpe: Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa, de 100 a 150 dias-multa (...).”

“Art. 15. Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano: Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou auferir qualquer vantagem com a transação”.

“Art. 17. Recolher, transportar, guardar ou distribuir partes do corpo humano de que se tem ciência terem sido obtidos em

desacordo com os dispositivos 18 desta Lei: Pena - reclusão, de seis meses a dois anos, e multa, de 100 a 250 dias-multa”

Dessa forma fica demonstrada a ineficácia do ordenamento jurídico brasileiro ao se tratar de um crime tão perplexo, com penas tão brandas, visto que o crime é praticado por pessoas que deveriam ter condutas totalmente contrárias a essas.

Onde essa ineficácia também alcança quem controla e utiliza as leis para julgar os criminosos, pois juízes e promotores e demais autoridades não conseguem e não se esforçam para coibir essa prática, e mesmo tendo em mãos todas as provas possíveis não se vê nenhuma pessoa dessas envolvidas por muito atrás das grades.

O que explica isso é o que ficou comprovado em todo o decorrer do texto, a máfia age por trás, fazendo com que pessoas deixam de cumprir seu dever legal em troca de remuneração.

7. CONCLUSÃO

Enfim, fica demonstrado que o assunto tratado à qual teve início antes do período militar no Brasil se perpetua até os dias de hoje, sendo mais abrangente do que se espera e prejudicando milhões de pessoas todos os anos.

Isso porque o que deveria ser uma atitude de salvar vidas, devido à ganância por dinheiro acaba sendo um crime, do qual uma pessoa inocente na maioria das vezes morre ou tem sua morte antecipada, para poder amparar alguém que também precisava, mas que por ter pagado altos valores teve suas chances de vida aumentada, passando na frente de quem espera há anos por um avanço na fila do Sistema Único de Saúde.

Ou seja, a máfia tem controle médico, político e jurídico, por isso nunca se viu ou ouviu falar em uma pessoa de alto poder aquisitivo morrer aguardando um transplante e muito menos os casos ocorridos serem repercutidos na mídia nacional, como acontecia nos anos passados.

O principal problema é que com esses criminosos agindo de maneira oculta, torna-se cada vez mais difícil fazer com que essa prática tenha um

fim ou tenha suas ocorrências diminuídas, mas infelizmente apenas aumento nos casos ocorridos.

E o que era pra ser uma atitude de amor ao próximo em salvar vidas doando de maneira legal e seguindo os procedimentos corretos, sem obter lucro ou vantagens com os órgãos, acaba afastando cada vez mais os doadores voluntários por não saber o que irá acontecer com eles quando chegarem a um hospital com problemas graves, ou até mesmo quando forem doar em vidas.

Dessa forma, o que poderia ajudar o próximo torna-se apenas uma mera expectativa para daqui alguns anos, quando de fato começarem a serem punidos das maneiras que deveriam os que praticam tal atrocidade, se é que será um dia punido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Declaração de Istanbul. Disponível em: <<http://www.cremers.org.br/download/declaracaodeistanbul.pdf>>. Acesso em: 20 de outubro de 2016.

MEDEIROS, Renata. Preços de 15 órgãos humanos no mercado negro. **Segredos do Mundo**, 13 de abril de 2015. Disponível em: <<http://segredosdomundo.r7.com/precos-de-15-orgaos-humanos-no-mercado-negro/>>. Acesso em: 21 de outubro de 2016

Dimensionamento dos Transplantes no Brasil e em cada estado. **Associação Brasileira de Transplante de Órgãos**. Disponível em: <<http://www.abto.org.br/abtov03/Upload/file/RBT/2015/anual-n-associado.pdf>>. Acesso em 21 de outubro de 2016.

GOUSSINSKY, Eugenio. “Poder e dinheiro regem máfia de tráfico de órgãos no brasil”. **R7|SAÚDE**, 19 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/saude/poder-e-dinheiro-regem-mafia-de-trafico-de-orgaos-no-brasil-diz-vitima-ameacada-de-morte-19092015>>. Acesso em: 21 de outubro de 2016.

BURCKHARDT, Eduardo. O esquema de Israel. **ÉPOCA exclusivo online**. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Epoca/0,6993,EPT642472-1655,00.html>>. Acesso em: 24 de outubro de 2016.

Ex-oficial condenado na Operação Bisturi é preso na Itália. **Agência de Notícias, Polícia Federal**, 30 de julho de 2014. Disponível em: <<http://www.pf.gov.br/agencia/noticias/2014/07/ex-oficial-condenado-na-operacao-bisturi-e-presos-na-italia>>. Acesso em 24 de outubro de 2016.

SANTOS, Carlos. Um ano após condenação, médicos do caso Kalume estão em liberdade. **G1**, 20 de outubro de 2012. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sp/vale-do-paraiba-regiao/noticia/2012/10/um-ano-apos-condenacao-medicos-do-caso-kalume-estao-em-liberdade.html>>. Acesso em: 25 de outubro de 2016.

Comissão Parlamentar de Inquérito sobre o Tráfico de Órgãos. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/52-legislatura/cpiorgao/relatoriofinal.pdf>>. Acesso em: 30 de outubro de 2016.

Legislação brasileira sobre Transplante de Órgãos e Tecidos – LEI nº 9434/97. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm>. Acesso em: 04 de novembro de 2016.

SALVADORI, Fausto. Vende-se Órgãos. **Revista Galileu**, Ed. 217, agosto de 2009. Disponível em: <<http://revistagalileu.globo.com/Revista/Galileu/0,,EDG87015-7943-217-1,00-VENDEMSE+ORGAOS.html>>. Acesso em: 04 de novembro de 2016.
PESSOA, Luisa. Para especialista, tráfico de pessoas para obter órgãos é crime protegido. **Folha de São Paulo online**, 02 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/09/1509539-para-especialista-trafico-de-pessoas-para-obter-orgaos-e-crime-protetido.shtml>>. Acesso em: 09 de novembro de 2016.

BURGOS, Pedro. E se a venda de órgãos fosse legalizada? **SUPER Interessante**, 31 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/ciencia/e-se-venda-de-orgaos-fosse-legalizada>>. Acesso em: 10 de novembro de 2016.

PAVESI, Paulo. Tráfico de Órgãos, o que a máfia não quer que você saiba. Disponível em: <<http://ppavesi.blogspot.com.br/>>. Acesso em 19 de novembro de 2016.

MARTINELLI, Paulo. Há 50 anos, o primeiro transplante. **Correio Popular – Cenário XXI**. 17 de julho 2013. Disponível em: <<http://correio.rac.com.br/conteudo/2013/10/capa/projetos-correio/cenario-xxi/108722-ha-50-anos-o-primeiro-transplante.html>>. Acesso em 19 de novembro de 2016.

INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

TADEU FURTADO DE OLIVEIRA

ALVES: Graduado em Administração de Empresas pela Faculdade Leão Sampaio (2008) e em Direito pela Universidade Regional do Cariri (2013); Analista Judiciário e Assessor de Magistrado na Vara Regional da Infância e Juventude de Afogados da Ingazeira/PE.

RESUMO: Esse breve trabalho tem por escopo desenvolver o tema da interpretação e aplicação das normas constitucionais. A grande relevância desses direitos aliada às suas deficiências interpretativas e práticas demonstram a necessidade de se esclarecer e desenvolver esse tema no meio acadêmico. Realizou-se busca bibliográfica observando as contribuições trazidas por diversos autores como José Afonso da Silva, Gilmar Ferreira Mendes, Alexandre de Moraes, dentre outros. Procurou-se enfatizar a necessidade de se interpretar e aplicar as normas constitucionais tendo por base parâmetros científicos e já bastante difundidos pela doutrina constitucionalista. Conclui-se pela importância acerca de uma sistematização científica para a interpretação e aplicação das normas constitucionais

Palavras-chave: Direito Constitucional. Interpretação. Aplicação. Normas constitucionais.

ABSTRACT: This brief work has the scope to develop the theme of interpretation and application of constitutional norms. The great relevance of these rights coupled with their interpretive and practical deficiencies demonstrates the need to clarify and develop this theme in the academic world. A bibliographic search was carried out observing the contributions brought by several authors such as José Afonso da Silva, Gilmar Ferreira Mendes, Alexandre de Moraes, among others. It was tried to emphasize the necessity to interpret and to apply the constitutional norms based on scientific parameters and already widely diffused by the constitutionalist doctrine. It concludes by the importance of a

scientific systematization for the interpretation and application of the constitutional laws.

Keywords: Constitutional right. Interpretation. Application. Constitutional rules.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Interpretação e Aplicação das Normas Constitucionais; 3. Conclusão; 4. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

As normas constitucionais para que sejam adequadamente efetivadas e aplicadas devem possuir um suporte hermenêutico capaz de observar todas as singularidades inerentes a esses institutos jurídicos.

O tema é cercado de grandes estudos e divergências por parte de grandes estudiosos desses fenômenos hermenêuticos, a exemplo dos grandes estudiosos Tércio Sampaio Ferraz e Christiano José de Andrade.

Assim, o presente estudo não a ambiciosa pretensão de trazer uma lista fechada e peremptória de modelos aplicativos ou interpretativos. Objetiva-se, em verdade, apresentar de forma sintética, mas fidedigna, alguns dos mais importantes instrumentos disponíveis ao jurista a fim de uma interpretação correta e aplicação efetiva dos direitos humanos fundamentais

2. INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

De rigor, não há propriamente uma distinção na essência do ato de se interpretar uma norma constitucional e de se interpretar as demais normas do ordenamento jurídico, pois em ambas se busca dar significado aos enunciados normativos. Contudo, a forma com que é feita, as suas consequências e os seus parâmetros possuem diferenças.

É bom que se deixe claro que não há outra alternativa, a Constituição sempre deve ser interpretada. Nas palavras de Alexandre de Morais (1998, p.24):

“...A Constituição Federal há de sempre ser interpretada, pois somente através da conjugação da letra do texto com as características históricas, políticas, ideológicas do momento, se encontrará o melhor sentido da norma jurídica, em confronto com a realidade sociopolíticoeconômica e almejando sua plena eficácia...”

A palavra “intérprete”, conforme adverte Fernando Coelho apud Alexandre de Moraes (2016, p. 69), tem origem latina – “*interpres*” – que designava aquele que desvendava o futuro nas entranhas das vítimas. Retirar das entranhas ou desentranhar era, pois, o atributo do “*interpres*”. Daí vem a palavra “interpretar” com significação específica de desentranhar o sentido das palavras.

A atividade de interpretar a Constituição, atribuindo-lhe sentido, é uma atividade notadamente implicadora de inúmeros efeitos em face da ordem jurídica e, conseqüentemente, sobre o cotidiano dos indivíduos, tendendo a acarretar impacto sobre todo o direito positivo do Estado.

Um ato de tamanhas implicações é notadamente circundado de inúmeros debates doutrinários. Primeiro cumpre ressaltar da divergência entre interpretação e hermenêutica jurídica.

A Hermenêutica Jurídica é a sistematização dos métodos, processos e formas aplicáveis para se determinar o sentido e alcance de determinada expressão do Direito. As leis são elaboradas, em regra, em termos gerais, abstratos, a fim de abarcar a maior quantidade possível de fatos sociais, em uma linguagem clara, porém sem se apegar a minúcias. Sequer poderia ser diferente, pois o legislador não tem como prever todas as hipóteses possíveis e imagináveis no momento da elaboração da norma.

Já a Interpretação é a explicação, a subsunção da norma jurídica ao caso apresentado ao intérprete. É a exteriorização do pensamento do aplicador da norma jurídica. É a busca pelo significado de conceitos e

intenções, fatos e indícios, pois tudo deve ser interpretado, até mesmo o silêncio.

Esclarecendo a confusão exercida por alguns aplicadores do Direito, Carlos Maximiliano (2003, p. 01) ensina que:

“...Do exposto ressalta o erro dos que pretendem substituir uma palavra pela outra; almejam, ao invés de Hermenêutica, - Interpretação. Esta é a aplicação daquela; a primeira descobre e fixa os princípios que regem a segunda. A Hermenêutica é teoria científica da arte de interpretar...”

Portanto, há variadas formas e técnicas para se interpretar. Anota Canotilho apud LENZA (2014, p.168) que “a interpretação das normas constitucionais é um conjunto de métodos, desenvolvidos pela doutrina e jurisprudência com base em critérios ou premissas (filosóficas, metodológicas, epistemológicas) diferentes, mas, em geral, reciprocamente complementares”. Com base nisso e nos ensinamentos trazidos pelos digníssimos autores, expõe-se algumas características dos métodos destacados pelo citado constitucionalistas.

Preliminarmente, há o método jurídico ou hermenêutico clássico de modo que a Constituição deve ser tratada como uma lei se utilizando todos os métodos tradicionais para interpretá-la, valendo-se dos elementos da exegese a seguir descritos:

- Elemento genético: busca a origem dos conceitos utilizados pelo legislador na concepção da norma;
- Elemento gramatical ou filológico: conhecido também por literal ou semântico prega que a análise deve ser feita de modo textual, na forma como foi escrita, literalmente;
- Elemento lógico: usa-se do raciocínio lógico para harmonizar as normas constitucionais;
- Elemento sistemático: busca uma visão holística da constituição, observa-se o todo;

- Elemento histórico: vê-se o projeto de lei, a sua justificativa, as exposições de motivos, pareceres, discussões, cultura e condições psicológicas no momento do nascimento da norma;
- Elemento teleológico ou sociológico: busca a finalidade da norma;
- Elemento doutrinário: parte da interpretação dada pelos estudiosos do Direito;
- Elemento evolutivo: observa a mudança de significado das normas com a evolução das relações sociais;

Há, também, o método tópico-problemático (ou método da tópica) de modo que se parte de um problema prático para a norma. Atribui-se à interpretação um caráter pragmático na busca pela solução dos problemas apresentados.

O método hermenêutico-concretizador inverte o método tópico-problemático. Parte-se da Constituição para o problema, valendo-se das pré-compreensões do intérprete sobre o tema colocando-os em um “círculo hermenêutico” indo da norma ao fato e do fato à norma até se chegar a interpretação mais adequada e justa ao tema.

No que tange ao método Científico-espiritual a análise não se restringe à literalidade da norma, mas aos valores subjacentes e à realidade social da Constituição, busca-se a vontade, o espírito da norma constitucional.

Quanto ao método normativo-estruturante se defende que inexistente identidade entre a norma jurídica e o texto normativo. O teor literal da norma deve ser observado à luz da concretização da norma em sua realidade social. O texto, seria apenas a “ponta do iceberg”, todo o resto, talvez a parte mais importante que o intérprete e aplicador da norma deve levar em conta, está subjacente ao texto constituído pela “situação normada”, no feliz dizer de Miguel Reale.

Por último, há o método da comparação constitucional em que se busca a interpretação dos institutos através da comparação com os

vários ordenamentos constitucionais e tendo por base os elementos clássicos de interpretação constitucional.

A despeito de todos esses métodos interpretativos estarem dispostos de modo separado, tal se dá apenas para fins acadêmicos, pois se tem por mais adequado que o ato de se interpretar a norma constitucional passa por inúmeros destes e não isoladamente por cada um. Eles são inclusivos e não exclusivos, pois se complementam e não se anulam.

ANDRADE (1991, p. 30) disciplina que:

“Para outros, essas técnicas buscam alcançar o conhecimento científico do direito positivo, sendo notória sua conexão com a ideologia das diversas escolas do pensamento jurídico. (...) Não há, pois, um método de interpretação que deve ser preferido aos demais na apuração do verdadeiro significado ou sentido das formas do direito. Isso seria um dogmatismo insolente no campo de uma ciência prática, de pensamento problemático...”

Na doutrina de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Apud Christiano José (1991, p. 31) “...a ideia de um sistema legal aponta porém para uma unidade mais profunda na medida em que os diferentes processos interpretativos devem se complementar e se exigir mutuamente...” de modo que a melhor interpretação seria aquela que melhor harmonizasse os variados métodos interpretativos.

Não se pode olvidar, ainda, que o ato de interpretar as normas constitucionais exige, também, a observância de alguns princípios hermenêuticos constitucionais de basilar importância para a adequada subsunção do caso à norma. Canotilho, ainda, enumera diversos princípios interpretativos da norma constitucional:

- da unidade da constituição: a melhor interpretação é aquela que evita contradições entre as normas constitucionais;
- do efeito integrador: na solução do caso jurídico-constitucional deve se prestigiar a interpretação que melhor favoreça a integração política e social;
- da máxima efetividade ou eficiência: à norma constitucional deve ser dada a interpretação que lhe dê a maior eficácia possível;
- da justeza ou conformidade funcional: é descabido ao intérprete alterar a competência e organização institucional trazida pelo constituinte originário;
- da concordância prática ou harmonização: deve haver concordância e harmonização entre os conflitos de normas constitucionais de forma a evitar o sacrifício total de uma norma em favor de outra;
- da força normativa da constituição: dentre as interpretações deve ser prestigiada a que melhor garantir a eficácia, aplicabilidade e permanência da constituição;

Não se pode esquecer, ainda, que a evolução da sociedade e das relações interpessoais faz com que os conceitos, ante a sua abstração, passem a ganhar contornos diferentes daqueles outrora vigentes. Os valores e percepções da sociedade em face dos fatos e atos sociais tendem a se modificar com o passar do tempo e isso não é, nem pode ser, ignorado na interpretação da constituição.

A Constituição seria, portanto, uma espécie de organismo vivo e em constante evolução. Não se pode subestimar as mudanças e evoluções sociais sob pena de tornar-se um documento “fossilizado” não contemplando de forma adequada as novas maneiras, valores e amplitude dos mais diversos institutos aceitos na sociedade.

Como decorrência disso Häberle apud Lenza (2014, p. 186) propõe que se supere o modelo de interpretação de uma “sociedade fechada” que estaria concentrada nas mãos dos juízes e em procedimentos

bastante formalizados, por uma “sociedade aberta” dos intérpretes da Constituição. Ensina que o ideal é uma interpretação mais pluralista e democrática.

Portanto, a interpretação da constituição não poderia ficar adstrita aos órgãos estatais, mas abarcar todos aqueles que se submetem à norma. Quanto mais pluralista a sociedade for, mais abertos os critérios interpretativos serão.

Ressalte-se, ainda, que a absoluta preponderância das normas constitucionais e a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento basilar da República que é (art. 1º da Constituição Federal de 1988) obrigam o intérprete, de forma especial o Poder Judiciário no exercício da função interpretativa e aplicativa, não apenas escolher a norma mais favorável à proteção dos Direitos Humanos, mas também escolher no seu processo hermenêutico a interpretação que lhe tutele a maior e mais ampla proteção.

3. CONCLUSÃO

Conclui-se, portanto, que o ato de se interpretar as normas constitucionais é dotado de caráter extremamente científico, apesar de rodeado de inúmeras divergências doutrinárias. Não há uma forma certa e unânime de se interpretar as normas constitucionais. O que o jurista deve ter em mente é justamente essa heterogeneidade de métodos e princípios interpretativos a fim de que, na observância de cada caso concreto, escolha-se o que melhor vai tutelar os direitos e garantias fundamentais.

O presente estudo se mostrou de importante relevância a fim de levantar o debate e esclarecer tema por demais importante a todos os estudiosos de todas as áreas jurídicas. A força normativa da constituição aliada à sua supremacia fazem do presente tema um divisor de águas que irradia os mais diversos ramos da ciência jurídica. Assim, contribui para uma melhor prestação jurisdicional na medida em que auxilia no caráter científico dos institutos jurídicos interpretados e aplicados.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Disponível em: <<http://www.ambafrance-br.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem/>>. Acesso em: 29 de abril de 2016.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução/Organização de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed., 2ª tiragem. São Paulo: Editora Medeiros, 2015.

ANDRADE, Christiano José de. A hermenêutica jurídica no Brasil. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1991.

ANDRADE, Christiano José de. O problema dos métodos de interpretação jurídica. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1992.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2ª ed. São Paulo, Editora Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. Disponível em: . Acesso em: 13 de abril de 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Fundamentos da Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição, Coimbra: Almedina, 1998.

DA SILVA, José Afonso, Curso de direito constitucional positivo, São Paulo: Malheiros, 1992.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 18ª ed. São Paulo, Editora Saraiva, 2014.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 19ª edição. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional – 32 ed. rev. e atual. até EC nº 91 de 18 de fevereiro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2016.

MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência – (Coleção temas jurídicos; 3). São Paulo: Atlas, 1998.

O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Publicado em 11.2015. Disponível em: Acesso em: 29 de abril de 2016.

A EC/RO nº 80/2012 - RO e a evolução do papel do MP na sociedade brasileira

CAIO LUCIO FENELON ASSIS

BARROS: Graduado em Direito pela Universidade Federal de Rondônia, Pós-Graduado em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes - UCAM, Analista Jurídico do Ministério Público do Trabalho, já tendo trabalhado como Analista Jurídico no Ministério Público Federal e Assessor Jurídico na Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Rondônia.

RESUMO: O presente trabalho visa realizar um estudo acerca da Emenda Constitucional do Estado de Rondônia nº 80/2012, sua eventual (in) constitucionalidade e como ela demonstrar uma tendência da sociedade atual de emancipação do Ministério Público Brasileiro junto aos 3 (três) poderes da república.

Palavras-chave: Artigo científico, Constituição, Ministério Público, Emenda Constitucional, Tripartição de Poderes.

ABSTRACT: *This study aims to conduct a study on the constitutional amendment in the state of Rondônia Nº 80/2012, its eventual (in) constitutionality and how it shows a trend of today's society of emancipation of the Brazilian General Attorney in relation with the three (3) branches of government.*

Keywords: *Scientific article, Constitution, Public Prosecutor's Office, Constitutional Amendment, tripartite division of powers.*

1. INTRODUÇÃO

Há cerca de 5 (cinco) anos a Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia aprovou a Emenda à Constituição do Estado de Rondônia nº 80 de 2012, que, na prática, retira do Governador do Estado a competência para nomear o chefe do Ministério Público, que, a partir de então, passou a ser escolhido unicamente

por votação de seus pares e empossado pelo Colégio de Procuradores de Justiça.

Muito se discute acerca da constitucionalidade da referida Emenda a Constituição do Estado de Rondônia frente a Constituição Federal de 1988, que seria taxativa e de repetição obrigatória a todos os entes federativos. Fato é que, não obstante discussões jurídicas acerca da validade da nova previsão, esta nada mais é do que o reflexo de um anseio da população, um novo Ministério Público brasileiro, a cada dia mais independente e defensor da ordem jurídica, sem qualquer vinculação, seja política ou administrativa, a qualquer dos 3 poderes estabelecidos.

2. FEDERALISMO E TRIPARTIÇÃO DE PODERES

Ab initio, cumpre esclarecer que o Brasil adota o federalismo, sendo este o sistema político pelo qual vários estados se reúnem para formar um único Estado Federal, abrindo mão de sua soberania, conservando, entretanto, sua autonomia.

Esse Estado Federal, ou Federação (palavra que vem do latim *foedus, foedera*), pode ser traduzido, portanto, como uma aliança, pacto ou contrato entre os entes participantes. Desta feita, nada mais é do que um Estado soberano composto por diversas entidades territoriais autônomas dotadas de governo próprio.

Via de regra, os estados ou entes federados que se unem para constituir a Federação possuem autonomia, isto é, possuem um conjunto de competências ou prerrogativas garantidas pela Constituição Federal (nome usualmente usado para se referir a à *Magna Carta* dos estados que adotam o regime federativo) que não podem ser abolidas ou alteradas de modo unilateral pelo governo central.

Todavia, apenas o Estado Central é dotado de soberania no plano internacional. Normalmente, apenas ele possui personalidade jurídica de direito público internacional, sendo que os estados federados (também chamados estados-membros) são reconhecidos pelo direito internacional

apenas na medida em que o respectivo Estado Federal os autorizar, geralmente por meio do Poder Constituinte.

O Poder Constituinte é aquele que cria um ordenamento jurídico fundamental, uma estrutura de funcionamento do Estado (poder público) e da própria sociedade, sendo que uma de suas divisões diz respeito ao Poder Constituinte decorrente, ou seja, o poder constituinte dos entes federados, que, no caso do Brasil, corresponde aos Estados membros e Municípios.

Uma das principais características do Estado Federal, diferindo de outras formas descentralizadas de organização territorial do Estado contemporâneo, é a existência de um poder constituinte decorrente, ou seja, a descentralização de competências legislativas constitucionais, em que o ente federado elabora sua própria Constituição e a promulga, sem que seja possível ou necessária uma intervenção ou a aprovação desta Constituição por outra esfera de poder federal.

A mencionada autonomia administrativa e legislativa caracteriza a essência da Federação, pela inexistência de hierarquia entre os entes federados (União, Estado e Municípios no caso brasileiro), pois cada uma das esferas de poder federal nos três níveis brasileiros participa da soberania, ou seja, detém parcelas de soberania, expressa nas suas competências legislativas constitucionais e no exercício do poder constituinte derivado.

O poder constituinte decorrente é de segundo grau (se dos estados-membros) e de terceiro grau (se dos municípios), subordinado à vontade do poder constituinte originário, expressa na Constituição Federal, sendo tarefa árdua estabelecer os limites e parâmetros dessa subordinação, sob pena de, se for demasiadamente rígida, suprimir a própria autonomia do ente federado.

Alguns entendem que a Constituição Federal deve ser quase que copiada pelos entes federados, pensamento esse que pode até ser considerado de certa forma anti-federal. Deve-se entender que, se a Constituição Federal expressamente não mencionou mandamentos aos entes federados, está livre o constituinte dos Estados e Municípios para dispor, desde que respeitados os princípios que estruturam e fundamentam a ordem constitucional federal com proporcionalidade e razoabilidade. Por exemplo: se a Constituição Federal prevê o *quorum* de três quintos em dois turnos para emenda à Constituição Federal, como norma regulamentadora do funcionamento do poder constituinte derivado federal, nada impede que o Estado-Membro ou o Município estabeleçam *quorum* diferente, desde que respeitado o princípio da rigidez constitucional que caracteriza sua supremacia em relação as leis ordinárias e complementares e respeitado o princípio da separação de poderes.

O constituinte originário, ao inaugurar a ordem jurídica e, em tese, o Estado Federal (que de fato já existia antes de 1988), visando garantir a exaustivamente mencionada autonomia dos estados-membros, dispôs em seu art. 25:

Art. 25 – CF: Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

Vê-se, portanto, que o Estado-Membro pode livremente se organizar e estruturar o funcionamento de seus poderes, até como forma de garantir a plena independência e harmonia entre estes, não sendo necessariamente vinculado às formas de organização previamente estabelecidas pela CF, desde que isso não prejudique seu adequado funcionamento.

3. O MINISTÉRIO PÚBLICO NA CF

Quando a Constituição Federal, em seu artigo 128, estabelece a competência do Chefe do Poder Executivo Estadual

para nomear o Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público dentre os integrantes de lista tríplice encaminhada pela própria Instituição, o que se pretende é evitar que o Governador escolha livremente qualquer um para ser o Chefe do Ministério Público, sem a participação deste na escolha, o que poderia ferir de morte a independência deste considerado “quarto poder”, no exercício de suas funções, pela vinculação política, como acontecia em tempo não muito longínquo.

Sob a égide da antiga Constituição (1969) a doutrina já criticava ferrenhamente o método utilizado à época para a escolha do Procurador-Geral de Justiça, por ser um obstáculo a independência e liberdade do Ministério Público.

Sem dúvida, para fazê-lo, necessita de integral independência. Firmando este ponto, verifica-se o quanto é absurdo atribuir-se à Procuradoria da República as funções de Ministério Público na órbita federal, produzindo uma duplicidade de encargos incompatíveis dentro da mesma intimidade orgânica. Igualmente, absurda, portanto, a livre nomeação, pelo Presidente da República, do Procurador-Geral; isto é, do Chefe do Ministério Público. Para que o Ministério Público pudesse exercer devidamente as atribuições que a lei lhe assinala, seus membros teriam que ter as mesmas garantias e os mesmos impedimentos dos magistrados. A instituição necessita gozar de verdadeira independência e cumpriria, na órbita federal, dissociar a função de advogado da União da função de fiscal e guardião dos interesses da sociedade. Cumpriria que o Colégio de Procuradores livremente escolhesse seu Chefe, sem interferência do Executivo.^[1]

Para entender a atual sistemática de escolha, sob uma perspectiva histórica, é preciso compreender que, com o advento

da nova Carta Fundamental, vários seguimentos da sociedade foram “convocados” a se manifestar sobre anseios e sugestões para a formação do novo Estado Brasileiro, inclusive com a reconstrução de muitas Instituições e direitos suprimidos pelo regime ditatorial. Dentre esses seguimentos sociais, o Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP, se propôs a minutar o capítulo correspondente ao Ministério Público no novo ordenamento jurídico, de uma forma revolucionária e moderna, adequando-se aos novos anseios sociais.

Feita pesquisa com os membros do *parquet* pelo Brasil, a CONAMP enviou ao Constituinte novas propostas para fortalecer a Instituição e garantir o pleno exercício de suas funções. Nas palavras do renomado doutrinador Hugo Nigro Mazzilli^[2]:

Foram estes os principais resultados majoritários da pesquisa empreendida pela Conamp: a) o Ministério Público deveria figurar em título à parte da Constituição; b) o procurador-geral de Justiça deveria ser escolhido apenas entre os procuradores de Justiça, por eleição direta de toda a classe, independentemente da aprovação do Poder Legislativo ou do Poder Executivo; c) seriam garantias reputadas necessárias à instituição: autonomia administrativa e financeira; dotação orçamentária própria e global; mandato do procurador-geral por dois anos, com uma recondução; iniciativa de lei de criação ou extinção de cargos e fixação dos vencimentos; capacidade de auto-organização; ingresso sob concurso público de títulos e provas; vedação de promotor *ad hoc*; d) seriam garantias tidas como necessárias a seus membros: nomeação para cargos iniciais de acordo com a ordem de classificação no concurso de ingresso; promoção voluntária, com as mesmas regras da Magistratura; foro por prerrogativa de função; vitaliciedade, inamovibilidade e

irredutibilidade de vencimentos; aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade e voluntária aos trinta anos de serviço, sempre com remuneração integral; paridade remuneratória entre os da ativa e os aposentados, mantida igualmente em relação à Magistratura; e) seria necessário instituir um sistema de vedações aos membros do Ministério Público, no texto constitucional; f) as principais funções institucionais deveriam constar da própria Constituição (entre elas, a promoção da ação penal e civil públicas); g) deveria ser mantida a participação de advogados e do Ministério Público junto aos tribunais – o chamado *quinto constitucional* – desde que as indicações passassem a ser feitas pela OAB e pelo Ministério Público.

Assim, feitas as deliberações dentro do razoável e possível naquele momento, o texto final enviado ao Congresso Nacional pelos representantes do Ministério Público continha o seguinte:

Art. 15. Cada Ministério Público elegerá seu Promotor-Geral, na forma da lei local, dentre integrantes da carreira, para mandato de dois anos, permitida sua recondução.

Parágrafo único. O Promotor-Geral somente poderá ser destituído em caso de abuso de poder ou omissão grave no cumprimento dos deveres do cargo, por deliberação do Colégio Superior, pelo voto mínimo de dois terços.^[3]

Vale lembrar que, até um passado não muito distante, o Ministério Público exercia também a função de representação judicial da União e dos Estados-membros. Assim sendo, era imprescindível que o chefe de tal instituição fosse alguém da mais alta confiança do Poder Executivo, podendo este livremente

nomeá-lo. Tanto assim o é que, após a criação da Advocacia Geral da União e dos Estados-membros pela atual Carta Magna da República (justamente para retirar das atribuições do Ministério Público o *mister* de representar as pessoas jurídicas de direito público), permaneceu sendo de livre nomeação do Chefe do Poder Executivo da União o AGU, e dos Estados, os PGEs.

Quando houve o desmembramento das funções institucionais do Ministério Público na Constituinte de 1988, ocorreu um grande embate entre promotores e procuradores de justiça dos diversos ramos do *parquet*, que queriam a eleição do chefe da Instituição somente pelo voto de seus pares, e os políticos governistas, ainda atrelados a um histórico da Instituição atrelado ao Poder Executivo e temerosos pelas consequências que poderiam advir de um Ministério Público forte e independente.

Estabelecida tal celeuma, e estando inflexíveis os dois lados, a solução encontrada foi: dar praticamente toda a autonomia e independência pleiteadas pelo CONAMP, igualando o Ministério Público, em termos práticos, a um “novo poder”, contudo, para “contrabalancear” tal prerrogativa, ficaria a cargo do Chefe do Poder Executivo a nomeação do nome que mais lhe conviesse, dentro de uma lista tríplice, para a chefia da Instituição.

Nessa nova formação do Ministério Público, temos que:

A opção do constituinte de 1988 foi, sem dúvida, conferir um elevado *status* constitucional ao Ministério Público brasileiro, quase erigindo-o a um *quarto Poder*: desvinculou a instituição dos Capítulos do Poder Legislativo, do Poder Executivo e do Poder Judiciário; fê-lo instituição permanente, essencial à prestação jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, dos interesses sociais e individuais indisponíveis e a do próprio regime democrático; cometeu à instituição zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e

dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia; erigiu à condição de crime de responsabilidade do presidente da República seus atos que atentem contra o livre exercício do Ministério Público, colocando-o assim lado a lado com os Poderes de Estado; impediu a delegação legislativa em matéria relativa à organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, à carreira e à garantia de seus membros; conferiu a seus agentes total desvinculação do funcionalismo comum, não só nas garantias para escolha, investidura e destituição de seu procurador-geral, como para a independência de atuação; concedeu à instituição autonomia funcional e administrativa, com possibilidade de prover diretamente seus cargos; conferiu-lhe iniciativa do processo legislativo para criação de cargos e também para organização própria instituição, bem como iniciativa da proposta orçamentária; em matéria atinente ao recebimento dos recursos correspondentes às suas dotações orçamentárias, assegurou o Ministério Público igual forma de tratamento que a conferida aos Poderes Legislativo e Judiciário; assegurou a seus membros as mesmas garantias dos magistrados, impondo-lhes iguais requisitos de ingresso na carreira e idêntica forma de promoção e de aposentadoria, bem como semelhantes vedações; conferiu-lhe privatividade na promoção da ação penal pública, ou seja, atribui-lhe com isso parcela direta de soberania do Estado; assegurou ao procurador-geral da República, par a par com os chefes de Poder, julgamento nos crimes de responsabilidade pelo Senado Federal.[\[4\]](#)

O método instituído pela Constituição Federal foi o considerado ideal na época da promulgação da Constituição (1988), de acordo com a realidade e o cenário então existentes, como forma de garantir a independência do Ministério Público, que surgia com um novo papel na ordem democrática. O que não significa que a forma instituída pela CF seja a melhor ou a mais adequada frente à nova realidade, que não poderia ter sido antevista pelo constituinte originário.

4. O NOVO STATUS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 e da Constituição Estadual de 1989, passaram-se, respectivamente, 24 e 23 anos, tempo suficiente para a sociedade brasileira ter mudado de forma drástica e para o Ministério Público, tanto estadual quanto da União, ter assumido um papel de destaque e importância, como dito, impensáveis naquele tempo. Vale lembrar que, antes do novo papel do *Parquet* inserido pela CF de 88, a função deste era extremamente atrelada à seara penal, pouco podendo atuar em outros segmentos da sociedade, sobretudo em razão do autoritarismo dos seguidos regimes ditatoriais vividos pelo Brasil em boa parte do século XX.

Hoje em dia, o Ministério Público não é mais visto como um simples órgão pertencente à administração direta, e, tampouco, como atrelado ao Executivo, como outrora, apesar de persistirem resquícios dessa vinculação em tempos hodiernos, mas sim como um quarto poder por boa parte da doutrina constitucionalista pátria, *in verbis*:

Se Montesquieu tivesse escrito hoje o Espírito das Leis, por certo não seria tríplice, mas quádrupla, a divisão de poderes. Ao órgão que legisla, ao que executa, ao que julga, um outro acrescentaria ele: o que defende a sociedade e a lei - perante a Justiça, parta a ofensa de onde

partir, isto é, dos indivíduos ou dos próprios poderes do Estado.^[5]

Tem-se assim que, em uma análise teleológica da Constituição Federal, associada à evolução da sociedade como um todo, é possível perceber que certas normas constitucionais vão mudando sua interpretação com o tempo, com vistas a melhor refletir os objetivos do Constituinte com a nova realidade social.

O ordenamento jurídico constitucional, além de ser dotado dessa estabilidade, apresenta, simultaneamente, caráter dinâmico, em razão do que as constituições não se mantêm estáticas frente à realidade social cambiante que lhe é subjacente.

Nesse sentido, forçoso é compreender as constituições como organismos vivos, intimamente relacionados ao meio circundante, às forças sociais, políticas, econômicas, religiosas e morais atuantes na sociedade – os chamados fatores reais do poder (Lassalle) –, que ditam os novos anseios populares.

Dessarte, para que as constituições possuam efetividade, devem coadunar-se aos fatores reais do poder, estando sujeitas, portanto, às modificações por eles determinadas, adaptando-se às exigências sociais. Entretanto, constata-se, normalmente, na vida dos estados, que essas mudanças não ocorrem apenas mediante os mecanismos instituídos formalmente para a reforma da Constituição (revisão e emenda);

O próprio dinamismo do ordenamento jurídico constitucional propicia a readequação desta realidade normativa, sendo que o texto constitucional assume novos significados com o passar do tempo, sem a necessidade de se recorrer às revisões ou emendas que alterem sua literalidade e conteúdo expressos.

Essas modificações informais do texto constitucional atuam fora das modalidades organizadas de exercício do poder constituinte reformador, representando manifestação do chamado

poder constituinte difuso (Burdeau), decorrência lógica da *Lex Legum*, vez que objetiva a sua complementação, continuando a obra do constituinte originário.

O referido fenômeno de adaptação e evolução na interpretação das disposições constitucionais é denominado de mutação constitucional, e sobre ele escreve a balizada doutrina^[6]:

Fala-se, assim, em interpretação evolutiva, ou adaptadora e adequadora quando se procura, por intermédio da interpretação judicial, adaptar o conteúdo, alcance ou significado da disposição constitucional (a) à mudança de sentido da linguagem nela inserida, (b) a novas situações, (c) à evolução dos valores positivados na Constituição, (d) à mudança da intenção dos intérpretes (válida porque dentro dos limites impostos pela Constituição aos poderes constituídos), (e) a resolver obscuridades do texto constitucional. Menciona-se, ainda, a construção jurisprudencial quando se cogita de aplicar a norma constitucional a situações não previstas expressamente no texto constitucional, mas que dele decorrem ou emanam por imperativos lógicos ou do próprio sistema constitucional. Fala-se em interpretação criativa e analógica quando a atividade jurisprudencial preenche lacunas ou corrige omissões do texto constitucional, previstas ou não pelo constituinte.

Por todo esse contexto, a melhor interpretação integrativa da Constituição Federal, ou mesmo Estadual, é aquela que confere ao Ministério Público *status* de Poder da República, em igualdade de direitos, obrigações e responsabilidades que o Executivo, Legislativo e Judiciário. Tanto é assim que, apenas para citar os exemplos existentes na Carta Magna, diversos dispositivos dão aos membros do Ministério Público tratamento paritário com os membros dos

outros Poderes da República, como art. 62, §1º, I, “c”, art. 68, §1º, I, art. 85, II e art. 129, §4º, justamente visando garantir a sua independência.

Ora, se o Ministério Público, para fins práticos, é considerado Poder, deve então ter tratamento isonômico por completo, e não apenas parcial, como vem ocorrendo, haja vista ser essa a melhor interpretação constitucional buscando-se o interesse público primário. Assim, para simplificar, se não há interferência do Chefe do Poder Executivo Estadual (o mesmo entendimento aplica-se ao âmbito federal) na escolha do Presidente do Tribunal de Justiça e no Presidente da Assembleia Legislativa, igualmente não há razão lógica para haver sua ingerência na escolha do Procurador-Geral de Justiça, sendo o atual modelo apenas um resquício de períodos totalitários.

Igual é o entendimento da doutrina sobre o tema:

Há, sim, uma estreita ligação entre democracia e um Ministério Público forte e independente. Já um Ministério Público forte mas submisso só poderia convir a governos totalitários.

Embora a história traga exemplos de Ministério Público forte (mas não independente) em regimes autoritários, na verdade, um Ministério Público realmente votado à defesa dos interesses da coletividade (e não do governo ou dos governantes) somente poderá vicejar e produzir frutos para esta sob regime democrático, sob pena de prestar-se a servir à exceção a ao arbítrio, não à coletividade.^[7]

Visando corrigir essa distorção e harmonizar o ordenamento jurídico com a realidade atual e garantir a paz social, já existe Proposta de Emenda à Constituição – PEC em trâmite na Congresso Nacional, inclusive já aprovada na Comissão de Constituição e Justiça – CCJ da Câmara dos Deputados, com o objetivo de modificar a Lei Fundamental e

garantir aos Ministérios Públicos estaduais plena liberdade para escolher seu Procurador-Geral.^[8]

5. A EC/RO Nº 80/2012.

Sabedora dos entraves e nuances que acabam por retardar em demasia o trâmite legislativo no âmbito federal, haja vista a existência de interesses políticos por vezes temerosos ao pleno exercício dos fins institucionais do Ministério Público, a Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia optou por inovar na ordem jurídica nacional, atuando de forma primeva ao retirar qualquer ingerência do Poder Executivo na escolha do Chefe do *Parquet* estadual por meio da ECE nº 80/2012, que deu nova redação ao art. 65, inciso X, e art. 99, ambos da Constituição do Estado de Rondônia, sendo que este último artigo agora passa a constar da seguinte maneira:

Art. 99. O Ministério Público do Estado tem por chefe o Procurador-Geral de Justiça, empossado pelo Colégio de Procuradores, dentre os membros vitalícios em exercício, eleitos em um único turno pelos integrantes de carreira que gozem de vitaliciedade, na forma prevista em lei complementar para o mandato de 2 (dois) anos, permitida uma recondução.

Vê-se assim, que a ALE de Rondônia nada mais fez do que seguir uma tendência legislativa que já vem ganhando força em âmbito nacional e por grande parte dos doutrinadores que lecionam Direito Constitucional. Pode-se dizer, inclusive, que a *novatio* Emenda Constitucional não é incompatível com a Constituição Federal, mas sim uma verdadeira modernização constitucional, ou melhor, adequação da Constituição aos fins por ela almejados, quais sejam, independência dos poderes, estado democrático de direito, eficiência do poder público, paz social, com o fim precípua de proteção a dignidade da pessoa humana.

Possivelmente, inaugurado esse precedente louvável da Casa de Leis rondoniense, diversas assembleias legislativas tomarão medida semelhante e, ousa-se dizer que, em breve, o

próprio Congresso Nacional tratará de adotar igual entendimento em sede de Emenda à Constituição, haja vista já existir trâmite legislativo nesse sentido, conforme anteriormente exposto.

Insta mencionar que, em termos de Ministério Público, a Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia sempre se mostrou vanguardista. Explica-se: Não obstante em tempos pretéritos o Procurador-Geral de Justiça ser de livre nomeação do Chefe do Poder Executivo, sem qualquer critério, foi o Constituinte rondoniense de 1983 que determinou, de forma então inédita no país, a forma de nomeação do PGJ que posteriormente foi, inclusive, copiada pelo Constituinte Federal de 1988.

A linha geral emanada do I Simpósio do Ministério Público de Rondônia foi uma só: trabalho duro para que na Constituinte rondoniense se pudessem colocar avanços há muito buscados pelo MP de todos os Estados sem que conseguissem – avanços, que, implementados, foram a base da legislação pertinente relativa ao Ministério Público brasileiro na Constituição Federal de 1988.

[...]

4 – Nomeação do Procurador-Geral dentre os Procuradores de Justiça integrantes da lista tríplice votada por todos os membros da instituição, com mandato de dois anos, podendo ser reconduzido por apenas mais um biênio, desde que novamente integre a liste tríplice apresentada ao Governador do Estado.

[...]

“O retrospecto glorioso de todo trabalho fica melhor evidenciado com o capítulo referente ao

Ministério Público inserido na Constituição do Estado, promulgada em 6 de agosto de 1983.[\[9\]](#)

6. CONCLUSÃO

Sendo assim, *Data Máxima Vênia*, aos entendimentos em contrário, deve-se entender pela constitucionalidade progressiva da Emenda à Constituição do Estado de Rondônia nº 80 de 2012, tanto por estar inserida na Competência Constitucional Derivada Decorrente do legislador estadual para organizar o funcionamento e estrutura de seus poderes, quanto por se tratar de uma mera modernização da interpretação constitucional, sendo a concretização de longa luta da própria Instituição junto ao Legislativo e à opinião pública por mais autonomia e valorização.

REFERÊNCIAS

Bandeira de Mello, Celso Antônio - V. artigo em RDP, 68:146, n. 21.

Mazzilli, Hugo Nigro, 1950 – Regime jurídico do Ministério Público: análise do Ministério Público na Constituição, na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, na Lei Orgânica do Ministério Público da União e na Lei Organica do Ministério Público paulista / Hugo Nigro Mazzilli. - 5. ed. Rev., ampl. E atual. - São Paulo: Saraiva, 2001.

VALLADÃO, Alfredo. Op. cit., In: MARQUES, J. B. de Azevedo. Direito e Democracia - O Papel do Ministério Público. São Paulo: Cortez, 1984.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad, 1986.

ALBUQUERQUE, Lucio. História do Ministério Público do Estado de Rondônia. Porto Velho: EDUFRO, 2005.

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=376952>

NOTAS:

[1] Bandeira de Mello, Celso Antônio - V. artigo em RDP, 68:146, nº 21, pg. 142 e especialmente 153. Anote-se, porém, que o articulista se referia ao Ministério Público de antes da Constituição de 1988, a qual, em parte, atendeu às aspirações do doutrinador.

[2] Mazzilli, Hugo Nigro, 1950 – Regime jurídico do Ministério Público: análise do Ministério Público na Constituição, na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, na Lei Orgânica do Ministério Público da União e na Lei Orgânica do Ministério Público paulista / Hugo Nigro Mazzilli. - 5. ed. Rev., ampl. E atual. - São Paulo: Saraiva, 2001. página 116.

[3] Mazzilli, Hugo Nigro. op. cit. Página 126.

[4] Mazzilli, Hugo Nigro. op. cit. Página 136.

[5] VALLADÃO, Alfredo. Op. cit., In: MARQUES, J. B. de Azevedo. Direito e Democracia - O Papel do Ministério Público. São Paulo: Cortez, 1984. p.10-11.

[6] FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Ob. cit. p. 128-130.

[7] Mazzilli, Hugo Nigro. op. cit. Página 148.

[8] <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=376952>

[9] História do Ministério Público do Estado de Rondônia / Lúcio Albuquerque – Porto Velho: EDUFRO, 2005, pág. 51.

ORÇAMENTO PARTICIPATIVO - PASSAPORTE PARA CIDADANIA

JOÁS PESSOA DA CRUZ: Bacharel em Direito pela Faculdade dos Guararapes. Advogado e Administrador, Membro da Comissão de Combate à Precarização das Relações de Trabalho da OAB/PE, Mestre em Gestão Pública pela UFPE, Pós Graduado em Políticas Públicas pela UCAM/RJ, Pós Graduado em Direito Tributário pela UCAM/RJ, concursado no cargo de Consultor Legislativo da Câmara Municipal do Recife e Consultor do SEBRAE.

RESUMO: A preocupação básica deste estudo é refletir sobre o papel do Orçamento Participativo (OP) na efetivação da cidadania, atuando como instrumento de gestão fundamental na concepção da democracia participativa. Este artigo tem como objetivo avaliar de que forma este mecanismo de cogestão atua na promoção da cidadania e como um dispositivo de inovação democrática, sendo inclusive objeto de destaque internacional, despertando atenção de organismos internacionais como as Nações Unidas e o Banco Mundial. Realizou-se uma pesquisa bibliográfica de caráter exploratório, considerando as contribuições de autores como Albuquerque (2008), Gadelha (2010) e Renno (2012), entre outros, procurando compreender a importância da discussão da peça orçamentária em conjunto com a população, bem como a necessidade da descentralização de políticas públicas para consolidação da democracia. Concluiu-se que ter um orçamento deliberado com a participação da sociedade civil é relevante de modo a garantir que a cidadania ativa aconteça com qualidade.

PALAVRAS-CHAVE: Orçamento Participativo. Gestão Pública. Cidadania Ativa. Participação Popular. Democracia Participativa

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. ORÇAMENTO PÚBLICO – ANÁLISE HISTÓRICA E DOUTRINÁRIA. 2.1 DEFINIÇÃO HISTÓRICA E CONTEMPORÂNEA DO ORÇAMENTO. 2.2 DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS. 2.2 2.3 SURGIMENTO DO ORÇAMENTO PARTICIPATIVO COMO INSTRUMENTO DEMOCRÁTICO. 3 CONCLUSÃO

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema o papel do Orçamento Participativo (OP) como um mecanismo de efetivação da cidadania, principalmente, avaliando a importância deste instrumento na relação entre Estado e sociedade, numa perspectiva de nova gestão pública, em que o cidadão exerce ativamente influência na tomada de decisões acerca dos gastos públicos, em especial, na comunidade local.

Nesta perspectiva, levantamos questões que nortearam este trabalho:

- De que modo o OP atua como um passaporte para cidadania?
- Quais os reflexos do OP sobre o controle social na Administração Pública?

Quando se fala em processo de interação entre Estado e sociedade pressupõe-se que existem trocas recíprocas, devendo o Estado proporcionar canais adequados para o acesso, conforme preconizado pela Magna Carta de 1988.

Daí a importância de se investigar o papel das relações entre o Poder Público e a sociedade civil, sobretudo, no processo de políticas públicas, avaliando o *modus operandi* do processo e identificando quais eventuais óbices estejam dificultando sua eficácia.

A interpretação do OP é bastante diversificada, tendo contribuição de diferentes autores, inclusive com visões diversas dadas pelo mesmo autor. Para Navarro (1997), no que tange à gestão o OP pode ser entendido como um processo de gestão fiscal social. Já Santos (1998) o enxerga como um mecanismo de gestão conjunta dos recursos públicos por meio de decisões compartilhadas sobre alocação dos recursos orçamentários. No campo político, Abers (2000) o define como uma política pública na qual os que têm poder o cedem para os grupos em desvantagem.

Neste contexto, o objetivo primordial deste estudo é investigar como deve ser a postura dos *stakeholders*, mormente o Estado, na visão do gestor público, para instituição de um OP eficaz que proporcione uma mudança social no âmbito local.

Para alcançar os objetivos propostos, utilizou-se como recurso metodológico, a pesquisa bibliográfica de caráter exploratório, realizada a partir

da análise pormenorizada de materiais já publicados na literatura e principalmente artigos científicos divulgados no meio eletrônico, primando pela atualidade do conteúdo.

O texto final foi fundamentado nas ideias e concepções de autores como: Albuquerque (2008), que conceitua o orçamento e elenca quais foram os principais fatores para a modificação deste instrumento; Gadelha (2010) mostra o contexto político-social em que surgiu o OP, além de evidenciar as vantagens de utilização deste dispositivo; Oportuno registrar também Renno (2012), que trouxe dados estatísticos sobre a proliferação do OP no Brasil, inclusive destacando os tipos de governo que utilizam o Orçamento Participativo como mecanismo de cogestão pública.

Por fim, cabe reforçar a justificativa desta pesquisa ao permitir a compreensão do OP como sendo um dispositivo que permite a inclusão social e a cidadania, buscando a finalidade do bem comum e, por conseguinte a melhoria da qualidade de vida dos cidadãos.

2 ORÇAMENTO PÚBLICO – ANÁLISE HISTÓRICA E DOUTRINÁRIA

2.1 DEFINIÇÃO HISTÓRICA E CONTEMPORÂNEA DO ORÇAMENTO

O orçamento público, como ferramenta de planejamento público, tem sido objeto de diversos estudos ao longo da história do Brasil, pois trata essencialmente da gestão da coisa pública.

A política orçamentária tem por objetivos, segundo Musgrave (1974, p. 25) citado por Albuquerque (2008): assegurar ajustamentos na alocação de recursos, conseguir ajustamentos na distribuição da renda e da riqueza e garantir a estabilização econômica. Neste escopo, enxergamos o papel fundamental do orçamento como dispositivo hábil para execução das políticas públicas alocativas, distributiva e estabilizadora.

O autor também cita Pires (2001) com intuito de definir o termo Orçamento Público, que pode ser compreendido como, sendo uma espécie de previsão dos valores monetários que, num dado período, devem entrar e sair do erário, ou agrupamento das contas que especificam todos os recursos e todas as obrigações do Estado para um período determinado ou, ainda, ato pelo qual são

previstas e autorizadas as receitas e as despesas do Estado para determinado período.

Ainda de acordo com Albuquerque (2008), na visão tradicional, o orçamento caracteriza-se por ser um instrumento disciplinador das finanças públicas, representando um avanço no controle, exercido pelos órgãos de representação, sobre os gastos dos governantes, sendo suficiente observar o devido equilíbrio entre receitas e despesas. Para ele, o aspecto econômico não era o primordial, e enquanto o volume do gasto público não atingiu um percentual significativo, em termos econômicos, pode-se inferir que o orçamento tradicional cumpriu seu papel como controle político dos gastos públicos.

[...] o orçamento tradicional, ao lado da utilização da linguagem contábil, adotava classificações suficientes apenas para instrumentalizar o controle das despesas. Duas eram as classificações clássicas:

- a) por unidades administrativas (isto é, os órgãos responsáveis pelos gastos); e
- b) por objeto de item de despesa (pessoal, material, etc.)

O orçamento assim classificado é, antes de qualquer coisa, um inventário dos “meios” com os quais o Estado conta para levar a cabo suas tarefas. É, pois, bastante adequado ao orçamento tradicional o rótulo de “Lei de Meios”, muito utilizado pelo jargão jurídico. (GIACOMONI, 2005, p. 64-66).

No final do século XIX, segundo Albuquerque (2008), quando o Estado sentiu a necessidade de intervir na economia com intuito de corrigir as distorções do mercado e de promover o desenvolvimento econômico, o orçamento tradicional até então utilizado, já não supria as necessidades dos executivos governamentais, todos eles envolvidos com obrigações crescentes.

Conforme preceitua Giacomoni (2005) citado por Albuquerque (2008), surgiu a necessidade de transformar o orçamento num instrumento de administração, capaz de auxiliar o Executivo nas várias etapas do processo administrativo: programação, execução e controle, imprescindíveis para viabilização de gastos cada vez maiores.

Foi então que consubstanciado na Magna Carta de 1988, no Brasil adota-se o orçamento-programa, representando um avanço técnico, em que o governo passou a intervir em campos variados de atividade e ampliar suas funções, a partir da modernização de técnicas de gestão.

O orçamento-programa, para Albuquerque (2008), consiste basicamente em uma técnica de planejamento financeiro que evidencia os objetivos e os relaciona aos meios para seu alcance, a partir de informações estruturadas para tal fim. Devido a sua condição técnica politizada, que facilita o processo de escolha de prioridades e possibilita a avaliação de programas, é um instrumento importante no delineamento de relações mais transparentes e democráticas. Entretanto, o autor ao citar Pires (2001), nos alerta que, em virtude do mau uso, pode vir a comprometer sua função original de gestão transparente e eficiente por causa da burocratização do processo. Depreendemos então que isto só pode ser contornado pela reivindicação da sociedade civil organizada.

2.2 DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS

A Constituição Federal de 1988, ao estruturar o planejamento orçamentário, preceitua que o processo seja realizado pelos representantes do povo, correspondendo, assim, à democracia representativa, em que a atuação dos eleitos nos poderes executivo e legislativo é que pressupõe a vontade do povo. Destarte, os parlamentares consubstanciam nas suas decisões no que tange à política orçamentária, a expressão daquilo que seus eleitores desejam.

A peça orçamentária brasileira, apesar dos esforços da Lei Maior de 1988 em estabelecer os parâmetros, na visão de Fedozzi (2001) citado por Gadelha (2010), a prática demonstra que esse mecanismo de gestão social da coisa pública nunca foi levado a sério no cumprimento de suas finalidades básicas. Para o autor, na verdade o dispositivo tem sido um reflexo fiel de práticas que se realizam no modelo de gestão patrimonialista do Estado brasileiro. Para ele, o orçamento é uma peça de ficção na qual permanece a dualidade entre dois brasis: o real e o formal. Além disso, possibilita a ocorrência de práticas clientelistas que se caracterizam pela troca de favores e barganha de recursos, obedecendo a critérios particulares, ou de interesses pessoais e/ou privados. Como exemplo dessa informação, entre vários outros, o autor relembra os fatos que ocorreram

em 1993, conhecidos como “escândalo do orçamento”, em que se envolveu a Comissão Mista do Congresso Nacional.

A centralização do processo de planejamento de orçamento, na visão de Gadelha (2010), ao longo da história do Brasil, sofreu pouca interferência da população, e traz Fedozzi (2001) para corroborar com sua tese, ao alertar para o profundo autoritarismo político e social que marginaliza a participação popular em relação aos espaços públicos, como característica histórica estrutural de nossa formação social e política.

Nesse contexto, apoiado no marco regulatório da Constituição Federal de 1988, o Brasil experimenta mudanças sociais e novas formas de relacionamento entre o Estado e sociedade. É importante salientar que a cidadania aparece logo no primeiro artigo como um direito fundamental da República federativa, fazendo surgir um novo sentimento de democracia e liberdade por parte da população brasileira.

2.3 SURGIMENTO DO ORÇAMENTO PARTICIPATIVO COMO INSTRUMENTO DEMOCRÁTICO

Foi assim que proliferaram os movimentos sociais e conselhos comunitários, Gadelha (2010) cita Pereira (2007) para evidenciar que a mobilização e organização dos partidos de esquerda no país fizeram surgir novas práticas de controle social sobre os recursos públicos. O autor também traz o entendimento de Farah (2000), dizendo que neste contexto acontece uma ruptura com o padrão não democrático de articulação entre o Estado e a Sociedade, caracterizado pelo clientelismo, pelo corporativismo e pelo insulamento burocrático. E foi assim que, no final da década de 1980, surgiu o Orçamento Participativo na cidade de Porto Alegre, após a vitória do Partido dos Trabalhadores (PT) para o executivo municipal.

Como assevera Gadelha (2010), citando Fedozzi (2001) e Ribeiro (2005), o OP de Porto Alegre tornou-se referência como forma bem-sucedida de gestão pública, ganhando repercussão no restante do Brasil e no Exterior. Ademais, o autor traz à baila os estudos de Rosenfield (2003) e Sader (2003), os quais assinalam que o OP conquistou o reconhecimento da população, sendo atribuído a

ele parte da responsabilidade pelo maior sucesso e permanência do PT frente à prefeitura de Porto Alegre. E por último ele traz a lume Bonduki (1996), com o fato que a ONU, durante na Cúpula das cidades, em 1996, reconheceu o OP como prática bem-sucedida de gestão local.

Ressalta-se na obra de Gadelha (2010) a origem do OP, e para tanto o autor cita Teixeira e Albuquerque (2006), relatando que o surgimento do instrumento deve-se a pelo menos três fatores fundamentais: à história de parte das organizações da sociedade civil brasileira que passaram a se preocupar com a gestão das políticas públicas, a alocação e o controle do orçamento público, a um novo marco jurídico institucional estabelecido na Constituição de 1988, e aos partidos de esquerda (especialmente o Partido dos Trabalhadores), que ascenderam ao poder municipal com propostas de governar com a participação da população.

De acordo com Wampler (2008), após o início do OP pelo governo do PT na prefeitura de Porto Alegre, em 1989, foi sendo a partir de então adotado por um grande número de municípios. O autor traz dados das pesquisas de Wampler e Avritzer (2005) e Cabannes (s.d), as quais denotam que mais de 300 prefeituras brasileiras adotaram o programa entre 1989 e 2004, além de cidades em pelo menos outros 30 países.

É mister ressaltar a contribuição de Renno (2012), ao citar Ribeiro e Grazia (2003), evidencia que durante o período situado entre 1997 e 2000, apresenta-se uma nacionalização do programa, quando 50% das experiências de OP no Brasil eram conduzidas por governos não-petistas e, até mesmo, por governos não ligados à esquerda. Este é um dado que para os autores serve de base para classificar o OP como uma escola de cidadania, ao passo que conclama a população para discutir sobre o patrimônio público e decidir sobre os investimentos na seara local.

A literatura analisada permite inferir que o OP é um tema que vai além dos cortes de disciplinas e áreas acadêmicas, na concepção de Souza (2001), devido à interdisciplinaridade. Uma vez que relaciona temas como descentralização, democracia, capital social, *accountability*, desenvolvimento, governança,

empoderamento de grupos sociais excluídos, educação cívica, justiça social, desenvolvimento sustentável e gestão urbana.

Na visão de Souza (2001), para alguns autores, a participação é uma forma de aumentar a eficiência dos governos; para outros, ela implica o aumento da justiça social, ou seja, o acesso de pessoas e grupos historicamente excluídos do processo decisório.

Conforme Avritzer (2003) mencionado por Gadelha (2010), o OP democratiza a relação estado sociedade civil, e que, ainda mais relevante, mostra de que forma a deliberação pública é superior às outras formas institucionais existentes, em razão da sua capacidade de criar mais eficiência administrativa e maior equidade. Para ele o OP assume relevância profunda em três níveis: no debate sobre a relação entre sociedade civil e democracia local; no debate sobre o desenho institucional; e nos debates sobre o aprofundamento da democracia.

Diante destes pressupostos, necessário se faz, que o governo municipal, enquanto Poder Público local esteja investindo na instituição de um OP sustentável, fornecendo os canais adequados de acesso à população, bem como profissionalizando cada vez mais a ferramenta, de modo que o munícipe exerça efetivamente a cidadania.

Estabelecer um OP eficaz nada mais é do que o resultado de uma sintonia do Estado e da sociedade civil, em que as partes discutem a fim de decidirem sobre a melhor destinação dos recursos públicos do governo municipal. Isso favorece a consolidação da democracia e equidade social, objetivos fundamentais para que se consiga estabelecer um desenvolvimento urbano com melhoria de qualidade de vida da população.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, concluiu-se que o Orçamento Participativo é um dos componentes mais importantes para o sucesso na efetivação da cidadania ativa. Sem que haja a participação da sociedade civil na discussão do orçamento público, pode ocorrer o desvirtuamento da finalidade pública de atender o bem comum.

Apesar de os recursos destinados ao OP ainda serem reduzidos, face a outros itens do orçamento, a experiência tem mostrado que em um país como o Brasil, onde o acesso ao processo decisório é altamente desigual, o OP é uma das poucas alternativas capazes de transformar os investimentos públicos de favores em direitos e diminuir o desequilíbrio do poder decisório.

Dessa forma, constatou-se que participar das decisões do orçamento significa defender o patrimônio público, contribuir para reduzir as desigualdades sociais e aplicar de forma honesta e eficiente o dinheiro público.

Nesse escopo, cabe ao gestor público estabelecer um OP eficaz, e principalmente criando estratégias que propiciem o acesso da população e se conscientizar do importante papel das relações para o processo de consolidação da democracia, de modo que seja de fato um passaporte para cidadania, o compromisso da população com o bem público e a corresponsabilização entre governo e sociedade sobre a gestão da cidade.

REFERÊNCIAS

ABERS, 2000 apud SOUZA, C. **Construção e consolidação de instituições democráticas: papel do orçamento participativo**. São Paulo Perspec., São Paulo, v. 15, n. 4, Out./Dez. 2001 . Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-88392001000400010&script=sci_arttext>. Acesso em: 16 abr. 2013.

ALBUQUERQUE, G. P. **O orçamento participativo como instrumento de desenvolvimento da cidade e da cidadania**. 2008. 267f. Dissertação (Mestrado em Administração Pública). Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2008.

ALBUQUERQUE, G. P. **O orçamento participativo como instrumento de desenvolvimento da cidade e da cidadania**. 2008. 267f. Dissertação (Mestrado em Administração Pública). Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2008.

AVRITZER, L., 2003 apud GADELHA, A. L. L. **O Orçamento público participativo como instrumento de efetivação da cidadania**. 2010. 229 f. Dissertação (Mestrado em Avaliação de Políticas Públicas). Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2010.

BONDUKI, N. G. **Habitat: as práticas bem-sucedidas em habitação, meio ambiente e gestão urbana nas cidades brasileiras**. [S.I] Studio Nobel, 1996 apud GADELHA, A. L. L. **O Orçamento público participativo como instrumento de efetivação da cidadania**. 2010. 229 f. Dissertação (Mestrado em Avaliação de Políticas Públicas). Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2010.

CABANNES, [s.d] apud WAMPLER, B. **A difusão do orçamento participativo brasileiro:** “boas práticas” devem ser promovidas?. Opin. Publica [online]. v.14, n.1, 2008. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762008000100003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 3 abr. 2013.

FARAH, M. F. S. **Parcerias, novos arranjos institucionais e políticas públicas locais.** Cadernos de Gestão Pública e Cidadania, v. 18, abr. 2000 apud GADELHA, A. L. L. O Orçamento público participativo como instrumento de efetivação da cidadania. 2010. 229 f. Dissertação (Mestrado em Avaliação de Políticas Públicas). Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2010.

FEDOZZI, L. **Orçamento Participativo:** reflexões sobre a experiência de Porto Alegre. 3. ed. Porto Alegre: Tomo Editorial, 2001 apud GADELHA, A. L. L. O Orçamento público participa- tivo como instrumento de efetivação da cidadania. 2010. 229 f. Dissertação (Mestrado em Avaliação de Políticas Públicas). Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2010.

GADELHA, A. L. L. **O Orçamento público participativo como instrumento de efetivação da cidadania.** 2010. 229 f. Dissertação (Mestrado em Avaliação de Políticas Públicas). Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2010.

tlas, 2005

MUSGRAVE, 1973 apud ALBUQUERQUE, G. P. **O orçamento participativo como instrumento de desenvolvimento da cidade e da cidadania.** 2008. 267f. Dissertação (Mestrado em Administração Pública). Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2008.

NAVARRO, Z. 1997 apud SOUZA, C. **Construção e consolidação de instituições democráticas:** papel do orçamento participativo. São Paulo Perspec., São Paulo, v. 15,

n. 4, Out./Dez. 2001 . Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-88392001000400010&script=sci_arttext>. Acesso em: 16 abr. 2013.

PEREIRA, A. F. 2007 apud GADELHA, A. L. L. **O Orçamento público participativo como instrumento de efetivação da cidadania.** 2010. 229 f. Dissertação (Mestrado em Avaliação de Políticas Públicas). Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2010.

PIRES, V. **Orçamento Participativo.** São Paulo: Manole, 2001 apud ALBUQUERQUE, G. P. **O orçamento participativo como instrumento de desenvolvimento da cidade e da cidadania.** 2008. 267f. Dissertação (Mestrado em Administração Pública). Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2008.

RENNO, L. e SOUZA, A. **A metamorfose do orçamento participativo: mudança de governo e seus efeitos em Porto Alegre.** Rev. Sociol. Polit. [online]. v.20, n.41, 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782012000100014&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 7 abr. 2013.

RIBEIRO, A. e GRAZIA, G. **Experiência do orçamento participativo no Brasil: Período de 1997-2000.** Petrópolis: Vozes, 2003 apud RENNO, L. e SOUZA, A. **A metamorfose do orçamento participativo: mudança de governo e seus efeitos em Porto Alegre.** Rev. Sociol. Polit. [online]. v.20, n.41, 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782012000100014&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 07 abr. 2013.

RIBEIRO, S. B. **Brasília: memória, cidadania e gestão do patrimônio cultural.** Annablume, 2005 apud GADELHA, A. L. L. **O Orçamento público participativo como instrumento de efetivação da cidadania.** 2010. 229 f. Dissertação (Mestrado em Avaliação de Políticas Públicas). Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2010.

ROSENFELD, D. L. **Democracia e política.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003 apud GADELHA,

A. L. L. **O Orçamento público participativo como instrumento de efetivação da cidadania.** 2010. 229 f. Dissertação (Mestrado em Avaliação de Políticas Públicas). Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2010.

SADER, E. **A vingança da história.** Jinkings Editores Associados, 2003 apud GADELHA, A. L.

L. **O Orçamento público participativo como instrumento de efetivação da cidadania.** 2010. 229 f. Dissertação (Mestrado em Avaliação de Políticas Públicas). Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2010.

SANTOS, 1998 apud SOUZA, C. **Construção e consolidação de instituições democráticas: papel do orçamento participativo.** São Paulo Perspec., São Paulo, v. 15,

n. 4, Out./Dez. 2001. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-88392001000400010&script=sci_arttext>. Acesso em: 16 abr. 2013.

SOUZA, C. **Construção e consolidação de instituições democráticas: papel do orçamento participativo.** São Paulo Perspec., São Paulo, v. 15, n. 4, Out./Dez. 2001

. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-88392001000400010&script=sci_arttext>. Acesso em: 16 abr. 2013.

TEIXEIRA, A. C. C.; ALBUQUERQUE, M. C. **Orçamentos Participativos:** projetos políticos, partilha de poder e alcance democrático. apud GADELHA, A. L. L. O Orçamento público participativo como instrumento de efetivação da cidadania. 2010. 229 f. Dissertação (Mestrado em Avaliação de Políticas Públicas). Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2010.

WAMPLER, B. **A difusão do Orçamento Participativo brasileiro:** “boas práticas” devem ser promovidas?. Opin. Publica [online]. v.14, n.1, 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762008000100003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 3 abr. de 2013.

WAMPLER, B. e AVRITZER, L., 2005 apud WAMPLER, B. **A difusão do Orçamento Participativo brasileiro:** “boas práticas” devem ser promovidas?. Opin. Publica [online]. v.14, n.1, 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762008000100003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 3 abr. de 2013.

PRIMEIRAS LINHAS AO ZONEAMENTO AMBIENTAL: PONDERAÇÕES AO INSTRUMENTO DE ORDENAÇÃO DO USO E OCUPAÇÃO DO SOLO

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

Palavras-chaves: Meio Ambiente. Zoneamento Ambiental. Política Nacional de Meio Ambiente.

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 Apontamentos ao Zoneamento Ecológico-Econômico: Comentários Inaugurais ao Decreto nº 4.297/2002

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

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

Com 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 aceção 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 subsiste a possibilidade de quantificar quantas são as

peças atingidas, pois a poluição não afeta tão só a população local, mas sim toda a humanidade, pois a coletividade é indeterminada. Nesta senda de exposição, quadra apontar que o direito à integridade do meio ambiente substancializa verdadeira prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, ressoando a expressão robusta de um poder deferido, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas num sentido mais amplo, atribuído à própria coletividade social.

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

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

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

No que concerne ao meio ambiente natural, cuida salientar que tal faceta é descrita como ambiente natural, também denominado de físico, o qual, em sua estrutura, agasalha os fatores abióticos e bióticos, considerados como recursos ambientais. Nesta esteira de raciocínio, oportunamente, cumpre registrar, a partir de um viés jurídico, a acepção do tema em destaque, o qual vem disciplinado pela Lei nº. 9.985, de 18 de Julho de 2000, que regulamenta o art. 225, §1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências, em seu artigo 2º, inciso IV, frisaque “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 fazem 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, com efeito, de uma conjunção de elementos e fatores que mantêm uma harmonia complexa e frágil, notadamente em razão dos avanços e degradações provocadas pelo ser humano. Ao lado do esposado, faz-se carecido pontuar que os recursos naturais são considerados como tal em razão do destaque concedido pelo ser humano, com o passar dos séculos,

conferindo-lhes valores de ordem econômica, social e cultural. Desta feita, tão somente é possível à compreensão dotema a partir da análise da relação homem-natureza, eis que a interação entreaqueles é preponderante para o desenvolvimento do ser humano em todas as suas potencialidades. Patente se faz ainda, em breves palavras, mencionar a classificação dos recursos naturais, notadamente em razão da importância daqueles no tema em testilha. O primeiro grupo compreende os recursos naturais renováveis, que são os elementos naturais, cuja correta utilização, propicia a renovação, a exemplo do que se observa na fauna, na flora e nos recursos hídricos.

Os recursos naturais não-renováveis fazem menção àqueles que não logram êxito na renovação ou, ainda, quando conseguem, esta se dá de maneira lenta em razão dos aspectos estruturais e característicos daqueles, como se observano petróleo e nos metais em geral. Por derradeiro, os denominados recursos inesgotáveis agasalham aqueles que são “infindáveis”, como a luz solar e o vento. Salta aos olhos, a partir das ponderações estruturadas, que os recursos naturais, independente da seara em que se encontrem agrupados, apresentam como elemento comum de caracterização o fato de serem criados originariamente pela natureza. Nesta linha, ainda, de dicção, cuida assinalar que o meio ambiente natural encontra respaldo na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 225, caput e §1º, incisos I, III e IV.

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

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

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

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

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

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

Diante do exposto, o meio ambiente, em sua acepção macro e especificamente em seu desdobramento natural, configura elemento inerente ao indivíduo, atuando como sedimento a concreção da sadia qualidade de vida e, por extensão, ao fundamento estruturante da República Federativa do Brasil, consistente na materialização da dignidade da pessoa humana. Ao lado disso, tal como pontuado algures, a Constituição da República estabelece, em seu artigo 225, o dever do Poder

Público adotar medidas de proteção e preservação do ambiente natural. Aliás, quadra anotar, oportunamente, que tal dever é de competência político-administrativa de todos os entes políticos, devendo, para tanto, evitar que os espaços de proteção ambiental sejam utilizados de forma contrária à sua função – preservação das espécies nativas e, ainda, promover ostensiva fiscalização desses locais. Verifica-se, portanto, que o escopo repousa em assegurar que, por meio da fiscalização, o indivíduo tenha acesso às formações naturais como elemento inerente à dignidade da pessoa humana.

4 Apontamentos ao Zoneamento Ecológico-Econômico: Comentários Inaugurais ao Decreto nº 4.297/2002

Ao analisar o instrumento em comento, cuida reconhecer que o Zoneamento Ecológico-Econômico (ZEE) do Brasil é instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente, compreendendo a organização do território a ser seguido, obrigatoriamente, na implantação de planos, obras e atividades públicas e privadas, estabelece medidas e padrões de proteção ambiental cuja destinação visa a assegurar a qualidade ambiental, dos recursos hídricos e do solo e a conservação da biodiversidade, garantindo o desenvolvimento sustentável e a melhoria das condições de vida da população. Ao lado disso, o ZEE tem por objetivo geral organizar, de forma vinculada, as decisões dos agentes públicos e privados quanto a planos, programas, projetos e atividades que, direta ou indiretamente, utilizem recursos naturais, assegurando a plena manutenção do capital e dos serviços ambientais dos ecossistemas. Consoante o parágrafo único do artigo 3º^[21], O ZEE, na distribuição espacial das atividades econômicas, levará em conta a importância ecológica, as limitações e as fragilidades dos ecossistemas, estabelecendo vedações, restrições e alternativas de exploração do território e determinando, quando for o caso, inclusive a realocação de atividades incompatíveis com suas diretrizes gerais.

O processo de elaboração e implementação do ZEE: (i) buscará a sustentabilidade ecológica, econômica e social, com

vistas a compatibilizar o crescimento econômico e a proteção dos recursos naturais, em favor das presentes e futuras gerações, em decorrência do reconhecimento de valor intrínseco à biodiversidade e a seus componentes; (ii) contará com ampla participação democrática, compartilhando suas ações e responsabilidades entre os diferentes níveis da administração pública e da sociedade civil; e (iii) valorizará o conhecimento científico multidisciplinar. O ZEE orientar-se-á pela Política Nacional do Meio Ambiente, estatuída nos arts. 21, inciso IX, 170, inciso VI, 186, inciso II, e 225 da Constituição, na Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, pelos diplomas legais aplicáveis, e obedecerá aos princípios da função socioambiental da propriedade, da prevenção, da precaução, do poluidor-pagador, do usuário-pagador, da participação informada, do acesso equitativo e da integração.

Em harmonia com o artigo 6º do decreto em destaque, compete ao Poder Público Federal elaborar e executar o ZEE nacional e regionais, quando tiver por objeto biomas brasileiros ou territórios abrangidos por planos e projetos prioritários estabelecidos pelo Governo Federal. O Poder Público Federal poderá, mediante celebração de termo apropriado, elaborar e executar o ZEE em articulação e cooperação com os Estados, cumpridos os requisitos previstos neste Decreto. O Poder Público Federal deverá reunir e sistematizar as informações geradas, inclusive pelos Estados e Municípios, bem como disponibilizá-las publicamente. O Poder Público Federal deverá reunir e compatibilizar em um único banco de dados as informações geradas em todas as escalas, mesmo as produzidas pelos Estados. Os órgãos públicos federais, distritais, estaduais e municipais poderão inserir o ZEE nos seus sistemas de planejamento, bem como os produtos disponibilizados pela Comissão Coordenadora do ZEE do Território Nacional, instituída pelo Decreto de 28 de dezembro de 2001, e pelas Comissões Estaduais de ZEE. Para fins do disposto no decreto em apreço, considera-se região ou regional a área que compreende partes de um ou mais Estados.

A União, para fins de uniformidade e compatibilização com as políticas públicas federais, poderá reconhecer os ZEE estaduais, regionais e locais, desde que tenham cumprido os seguintes requisitos: (i) referendados pela Comissão Estadual do ZEE; (ii) aprovados pelas Assembleias Legislativas Estaduais; e (iii) compatibilização com o ZEE estadual, nas hipóteses dos ZEE regionais e locais. O reconhecimento a que se refere o caput do artigo 6º-B será realizado pela Comissão Coordenadora do ZEE do Território Nacional, ouvido o Consórcio ZEE Brasil. O Poder Público Federal elaborará, sob a coordenação da Comissão Coordenadora do ZEE do Território Nacional, o ZEE da Amazônia Legal, tendo como referência o Mapa Integrado dos ZEE dos Estados, elaborado e atualizado pelo Programa Zoneamento Ecológico-Econômico. O processo de elaboração do ZEE da Amazônia Legal terá a participação de Estados e Municípios, das Comissões Estaduais do ZEE e de representações da sociedade.

A elaboração e implementação do ZEE observarão os pressupostos técnicos, institucionais e financeiros. Dentre os pressupostos técnicos, os executores de ZEE deverão apresentar: (i) termo de referência detalhado; (ii) equipe de coordenação composta por pessoal técnico habilitado; (iii) compatibilidade metodológica com os princípios e critérios aprovados pela Comissão Coordenadora do Zoneamento Ecológico-Econômico do Território Nacional, instituída pelo Decreto de 28 de dezembro de 2001; (iv) produtos gerados por meio do Sistema de Informações Geográficas, compatíveis com os padrões aprovados pela Comissão Coordenadora do ZEE; (v) entrada de dados no Sistema de Informações Geográficas compatíveis com as normas e padrões do Sistema Cartográfico Nacional; (vi) normatização técnica com base nos referenciais da Associação Brasileira de Normas Técnicas e da Comissão Nacional de Cartografia para produção e publicação de mapas e relatórios técnicos; (vii) compromisso de disponibilizar informações necessárias à execução do ZEE; e (viii) projeto específico de mobilização social e envolvimento de grupos sociais interessados.

Dentre os pressupostos institucionais, os executores de ZEE deverão apresentar: (i) arranjos institucionais destinados a assegurar a inserção do ZEE em programa de gestão territorial, mediante a criação de

comissão de coordenação estadual, com caráter deliberativo e participativo, e de coordenação técnica, com equipe multidisciplinar; (ii) base de informações compartilhadas entre os diversos órgãos da administração pública; (iii) proposta de divulgação da base de dados e dos resultados do ZEE; e (iv) compromisso de encaminhamento periódico dos resultados e produtos gerados à Comissão Coordenadora do ZEE. O ZEE dividirá o território em zonas, de acordo com as necessidades de proteção, conservação e recuperação dos recursos naturais e do desenvolvimento sustentável. A instituição de zonas orientar-se-á pelos princípios da utilidade e da simplicidade, de modo a facilitar a implementação de seus limites e restrições pelo Poder Público, bem como sua compreensão pelos cidadãos. A definição de cada zona observará, no mínimo: (i) diagnóstico dos recursos naturais, da socioeconômica e do marco jurídico-institucional; (ii) informações constantes do Sistema de Informações Geográficas; (iii) cenários tendenciais e alternativos; e (iv) Diretrizes Gerais e Específicas, nos termos do artigo 14 do Decreto nº 4.297, de 10 de julho de 2002[22].

O diagnóstico a que se refere o inciso I do art. 12 deverá conter, no mínimo: (i) Unidades dos Sistemas Ambientais, definidas a partir da integração entre os componentes da natureza; (ii) Potencialidade Natural, definida pelos serviços ambientais dos ecossistemas e pelos recursos naturais disponíveis, incluindo, entre outros, a aptidão agrícola, o potencial madeireiro e o potencial de produtos florestais não-madeireiros, que inclui o potencial para a exploração de produtos derivados da biodiversidade; (iii) Fragilidade Natural Potencial, definida por indicadores de perda da biodiversidade, vulnerabilidade natural à perda de solo, quantidade e qualidade dos recursos hídricos superficiais e subterrâneos; (iv) indicação de corredores ecológicos; (v) tendências de ocupação e articulação regional, definidas em função das tendências de uso da terra, dos fluxos econômicos e populacionais, da localização das infraestruturas e circulação da informação; (vi) condições de vida da população, definidas pelos indicadores de condições de vida, da situação da saúde, educação, mercado de trabalho e saneamento básico; (vii) incompatibilidades legais, definidas pela situação das áreas legalmente protegidas e o tipo de ocupação que elas vêm sofrendo; e (viii) áreas

institucionais, definidas pelo mapeamento das terras indígenas, unidades de conservação e áreas de fronteira. Na elaboração do diagnóstico a que se refere o inciso I do art. 12[23], deverão ser obedecidos os requisitos deste Decreto, bem como as Diretrizes Metodológicas para o Zoneamento Ecológico-Econômico do Brasil, aprovadas pela Comissão Coordenadora do ZEE do Território Nacional.

Na elaboração do ZEE mencionado no inciso I do § 1º do art. 6º-A, os critérios para divisão territorial e seus conteúdos serão definidos com o objetivo de assegurar as finalidades, integração e compatibilização dos diferentes níveis administrativos e escalas do zoneamento e do planejamento territorial, observados os objetivos e princípios gerais do Decreto em exame. Compete a Comissão Coordenadora do Zoneamento Ecológico-Econômico do Território Nacional - CCZEE aprovar diretrizes metodológicas com o objetivo de padronizar a divisão territorial do ZEE referido no *caput* do artigo 13-B. As Diretrizes Gerais e Específicas deverão conter, no mínimo: (i) atividades adequadas a cada zona, de acordo com sua fragilidade ecológica, capacidade de suporte ambiental e potencialidades; (ii) necessidades de proteção ambiental e conservação das águas, do solo, do subsolo, da fauna e flora e demais recursos naturais renováveis e não-renováveis; (iii) definição de áreas para unidades de conservação, de proteção integral e de uso sustentável; (iv) critérios para orientar as atividades madeireira e não-madeireira, agrícola, pecuária, pesqueira e de piscicultura, de urbanização, de industrialização, de mineração e de outras opções de uso dos recursos ambientais; (v) medidas destinadas a promover, de forma ordenada e integrada, o desenvolvimento ecológico e economicamente sustentável do setor rural, com o objetivo de melhorar a convivência entre a população e os recursos ambientais, inclusive com a previsão de diretrizes para implantação de infraestrutura de fomento às atividades econômicas; (vi) medidas de controle e de ajustamento de planos de zoneamento de atividades econômicas e sociais resultantes da iniciativa dos municípios, visando a compatibilizar, no interesse da proteção ambiental, usos conflitantes em espaços municipais contíguos e a integrar iniciativas regionais amplas e não restritas às cidades; e (vii) planos, programas e projetos dos governos federal, estadual e municipal, bem como suas respectivas fontes de recursos com vistas a viabilizar as atividades apontadas como adequadas a cada zona.

Os produtos resultantes do ZEE deverão ser armazenados em formato eletrônico, constituindo banco de dados geográficos. A utilização dos produtos do ZEE obedecerá aos critérios de uso da propriedade intelectual dos dados e das informações, devendo ser disponibilizados para o público em geral, ressalvados os de interesse estratégico para o País e os indispensáveis à segurança e integridade do território nacional. As instituições integrantes do Consórcio ZEE-Brasil, criado pelo Decreto de 28 de dezembro de 2001, constituirão rede integrada de dados e informações, de forma a armazenar, atualizar e garantir a utilização compartilhada dos produtos gerados pelo ZEE nas diferentes instâncias governamentais. O Poder Público divulgará junto à sociedade, em linguagem e formato acessíveis, o conteúdo do ZEE e de sua implementação, inclusive na forma de ilustrações e textos explicativos, respeitado o disposto no parágrafo único do artigo 15, *in fine* [24].

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 18 dez. 2015.

_____. **Decreto nº 4.297, de 10 de Julho de 2002**. Regulamenta o art. 9º, inciso II, da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, estabelecendo critérios para o Zoneamento Ecológico-Econômico do Brasil – ZEE, e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 18 dez. 2015.

_____. **Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 18 dez. 2015.

_____. **Lei nº 9.985, de 18 de Julho de 2000**. Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui

o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 18 dez. 2015.

_____. **Ministério do Meio Ambiente**. Disponível em: . Acesso em 18 dez. 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: . Acesso em 18 dez. 2015.

_____. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região**. Disponível em: . Acesso em 18 dez. 2015.

BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: . Acesso em 18 dez. 2015.

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

MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Disponível em: g.jus.br>. Acesso em 18 dez. 2015.

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

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: . Acesso em 18 dez. 2015.

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

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

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

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: . Acesso em 18 dez. 2015.

NOTAS:

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: . Acesso em 18 dez. 2015.

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental N.º. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ag. 2009. Disponível em: . Acesso em 18 dez. 2015.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: . Acesso em 18 dez. 2015.

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

[6] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 18 dez. 2015.

[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: . Acesso em 18 dez. 2015.

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

[9] BRASIL. **Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 18 dez. 2015.

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

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

[12] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade 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 18 dez. 2015.

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

[14] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 18 dez. 2015: “*Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações*”.

[15] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense N° 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei N° 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o

postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: . Acesso em 18 dez. 2015.

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

[17] FIORILLO, 2012, p. 78.

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

[19] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 18 dez. 2015.

[20] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão proferido na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 3.540. Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de meta-individualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Necessidade de impedir que a transgressão a esse direito faça irromper, no seio da coletividade, conflitos intergeracionais - Espaços territoriais especialmente protegidos (CF, art. 225, §1º, III) - Alteração e supressão do regime jurídico a eles pertinente - Medidas sujeitas ao princípio constitucional da reserva de lei - Supressão de vegetação em área de preservação permanente - Possibilidade de a administração pública, cumpridas as exigências legais, autorizar, licenciar ou permitir obras e/ou atividades nos espaços territoriais protegidos, desde que respeitada, quanto a estes, a integridade dos atributos justificadores do regime de proteção especial - Relações entre economia (CF, art. 3º, II,

c/c o art. 170, VI) e ecologia (CF, art. 225) - Colisão de direitos fundamentais - Critérios de superação desse estado de tensão entre valores constitucionais relevantes - Os direitos básicos da pessoa humana e as sucessivas gerações (fases ou dimensões) de direitos (RTJ 164/158, 160-161) - A questão da precedência do direito à preservação do meio ambiente: uma limitação constitucional explícita à atividade econômica (CF, art. 170, VI) - Decisão não referendada - Consequente indeferimento do pedido de medida cautelar. 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 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 18 dez. 2015.

[21] BRASIL. Decreto nº 4.297, de 10 de Julho de 2002. Regulamenta o art. 9º, inciso II, da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, estabelecendo critérios para o Zoneamento Ecológico-Econômico do Brasil – ZEE, e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 18 dez. 2015.

[22] BRASIL. **Decreto nº 4.297, de 10 de Julho de 2002.** Regulamenta o art. 9º, inciso II, da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, estabelecendo critérios para o Zoneamento Ecológico-Econômico do Brasil – ZEE, e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 18 dez. 2015.

[23] BRASIL. **Decreto nº 4.297, de 10 de Julho de 2002.** Regulamenta o art. 9º, inciso II, da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, estabelecendo critérios para o Zoneamento Ecológico-Econômico do Brasil – ZEE, e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 18 dez. 2015.

[24] BRASIL. **Decreto nº 4.297, de 10 de Julho de 2002.** Regulamenta o art. 9º, inciso II, da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, estabelecendo critérios para o Zoneamento Ecológico-Econômico do Brasil – ZEE, e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 18 dez. 2015.

ASPECTOS CONTEMPORÂNEOS NA TRIBUTAÇÃO DOS PORTADORES DE CÂNCER

JOÁS PESSOA DA CRUZ: Bacharel em Direito pela Faculdade dos Guararapes. Advogado e Administrador, Membro da Comissão de Combate à Precarização das Relações de Trabalho da OAB/PE, Mestre em Gestão Pública pela UFPE, Pós Graduado em Políticas Públicas pela UCAM/RJ, Pós Graduado em Direito Tributário pela UCAM/RJ, concursado no cargo de Consultor Legislativo da Câmara Municipal do Recife e Consultor do SEBRAE.

RESUMO: A preocupação básica deste estudo é refletir sobre os aspectos tributários na legislação brasileira que envolvem os portadores de câncer, tendo como foco principal o estudo dos benefícios fiscais. Este artigo tem como objetivo expor, de forma sistemática e objetiva, as isenções tributárias para os portadores de câncer, como expressão do princípio da isonomia. Realizou-se uma pesquisa bibliográfica considerando as contribuições de autores como ALEXANDRE (2016), CANTARELLI (2015) E AZEVEDO (2015), entre outros, procurando enfatizar a importância de serem comunicados os benefícios fiscais existentes aos portadores de câncer, bem como a ampliação desses benefícios como forma de justiça social. Concluiu-se a respeito da importância de divulgar os benefícios tributários dos pacientes com câncer, bem como a necessidade de aumento das hipóteses de isenção tributária, de modo a garantir que o direito à saúde seja compatibilizado com uma vida digna.

Palavras-chave: Tributação. Benefício Fiscal. Câncer. Igualdade. Isenção Tributária.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. TRIBUTAÇÃO DOS PORTADORES DE CÂNCER. 2.1 DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS E LEGAIS. 2.2 PRINCIPAIS JULGADOS TRIBUNAIS SUPERIORES. 2.3 ESPÉCIES DE ISENÇÕES TRIBUTÁRIAS AOS PORTADORES DE CÂNCER. 3. CONCLUSÃO

Introdução

O presente trabalho tem como tema os aspectos contemporâneos na tributação dos portadores de câncer,

principalmente no que tange aos benefícios fiscais, os quais expressam a promoção da dignidade da pessoa humana.

Nesta perspectiva, construiu-se questões que nortearam este trabalho:

- De que forma o ordenamento jurídico tributário brasileiro ampara os portadores de câncer?
- Quais são os tributos em que incidem benefícios fiscais para os pacientes com câncer e como os tribunais pátrios têm decidido os conflitos nesta seara?

Quando se fala em câncer logo exsurge a questão sobre os reflexos da doença, notadamente os problemas físicos e psicológicos. Daí a importância de uma abordagem que ultrapasse apenas o viés da medicina, haja vista que os acometidos pela doença também sofrem abalos sociais – na rejeição e discriminação – e financeiros, uma vez que dispendem vultosas somas de capital para o necessário tratamento médico.

Além do encargo financeiro que assume o portador de câncer, este ainda é penalizado por desconhecer vários dispositivos legais que albergam benefícios fiscais com o fito de possibilitar uma redução dos dispêndios decorrentes da doença.

A título de exemplo, de acordo com Sonobe (2011), em sua pesquisa na Universidade de São Paulo (USP) intitulada *O conhecimento dos pacientes com câncer sobre seus direitos legais*, 45% dos pacientes desconheciam qualquer direito.

Se um lado há o desconhecimento dos direitos, do outro há a expansão do número de casos de câncer: de acordo com Soares (2013), há previsão de mais de 500 mil novos casos por ano no Brasil, segundo a revista médica *The Lancet*.

De acordo com a Constituição Federal, a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas, compreendendo ações de promoção, proteção e recuperação.

Conforme a Constituição Federal,

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e

econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Neste contexto, o objetivo primordial deste estudo é, pois, expor, de forma sistemática e objetiva, as isenções tributárias para os portadores de câncer, como expressão do princípio da isonomia.

Para alcançar os objetivos propostos, utilizou-se como recurso metodológico, a pesquisa bibliográfica, realizada a partir da análise pormenorizada de materiais já publicados na literatura e artigos científicos divulgados no meio eletrônico.

O texto final foi fundamentado nas ideias e concepções de autores como: Alexandre (2016), Cantarelli (2015), Azevedo (2015), Soares (2013), Sonobe (2011), Ribeiro (2005).

1. TRIBUTAÇÃO DOS PORTADORES DE CÂNCER

2.1 DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS E LEGAIS

O direito à saúde pode ser entendido como forma de expressão do princípio da dignidade da pessoa humana, tido como princípio fundamental da Constituição Federal, previsto no Art. 1º, inciso III, da Carta Magna.

O direito à saúde também é previsto como um direito social na Lei Maior, especificamente no Art. 6º, que consubstancia direitos de 2ª geração, os quais envolvem prestação positiva do Estado, ou seja, um dever de prestação de modo a favorecer a prevenção e tratamento das doenças.

Cumprido salientar que o direito à saúde também pode ser interpretado em acepção negativa por parte do Estado, entendida

como a exigência para que o Estado se abstenha de qualquer ato que prejudique a saúde do cidadão.

Na esteira desses princípios encontramos o princípio da isonomia ou igualdade, previsto constitucionalmente no Art. 5º, o qual dispõe que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

No magistério de Alexandre (2016), o autor ressalta a célebre lição dada por Rui Barbosa na Oração aos Moços:

“A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualmente flagrante, e não igualdade real”.

De forma simples e concisa pode-se dizer que dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades.

O portador de câncer materializa um exemplo de desigualdade material. Sabemos que o paciente necessita tomar fármacos específicos de alto custo para seu tratamento de saúde. Como a doença é sujeita à recidiva, não raramente esses pacientes precisam investir nesses medicamentos pelo resto da vida. Diante desse fato, é evidente que o portador de câncer não está em patamar de igualdade de capacidade contributiva com outro contribuinte que disponha de saúde plena.

Alexandre, (2016, p. 95) comenta que “a isonomia possui, portanto, uma acepção horizontal e vertical. A acepção horizontal refere-se às pessoas que estão niveladas na mesma situação e que, portanto, devem ser tratadas da mesma forma.

Sendo assim, nessa acepção, de acordo com o autor, caso tenhamos contribuintes com os mesmos rendimentos e mesmas despesas devem pagar o mesmo imposto de renda.

A acepção vertical da isonomia, por seu turno, diz respeito às pessoas que se encontram em situações diferentes e que, por esse motivo, precisam de um tratamento diferenciado na proporção dessa diferenciação.

O ordenamento jurídico tributário brasileiro alberga expressamente o entendimento da acepção formal da isonomia, bem como de forma implícita a acepção material. A previsão está contida na Constituição Federal, Art. 150, II, que determina que é vedado aos entes federados “instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente (...)”.

Assim, tendo em vista que o portador de câncer se encontra em uma situação desigual comparado a uma pessoa em estado de hígidez, merece ser dado tratamento tributário diferenciado. E é exatamente o que acontece no Brasil, existem previsões legislativas que concedem benefícios em forma de isenção tributária aos portadores da doença, os quais vamos expor de forma objetiva e sistemática oportunamente.

Segundo Cantarelli (2015), as isenções existentes nos âmbitos federal, estadual e municipal ainda são relativamente poucas, tendo previsão em legislações esparsas e não são do conhecimento da maior parte da população.

Logo, a necessidade desse trabalho se revela essencial, tendo em vista que apesar de relativo avanço no que tange aos benefícios fiscais, há imperiosa relevância prática na vida dos portadores de câncer, sendo certo que ações por parte do Poder Público são essenciais para promoção de uma melhor qualidade de vida dessas pessoas.

No caso específico da isenção tributária, faz-se necessário em primeiro lugar a conceituação e ao mesmo tempo diferenciá-la do instituto da imunidade, para tanto recorreremos à lição de Alexandre (2016), para o qual a isenção é uma dispensa legal do tributo, enquanto que a imunidade é uma norma constitucional que amputa a competência, impedindo a incidência.

A relação entre os institutos se dá na medida em que a isenção é concedida pela lei, enquanto a imunidade é prevista exclusivamente na Constituição. Nesse trabalho analisaremos às isenções tributárias aos portadores de câncer, tendo em vista que não há imunidades previstas constitucionalmente nesta hipótese.

Nesse sentido, de acordo com Alexandre (2016), tratar sobre isenção nos remete ao princípio da capacidade contributiva, que está umbilicalmente ligado ao da isonomia, dele decorrendo diretamente. Em termos simples, as isenções tributárias são a expressão material dos princípios da isonomia (igualdade) e sobretudo da capacidade contributiva.

De acordo com o Código Tributário Nacional, a interpretação da legislação que concede a isenção deve ser feita literalmente, nos termos do Art. 111, II, da Lei 5.172/1966 (Código Tributário Nacional). A título de exemplo, isso significa que se existir uma lei que conceda determinada isenção aos portadores de deficiência, tal lei não pode ser aplicada, por si só, aos portadores de câncer. Isso porque nesse exemplo a interpretação literal evidencia que a benesse foi dada apenas aos portadores de deficiência. Não cabe aqui invocar a equidade, uma vez que no âmbito tributário é vedada quando implica na dispensa de pagamento de tributo pelo Art. 108, parágrafo segundo, do diploma supramencionado.

Ribeiro (2015) defende que as isenções concedidas aos pacientes com câncer são classificadas em regra como pessoais, uma vez que concedida esse grupo preenche as características de portadores da doença.

Os tribunais brasileiros têm se deparado com situações de conflito que envolvem discussão sobre a legitimidade da isenção tributária aos portadores de câncer, tendo em sua maioria decidido favoravelmente à manutenção do benefício fiscal.

2.2 PRINCIPAIS JULGADOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Nesta perspectiva, Azevedo (2015) menciona que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem entendido que não configura revogação da isenção em virtude de não serem identificados sintomas por parte da

Junta Médica que possui atribuição para comprovar a incidência da hipótese. De acordo com o entendimento da referida Corte, para que reste afastada a isenção é necessária a inequívoca comprovação da cura do câncer que justificou o benefício.

A essência do raciocínio pode ser extraída ao considerarmos que a doença é cíclica, o que significa que não necessariamente o paciente que não apresente sintomas esteja curado. Em síntese, a lógica do benefício não está adstrita aos pacientes que estão em estágio avançado da doença, mas visa diminuir os encargos financeiros do portador de câncer. Colacionamos abaixo o julgado que corrobora o entendimento:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. IMPOSTO DE RENDA. NEOPLASIA MALIGNA. ISENÇÃO. CONTEMPORANEIDADE DOS SINTOMAS. DESNECESSIDADE. 1. Hipótese em que agrava o Ministério Público Federal de decisão que deu provimento ao recurso especial para reconhecer indevida a incidência do imposto de renda sobre os proventos de aposentadoria auferidos pelo autor. 2. A par de ser admitida a valoração da prova em sede especial, **a jurisprudência desta Corte Superior não exige a demonstração de contemporaneidade dos sintomas ou a comprovação de recidiva da enfermidade para a manutenção da regra isencional.** 3. "Há entendimento jurisprudencial desta Primeira Seção no sentido de que, após a concessão da isenção do Imposto de Renda sobre os proventos de aposentadoria ou reforma percebidos por portadores de moléstias graves, nos termos art. 6º, inciso XIV, da Lei 7.713/88, **o fato de a Junta Médica constatar a ausência de sintomas da doença pela provável cura não justifica a revogação do benefício isencional, tendo em vista que a finalidade desse benefício é diminuir o sacrifícios dos aposentados, aliviando-os dos encargos financeiros**" (MS 15.261/DF, Rel. Ministro Mauro

Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 5/10/2010).

4. Agravo regimental a que se nega provimento.
“ (grifo nosso)

Uma outra discussão chegou ao STJ no que tange ao período a que o portador de câncer pode fazer jus à isenção tributária. No caso concreto questionava-se se o fato do portador ter contraído a doença após a aposentadoria e não haver evidências da progressão da enfermidade seriam circunstâncias que afastariam a concessão do benefício no imposto de renda. A Corte concluiu favoravelmente ao portador de câncer, nos seguintes termos:

INATIVO. RESTITUIÇÃO. DOENÇA GRAVE.
NEOPLASIA MALIGNA. PROVA.
CONTEMPORANEIDADE.

É devida a isenção de imposto de renda ao inativo portador de doença grave, conforme elencada no art. 39, XXXIII, do Decreto n. 3.000/1999 c/c art. 6º da Lei n. 8.541/1992 e Lei n. 7.713/1988, art. 6º, XIV, com base em conclusão da medicina especializada, ainda que contraída após a aposentadoria, em que pese a posterior ausência de evidências de qualquer progressão da doença, não enquadrável no § 1º do art. 30 da Lei n. 9.250/1995. Precedentes citados: REsp 673.741-PB, DJ 9/5/2005; REsp 677.603-PB, DJ 25/4/2005; REsp 184.595-CE, DJ 19/6/2000; REsp 141.509-RS, DJ 17/12/1999, e REsp 94.512-PR, DJ 31/5/1999. REsp 734.541-SP, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 2/2/2006. (grifo nosso)

Uma dúvida que pode surgir é: tendo em vista a previsão legal em que o laudo pericial emitido por serviço oficial que comprove o câncer é condição para se reconhecer a isenção do imposto de renda, o juiz está vinculado a este laudo? Em outras palavras, é possível que o juiz leve em consideração outras provas para firmar seu convencimento? Esta foi uma

questão levada à decisão do STJ no AResp 198.795, no qual consolidou-se o entendimento de que o juiz é livre para apreciar as provas dos autos sem ficar adstrito ao laudo oficial. Senão vejamos:

IR. ISENÇÃO. MOLÉSTIA GRAVE. LAUDO PERICIAL.O art. 30 da Lei n. 9.250/1995 dispõe que **a existência de laudo pericial emitido por serviço médico oficial e comprobatório da moléstia grave é condição do reconhecimento da isenção de imposto de renda prevista no art. 6º, XIV e XXI, da Lei n. 7.713/1988. Contudo, isso não vincula o juiz, que é livre para apreciar as provas acostadas aos autos pelas partes** (arts. 131 e 436 do CPC). No caso, o Tribunal a quo entendeu comprovada a neoplasia maligna contraída pelo recorrido por outros elementos probatórios carreados durante a instrução, daí que a Turma negou provimento ao recurso da Fazenda Nacional. Precedentes citados: REsp 749.100-PE, DJ 28/11/2005; REsp 894.721-RS, DJ 28/2/2007, e REsp 673.741-PB, DJ 9/5/2005. REsp 951.360-AL, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 27/11/2007. **(grifo nosso)**

2.3 ESPÉCIES DE ISENÇÕES TRIBUTÁRIAS AOS PORTADORES DE CÂNCER

É oportuno agora tratarmos sobre as isenções em espécie, ou seja, quais são os tributos que estão compreendidos nas isenções tributárias aos portadores de câncer. Para tanto vamos dividir didaticamente os tributos em três esferas, quais sejam: federal, estadual e municipal. Isso significa que vamos expor de forma clara e sistemática quais são os tributos que os portadores de câncer são isentos pelos respectivos entes competentes para instituí-los.

No âmbito federal, podemos citar previsão de isenções aos portadores de câncer no Imposto de Renda (IR) e no Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI). No primeiro caso a previsão

está contida na Lei 7.713/88, especificamente no artigo 6º, inciso XIV, que concede aos aposentados a isenção do IR sobre as receitas provenientes da aposentadoria ou reforma. Essa isenção é extensível aos casos de receitas provenientes de fundo de previdência privada a título de complementação da aposentadoria, conforme entendimento do STJ no REsp 1.507.320-RS.

No caso da isenção do IPI, faz-se necessário esclarecer que é restrita à compra de veículos adaptados, sendo que não é concedida a todos os portadores de câncer, mas tão somente naqueles casos em que a doença implica deficiência física nos membros superiores ou inferiores que impeçam o portador de dirigir veículos comuns. Em termos simples, para fazer jus à isenção do IPI é preciso que o câncer acarrete uma doença física.

Na esfera estadual não existe uma posição consolidada, uma vez que cabe a cada ente da federação editar leis acerca das isenções. Existem previsões em alguns estados para o Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) – apenas nas compras de veículos – e no Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) – por definição pago por aqueles que são proprietários de veículos automotores. Vale ressaltar que, via de regra, nesses casos também é necessário que o câncer ocasione deficiência física, ou seja, o câncer, por si só, é insuficiente para concessão de isenção fiscal nos referidos impostos.

No campo de competência municipal a situação é semelhante ao caso dos Estados: cada município tem a prerrogativa de conceder ou não isenções aos portadores de câncer, de forma que não há uma situação padronizada. A título de exemplo, ressaltamos que alguns municípios preveem, em suas respectivas Leis Orgânicas, isenção do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) para os portadores de câncer, de acordo com critérios próprios.

Desse modo, evidencia-se que, embora existentes, as previsões de isenções fiscais para os portadores de câncer ainda são reduzidas, sendo certo que a conscientização desses direitos seja uma forma de incentivar

a população e os beneficiários a exigir outras formas de isenção tributária.

É importante registrar que a isenção fiscal aos portadores de câncer não se trata de um favor do Estado, mas sim um poder-dever constitucional, alicerçado nos princípios da isonomia, capacidade contributiva e direito à saúde, sobretudo o direito à dignidade da pessoa humana.

A isenção fiscal aos pacientes com câncer serve como estímulo a este na busca por mais qualidade de vida e enquanto os sintomas perdurarem. Caracteriza-se, portanto, como uma preocupação humana e é uma medida de justiça social.

Diante destes pressupostos, necessário se faz que o Estado esteja consciente do seu papel constitucional, criando situações que mantenham as isenções fiscais aos portadores de câncer já existentes, bem como propiciem a ampliação das hipóteses de isenção, de modo que o enfermo tenha a oportunidade de uma melhora na qualidade de vida.

Propiciar isenções tributárias aos portadores de câncer constitui um mecanismo para minimizar o expressivo aumento no custo de vida destes pacientes, sendo uma forma de subsídio para destinar essas sobras provenientes das isenções não somente para o tratamento médico necessário, mas também ao seu bem-estar e da sua família.

Conclusão

Diante do exposto, concluiu-se que a iniciativa do Poder Público no que tange à isenção tributária ao portador de câncer ainda é insuficiente. Sem que haja uma progressiva ampliação das hipóteses de isenção e da respectiva divulgação desses direitos não há possibilidade de efetivação dos princípios constitucionais da isonomia, capacidade contributiva, nem tampouco o da dignidade da pessoa humana.

O Estado enquanto ente tributante e legislador, torna-se o responsável por prover meios para que o paciente portador de

câncer possa desfrutar de uma melhora na sua já instável qualidade de vida, cabendo a ele, inclusive, disseminar a existência desses direitos já existentes, como expressão do princípio da publicidade.

Dessa forma constatou-se que se de um lado tem-se a tímida existência de leis assecuratórias de isenções aos portadores com câncer, do outro temos a ausência de conhecimento dos direitos já existentes por parte desses pacientes.

Nesse ínterim, cabe ao Estado exercer seu encargo na concessão de isenções fiscais para promover uma vida digna aos portadores de câncer, bem como cabe à população exigir de seus representantes que assumam a responsabilidade na condução desse processo de efetivação da justiça social em prol desses pacientes.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário Esquemático*. 10. ed. São Paulo: Método, 2016.

AZEVEDO, Rodrigo. *Portadores de Câncer e o Benefício Tributário. Medida Transitória ou Permanente?* Disponível em: <<https://rodrigoazevedoadvocacia.jusbrasil.com.br/artigos/165371763/portadores-de-cancer-e-o-beneficio-tributario-medida-transitoria-ou-permanente>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

BRASIL. *Código Tributário Nacional – Lei 5.172/1966*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em 13 jan. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

CANTARELLI, Diogo Felin. *Isenção de impostos para pessoas com deficiência e com doenças graves*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 08 jul. 2015. Disponível em: . Acesso em: 04 fev. 2017.

RIBEIRO, João. A tributação e os portadores de câncer (2005) A tributação e os portadores de câncer. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI9511,31047-A+tributacao+e+os+portadores+de+cancer>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

SOARES, Luis. *Brasil terá 500 mil novos casos de câncer em 2020*. Disponível em:

<<http://www.pragmatismopolitico.com.br/2013/04/casos-de-cancer-no-brasil-em-2020.html>> Acesso em: 02 fev. 2017.

SONOBE, Helena Megumi; BUETTO, Luciana Scatralhe; ZAGO, Márcia Maria Fontão. O conhecimento dos pacientes com câncer sobre seus direitos legais. *Rev. esc. enferm. USP, São Paulo*, v. 45, n. 2, p. 342-348, Abr. 2011. Disponível em . Acesso em 18 fev. 2017.

O ESTUPRO DE VÍTIMAS DO SEXO MASCULINO E O HIPOTÉTICO DIREITO ENSEJADO PELA EVENTUAL CONCEPÇÃO INDEVIDA

WELLINGTON CACEMIRO: Jornalista, Graduando do Curso de Direito e Pesquisador Jurídico.

RESUMO: A hipótese de que mulheres possam figurar como sujeito ativo de atos de violência sexual, apesar de tratar-se de tema fascinante, carece de maior interesse e pesquisa no campo jurídico. Episódios de homens vítimas de estupro perpetrado por pessoas do sexo feminino são plenamente possíveis e totalmente factuais, mas são raros os estudos contextualizados com dados do cenário nacional. No presente busca-se não somente ratificá-los, mas também extrapolar as fronteiras do código penal, considerando as eventuais consequências jurídicas nos casos em que a agressora engravida da relação sexual forçada.

Palavras-chave: Direito penal; código civil; estupro; dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT: The hypothesis that women can be an active subject of acts of sexual violence, despite being a fascinating subject, requires more interest and research in the legal field. Episodes of men who are victims of female rape are fully possible and fully factual, but studies are contextualized with data from the national setting. At the present time, it is sought not only to ratify them, but also to extrapolate the boundaries of the penal code, considering the possible legal consequences in cases in which the perpetrator becomes pregnant during sexual intercourse.

Keywords: Criminal law; civil Code; rape; dignity of human person.

1. INTRODUÇÃO

Longe do ambiente acadêmico, em virtude de uma grave e dolorosa crise de hérnia de disco, me vi compelido pelo desejo de rever um desafio intelectual proposto em sala de aula pelo mestre Ticiano Yazegy Perim. Em profícuo e recente comentário, o ilustre docente, de respeitadíssima instituição capixaba, aventou a hipótese de um indivíduo do sexo

masculino ser vítima de violência sexual cometida por uma mulher. Esta, utilizando-se de VGA (abreviatura adotada didaticamente para descrever violência e grave ameaça), força-o a consumir dois comprimidos de conhecido medicamento para disfunção erétil (facilmente identificável pela simbólica cor azul). Efeito constatado tem-se a cópula forçada que, no caso específico, consuma-se com a ejaculação. Como tudo que é ruim pode ficar um pouco pior, como resultado do ato a autora do estupro engravida e tempos depois ajuíza ação reivindicando alimentos gravídicos, por força do que preconiza a Lei Federal nº 11.804, de 5 de novembro de 2008. Têm-se agora um cenário raro, porém plenamente factível, cuja possibilidade parece-me ainda não ter sido devidamente esmiuçada pela doutrina, tampouco pela jurisprudência. É sobre este que faremos abaixo um saudável exercício de reflexão.

Primeiro, no entanto, torna-se necessária uma rápida revisão de números que ajudam a compreender a dimensão alcançada no Brasil pelo crime hora em análise. Dados da 10ª edição do Anuário Brasileiro da Segurança Pública, divulgados no ano passado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, revelaram que em 2015 o país teve 125 casos de estupro notificados por dia, o quê, estatisticamente, significam mais de 45 mil pessoas vitimadas. Como destacou de forma apropriada o portal BBC Brasil, estima-se que somente 30% a 35% dos casos são registrados, fenômeno que permite conjecturar que aconteça um estupro a cada minuto no país.

Tão grave quanto, contudo, são os resultados do levantamento conduzido pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) para elaboração do documento “Estupro no Brasil: uma Radiografia segundo os Dados da Saúde”. Estes, com base em números minerados de notificações feitas ao Sistema de Informações de Agravo de Notificação do Ministério da Saúde (Sinan), em 2011, revelaram que 70% das vítimas de estupro em território nacional são crianças e adolescentes. Sem dúvida uma perspectiva desoladora do que, em alguns meios, é apelidado de “cultura do estupro”.

Feitas tais observações preliminares a título de comentário introdutório, bem como delimitada a devida problematização do tema, cumpre-nos agora a tarefa de aprofundar a hipótese em estudo.

2. TUTELA JURÍDICA

Ainda que incomuns (ou subnotificados), episódios de homens vítimas de estupro perpetrado por mulheres são plenamente possíveis e totalmente factuais. Tanto que a revisão legislativa ao artigo 213 do Código Penal, promovida oportunamente pela Lei nº 12.015/09, não só reconheceu tal fenômeno como também assegurou o necessário mecanismo para prover o Estado de instrumento que lhe permita punir, de forma mais eficaz, àquelas que incorrerem em tal comportamento antijurídico. É preciso entender o que diz o texto do referido dispositivo, comparando-o com a norma que vigorava antes de 2009:

Redação anterior à Lei 12.015/09:

Estupro

Art. 213 - Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:

Pena - reclusão, de três a oito anos.

Parágrafo único.

Se a ofendida é menor de catorze anos:

Pena - reclusão, de seis a dez anos.

Atentado violento ao pudor

Art. 214 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:

Parágrafo único. Se o ofendido é menor de catorze anos:

Pena - reclusão de dois a sete anos.

Redação posterior à Lei 12.015/09:

Estupro

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Nota-se que, com o advento da citada lei, houve a junção dos artigos 213 e 214 do Código Penal, ambos agora considerados no texto do art. 213. O estupro até então era crime bipróprio (agora é bicomum), porque o sujeito ativo somente poderia ser homem, assim como o sujeito passivo só poderia ser mulher. Por consequência, qualquer ato que não incorresse em conjunção carnal incorria em atentado violento ao pudor, a exemplo da relação anal com mulher e mesmo com pessoas do sexo masculino. Sob tal interpretação o atentado violento ao pudor era, pode-se dizer, excludente - tratava-se de ato diverso da conjunção carnal.

Válido salientar também que antes de 2009 se um homem fosse forçado a manter relações sexuais com uma mulher, esta nem sempre responderia por atentado violento ao pudor, mas, em alguns casos, por constrangimento ilegal. Hoje, no entanto, o estupro abarca todas estas situações.

Neste sentido preleciona Greco:

Não é de agora a hipótese ventilada pela doutrina quando erige a possibilidade de um homem ser constrangido por uma mulher a com ela praticar a conjunção carnal. Suponha-se que uma mulher apaixonada por um homem, querendo, a todo custo, ter com ele relações sexuais, não conseguindo seduzi-lo pelos "meios normais", mediante o emprego de ameaça, com uma arma de fogo, por exemplo, o obrigue ao ato sexual, fazendo com que ocorra a penetração normal. Pergunta-se: Qual seria o crime praticado pela mulher que, mediante o emprego de grave ameaça, fez com que o homem

mantivesse com ela conjunção carnal? Na verdade, a hipótese mais parece de laboratório. Pode ser que uma pessoa ou outra consiga ter ereção nessa situação, que não se traduz, obviamente, na regra. Entretanto, trabalhando com a hipótese do sujeito, mesmo sob intensa pressão, conseguir ter ereção e praticar a conjunção carnal, qual seria a solução para o caso? A atual redação do art. 213 do Código Penal nos permite raciocinar com a ocorrência do estupro, uma vez que o tipo penal prevê a possibilidade de a conjunção carnal ser levada a efeito, tanto pelo homem quanto pela própria mulher, desde que estejamos diante, sempre, de uma relação heterossexual (GRECO, 2015, p. 487)

Divergências à parte quanto ao ceticismo do nobre autor no tocante ao estupro masculino por pessoa do sexo feminino ser factível (principalmente considerado o advento dos medicamentos para disfunção erétil, empregados hodiernamente como prática comum para “turbinar” relações sexuais), merece especial atenção ainda o fato de que emana do renovado art. 213, CP, como bem ensina Nucci, notório cuidado em por em pé de igualdade homens e mulheres, podendo agora ambos figurarem tanto no polo ativo quanto no passivo. “A Lei 12.015/2009 igualou homem e mulher, desprezando qualquer qualidade especial que possam ter, aliás, o mínimo que se espera de uma lei justa” (NUCCI, 2014).

Esta assertiva pronunciada com maestria pelo jurista encontra-se ratificada, de certo modo, pelos dados do levantamento publicado em 2014 pelo Ipea. No gráfico abaixo, por exemplo, é possível observar que ainda que represente pequena parcela dos casos, episódios em que a mulher figura como estupradora encontram-se registrados nas estatísticas elaboradas com base no Sinan.

Tabela 4: Sexo do provável autor da agressão segundo a faixa etária da vítima
Crianças Adolescentes Adultos

Masculino (n=11366)	92,55%	96,69%	96,66%
Feminino (n=158)	1,80%	0,99%	0,70%
Ambos os sexos (n=115)	1,28%	0,86%	0,47%
Ignorado (n=378)	4,36%	1,46%	2,17%

Fonte: Sinan/Dasis/SVS/Ministério da Saúde. Dados de 2011

Cabe comentar também que a revogação do art. 214 não promoveu, como já amplamente explicado pela doutrina e confirmado por jurisprudência, o “abolitio criminis” (o que significa que a conduta outrora tipificada como atentado violento ao pudor não deixou de ser criminalizada). Ocorreu com esta a incidência do “princípio da continuidade típico normativa”, ou seja, a conduta continua a existir, mas em outro tipo penal - no caso, descrita no crime de estupro. Neste sentido já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal (STF), bem como o Superior Tribunal de Justiça (STJ), conforme demonstrado abaixo:

STJ - HABEAS CORPUS HC 185493 GO
2010/0172240-0 (STJ)

Data de publicação: 30/10/2013

Ementa: HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ART. 214 DO CÓDIGO PENAL . SUPERVENIÊNCIA DA LEI 12.015 /2009. ABOLITIO CRIMINIS. INOCORRÊNCIA. CONDUTA DESCRITA NO ART. 213 DO ESTATUTO REPRESSIVO. PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE NORMATIVA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. - Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais

admitir habeas corpus substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício. - Diante do princípio da continuidade normativa, não há falar em abolição criminis da conduta prevista no art. 214 do CP , tendo em vista que a alteração legislativa conferida pela Lei 12.015 /2009 não descriminalizou a referida conduta, mas apenas a deslocou para o art. 213 do Código Penal , formando um tipo penal misto, com condutas alternativas (estupro e atentado violento ao pudor). Precedentes. Habeas corpus não conhecido.

Por fim, por força do que estabeleceu o art. 1.º, V, da Lei 8.072/90, trata-se o delito em tela - em todas as suas formas: tentada, consumada, qualificada ou simples - de crime hediondo. Isto significa que o estupro não é, por conseguinte, suscetível de anistia, graça ou indulto, tendo sistemas mais rigorosos para a progressão de regime, dentre outros.

Superadas, portanto, as etapas de fundamentação jurídica e validação da hipótese de eventual estupro masculino perpetrado por uma mulher passemos agora a enfrentar o problema inicial, cerne do presente ensaio acadêmico.

3. CONTROVÉRSIAS

3.1. Vulnerabilidade da vítima

Se episódios de violência sexual envolvendo homens estuprados por mulheres representam parcela ínfima das notificações, fácil imaginar que situações hipotéticas como a teorizada em sala de aula pelo brilhante mestre Ticiano tratam-se de exceções tão raras que o registro oficial sequer acusa casos semelhantes no país.

Aliás, este ponto é importante. Enfatizo o desconhecimento de ocorrências similares no Brasil porque, ainda que limitada em virtude da atual condição do autor, as buscas por registros (ou mesmo relatos informais) de episódios como o descrito no início do texto revelaram-se extremamente frustrantes. Existe na grande rede de computadores certa profusão de notícias sobre estupros, mas uma garimpagem rápida não permitiu localizar em solo pátrio nada ao menos parecido com o descrito (imagino se em virtude da vergonha que as vítimas eventualmente teriam de denunciar o ocorrido).

Nos Estados Unidos (EUA), contudo, tornou-se notório em 2014 o caso do americano Nick Olivas (FOXNEWS, 2014). Este, aos 14 anos de idade, teve relações sexuais com uma mulher de 20 anos e a engravidou. Como a legislação estadual do Arizona, semelhante às de outros estados americanos, criminaliza sexo (mesmo consensual) de mulheres adultas com menores, tratava-se de evidente episódio do que por lá é conhecido como “statutory rape” ou, em livre tradução, algo como “estupro criado por lei”.

Acontece que Olivas desconhecia (ou mesmo se importava com) a norma jurídica, o que fez com que não denunciasse o caso. Mas, aos 21 anos, o jovem ficou sabendo por ação da Justiça que o fruto da relação proibida era uma filha, já com 6 anos de idade. Pior: ele não só foi sentenciado por um juiz a pagar pensão alimentícia, como também US\$ 15 mil em alimentos atrasados, valor que deveria ser liquidado com juros de 10% e mais despesas hospitalares do parto. Caso não o fizesse iria para a prisão – e isto só não aconteceu porque a própria Justiça se encarregou de estabelecer um plano de pagamento que incluiu bloquear parte de seu salário e economias depositadas em um banco.

A controvérsia, como destacado acertadamente pela advogada Fátima Burégio, reacendeu no país o debate sobre as leis estaduais americanas que criminalizam as relações sexuais “consensuais” de mulheres adultas com menores como “estupro” porque - *acusam grupos de direitos dos pais* - “os estados ficam do lado da vítima no processo penal, mas depois ficam do lado da agressora, quando é o caso de cobrar pensão alimentícia para a criança”.

Desconheço se este episódio foi a fonte de inspiração para o recente questionamento sugerido em sala de aula por nosso digníssimo professor, mas, aproveitando tal fato, é possível tecer considerações sobre eventual divergência entre os diplomas penal e civil.

Se o caso de Nick Olivas tivesse ocorrido no Brasil de que lado ficaria o Estado brasileiro? Penalizaria a mulher que, por um impulso de lascívia, deitou-se com pessoa em condição de vulnerabilidade ou, semelhante à Justiça americana, obrigaria a vítima, tempos depois, a arcar com ônus de uma criança não desejada, mas sabidamente inocente e que, portanto, não pode ser de maneira nenhuma prejudicada? Este é, provavelmente, o tipo de debate capaz de suscitar séria controvérsia entre parcela considerável dos acadêmicos de direito.

Primeiro é preciso lembrar que em nosso país, semelhante ao “statutory rape” norte-americano, pune-se relações sexuais de pessoa maior de idade com menor. Considera-se “estupro de vulnerável”, com base no que determina o art. 217-A do Código Penal, situações em que a vítima não alcançou a maturidade suficiente para as práticas sexuais (menores de 14 anos); que tenha qualquer deficiência mental ou que esteja embriagada (ou dopada) a ponto de não conseguir responder pelo próprio corpo. Observe o que preceitua a norma:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

§ 2º (VETADO)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Destarte, feita a análise literal do artigo, resta evidente que aqui, assim como nos Estados Unidos, permaneceria criminalizado o comportamento da mãe da criança. Enfatiza-se que quando da consumação da relação sexual com menor de 14 anos incorre-se na perfeita conformação à citada norma penal incriminadora.

Importante lembrar também que não há de se falar em prescrição, considerado o fato de que em decorrência da lei nº 12.650/2012 tal só começa a contar na data em que a vítima fizer 18 anos, caso o Ministério Público não tenha anteriormente aberto ação penal contra o agressor. Até a promulgação da referida regra a prescrição era calculada a partir da prática do crime.

3.2. Aborto ilícito

Antes de enveredar na seara das possíveis consequências que a paternidade indesejada poderá ter na esfera do direito civil compete oportunamente explicar porque a possibilidade de aborto sentimental teoricamente inexistente na hipótese de gestação da autora do crime de estupro – quer sejam as vítimas menores de 14 anos ou homens em pleno exercício de direitos e capacidades.

Como todo acadêmico que já se dedicou ao tema sabe, nos termos do art.128, II, CP, “não se pune o aborto praticado por médico se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”.

Trata-se de excludente de ilicitude que fundamenta o que a doutrina chama de “aborto humanitário, ético ou piedoso”. Sobre a mesma assevera com maestria Nucci:

[...] como já expusemos na nota de abertura a este capítulo, nenhum direito é absoluto, nem mesmo o direito à vida. Por isso, é perfeitamente admissível o aborto em circunstâncias excepcionais, para preservar a vida digna da gestante. Em continuidade a essa ideia, convém mencionar a posição de ALBERTO SILVA FRANCO, ao dizer não ser inconstitucional o “sistema penal em que a proteção

à vida do não nascido cedesse, ante situações conflitivas, em mais hipóteses do que aquelas em que cede a proteção penal outorgada à vida humana independente” (NUCCI, 2014, p. 128).

Não se pode negar, contudo, que a situação prevista no dispositivo dificilmente se aplica a uma gestante que deu causa a gravidez ao praticar uma relação sexual forçada com um homem. Essa conclusão deriva de exame mais acurado do dispositivo.

Tem-se, como se sabe, no aborto autorizado legalmente à mulher vítima de estupro, um mecanismo que resguarda a dignidade desta enquanto pessoa humana. É o que alude acertadamente Costa ao citar posicionamento de doutrinadores da estatura de Nucci, Mirabete e Fabbrini.

Nas palavras do talentoso autor “a verdadeira justificativa para legitimar o abortamento quando a mulher engravida por conta do ato criminoso, funda-se no fato de que todo ser humano deve ser respeitado em sua existência, por sua essência” (COSTA, 2014).

Por raciocínio complementar infere-se que uma mulher que violenta sexualmente um indivíduo do sexo masculino não tem, em momento algum, sua dignidade afrontada, não havendo, dessa forma, que se falar em sopesamento entre sua dignidade e a vida do feto (NUCCI, 2012, apud COSTA, 2014).

Pautando-se nesta interpretação ensina Costa:

[...] a mulher que comete estupro contra um homem e deste ato sobrevém gravidez, está totalmente impossibilitada de consentir validamente para o abortamento, incorrendo em situação ilícita caso assim o proceda. Desta feita, ao constranger o homem a realizar consigo conjunção carnal, a mulher concorre em culpa ou dolo para sua própria gravidez, não podendo, portanto, extinguir uma vida que por sua culpa ou dolo se originou, razão pela qual se

torna ilógica a possibilidade de autorização de aborto humanitário em relação à mulher agressora que engravida por conta de seu ato hediondo. Desta forma, inviável a hipótese de a mulher que pratica crime de estupro procurar se beneficiar da excludente presente no artigo 128, inciso II do Código Penal, vez que sua dignidade não foi, de forma alguma, violada, não havendo absolutamente nada que se contraponha à vida do feto (COSTA, 2014)

Não sem o devido fundamento Damásio et al. (2011) defende igualmente que ao homem vítima do estupro também não é facultado o direito de reivindicar o aborto da gestante agressora. Argumenta com enorme lucidez o ilustre doutrinador tratar-se de prática que, executada, afrontaria princípios emanados da própria Constituição Federal. Sobre o tema preleciona:

[...] a intervenção abortiva, atendendo à vontade do homem vítima e contrariando a da mulher autora, consistiria em verdadeira sanção penal contra esta, solução não prevista em nosso ordenamento, ferindo frontalmente o princípio da legalidade, do devido processo legal e, inclusive, a disposição constitucional que veda a pena de morte, salvo em caso de guerra declarada (art. 5.º, XLVII, da CF), em afronta, também, ao princípio da intranscendência da pena (DAMÁSIO et al., 2011)

Consoante ao afirmado não há de ser falar, deste modo, na possibilidade de aborto exigido pelo homem vítima de estupro. Igualmente também não pode invocá-lo a autora do crime. O primeiro pela inevitável afronta a vários princípios constitucionais. A segunda em virtude da previsão legal da excludente de ilicitude só amparar, de fato, à gestante que se encontra na condição de vítima do crime em comento.

4. CONFLITO ENTRE DIPLOMAS LEGAIS

Não é preciso ser um civilista para intuir com base no exposto ao longo deste ensaio que, quando o homem for o sujeito passivo do crime de estupro, a gravidez de sua agressora tem propensão para gerar inúmeras consequências na órbita do direito civil. Como demonstrado em oportunidade anterior trata-se, não raro, de desfecho natural, cujos possíveis resultados carecem de uma análise apropriada.

Damásio et al. (2011), por exemplo, lembra que “a paternidade implica uma série de obrigações de ordem jurídica, ética, moral e até mesmo financeira, para não falar de outras”. Com fulcro neste posicionamento, rápido reexame do caso de Nick Olivas permite antever uma sucessão de prejuízos no campo financeiro – e, sequer tece-se, de imediato, comentário sobre o inquestionável conflito emocional.

Destarte, a vítima, dentre outras sequelas, estaria sujeita a eventual cobrança de alimentos gravídicos (tese original deste artigo), pensão alimentícia e, inevitavelmente, teria que considerar no processo de sucessão hereditária os direitos inerentes ao fruto da concepção indesejada. Adverte Costa:

Efetivamente, a gravidez resultante do estupro praticado pela mulher contra o homem pode ensejar várias consequências devastadoras na vida pessoal da vítima, e, em certos casos, constituir um dos fins da prática delituosa. Imagine que uma mulher acaricie e seduza um menor de treze anos para com ele praticar conjunção carnal, visando exatamente a gravidez para locupletar-se com a maternidade de um herdeiro abastado e dos recursos provenientes de uma robusta pensão alimentícia, considerando o extenso patrimônio da família do menor. E se assim não for, mesmo que a gravidez se constitua em algo não desejado para a autora do estupro (seja do vulnerável acima mencionado no exemplo ilustrativo ou de qualquer outra situação não mencionada neste trabalho, mas passível de ocorrência), isso não exclui sua responsabilidade pela conduta e seus resultados

na medida em que atingem mais intensamente a vítima, que deverá arcar com os deveres advindos da paternidade. (COSTA, 2014)

Inequívoco o fato de que o legislador ao formalizar a revisão normativa do art. 213, CP, cuidou para constitucionalizá-lo (reconhecendo, por exemplo, a igualdade entre gêneros emanada do art. 5º do texto constitucional). Infelizmente, contudo, por silenciar na “*novatio legis*” no tocante aos efeitos legais advindos da gravidez resultante do estupro praticado por pessoa do sexo feminino, legou este à doutrina e a jurisprudência a necessária tarefa de se pronunciarem sobre o tema.

Quanto à primeira, admita-se, ainda são escassos textos com estudos mais amplos sobre o assunto. Igualmente, pode-se afirmar, parecem inexistir julgados sobre a situação específica teorizada no presente artigo. Por analogia, no entanto, é de se esperar que quando o fizerem, os tribunais devem manifestar-se de forma que permita assegurar a devida proteção ao fruto da concepção.

Por outro lado, no campo afetivo também não é difícil deduzir que o tipo de relação existente entre a criança e o pai dificilmente seria a ideal. Tal assertiva considera eventuais (e possivelmente inevitáveis) encontros (sucedidos de conflitos) com a mãe estupradora, bem como a premissa de que, tendo a vítima família constituída, esta pode não aceitar necessariamente a convivência forçada com o resultado de uma gravidez violenta.

No mais, não desconsiderado os interesses da própria criança, torna-se fácil imaginar que, não raro, estará sujeita a toda sorte de transtornos afetivos, emocionais e mesmo psicológicos ao ter conhecimento da devastadora realidade de ser o produto não desejado de uma concepção originada em comportamento criminoso.

Sob tal perspectiva parece razoável a tese defendida por Damásio et al. (2011) e, posteriormente, reproduzida por Costa (2014). Argumentam estes que “ausente por completo a vontade procriacional, nenhuma obrigação civil terá o ofendido perante a prole a ser gerada pela autora do estupro”.

Em que pesem vozes dissonantes quanto ao aludido, encontra-se nesta hipótese de relativização do direito à paternidade do estupro alternativo aparentemente mais justa, por não afrontar a dignidade da vítima enquanto pessoa humana.

Evidente, no entanto, que semelhante apologia à possibilidade de desligamento da paternidade, considera também o oposto, ou seja, que ao homem vítima de estupro seja concedido direito de, caso deseje, proceder ao reconhecimento da criança como filho e, assim fazendo, conferir-lhe todos os direitos que sucedem a filiação.

Em outras palavras, defende-se a perda do caráter absoluto do direito à paternidade nos casos de estupro de vítimas do sexo masculino. Damásio reforça tal entendimento ao aduzir sobre o tema. Nas palavras do experiente jurista “nada impede, contudo, por questões que refogem ao Direito, que o ascendente pretenda, por sua vontade, reconhecer o filho. Cuida-se, portanto, de uma faculdade e não de uma obrigação legal” (DAMÁSIO et al., 2011).

A esse respeito também afirma Costa (2014), de forma complementar, que “comparando as consequências de uma gravidez da mulher estuprada, queda-se inequívoca e lógica a solução exposta, pois no caso inverso a dignidade da ofendida é privilegiada”. Preleciona o autor:

Em relação à razoabilidade, considerada como o bom senso, queda-se abastada de sensatez a hipótese de relativização do direito à paternidade, tornando-a como uma faculdade ao estupro, para reconhecê-la ou não. Apenas desta forma, retirando do direito o caráter absoluto, far-se-ia justiça acerca da razoabilidade. [...] O deslinde apontado resta ainda menos gravoso ao nascituro, pois não será a sua vida o bem jurídico relativizado em detrimento da dignidade da pessoa humana da mãe vítima, mas sim o bem jurídico do direito à filiação, que limitado, não trará prejuízo equivalente à ofensa à dignidade do homem ofendido (COSTA, 2014)

Como breve síntese do exposto depreende-se, portanto, que estabelecer obrigação absoluta da paternidade ao homem vítima de estupro, privilegiando o diploma civil, além de notadamente injusto parece, no mínimo, inconstitucional, haja vista que tal decisão afrontaria, por certo, a dignidade da vítima enquanto pessoa humana – princípio basilar que, como se sabe, é um dos fundamentos norteadores da Constituição Federal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Disse em outro artigo que não existe tema inoportuno tratando-se de direito penal. Ainda que as interpretações doutrinárias sobre determinado assunto não se encontrem bem estabelecidas, nada impede que a visão singular do intérprete permita eventual revisão da aplicabilidade de um ou outro instituto. Daí o valor imensurável dos numerosos trabalhos gestados na academia. Não raro representam esforço profícuo que comporta não só ampliar o conhecimento sobre a proposição em debate, mas, em situações excepcionais, até mesmo extrapolar a simples explicação reiterada.

Tome-se como exemplo o presente, ao desnudar o estupro em que a mulher figura como sujeito ativo do crime. Mesmo que a princípio tal delito pareça improvável ou possa despertar o anseio de alguns que brincam jocosamente que gostariam de ser vítima de violência sexual cometida por pessoa do sexo feminino, é bom lembrar que nem toda estupradora teria necessariamente os atributos de uma Juliana Paes (DELGADO, 2009). Verdade seja dita trata-se de ato hediondo, passível, como visto, de consequências que podem mesmo extrapolar a esfera do direito penal.

Partindo de tal crença espera-se ter contribuído para estimular saudável discussão em torno de um tema sabidamente controvertido. A relativização do direito à paternidade, em casos em que ocorra gravidez da mulher estupradora, parece-nos hipótese mais ajustada aos princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade e razoabilidade (COSTA, 2012).

Difícil crer, no entanto, que uma única solução jurídica pacificará questão imersa em evidente mar de controvérsias. O direito, como bem se

sabe, admite diversidade de conclusões (COSTA, 2014), inexistindo discurso que possa convencer a todos (DAMÁSIO et al., 2011).

O presente trabalho, contudo, demonstrou-se oportuno não só pela contemporaneidade do tema, mas, principalmente, considerado o escasso volume de textos dedicados a este. Como a intenção norteadora do desafio intelectual proposto pelo mestre Ticiano parece ter sido colocar um ponto de interrogação onde repousava placidamente um ponto final, ter-se-á alcançado tal objetivo se outros interessados sentirem-se compelidos também a expor novas contribuições.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em . Acesso em 09 abr. 2017.

_____. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 28 mar. 2017.

_____. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. *Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências*. Disponível em . Acesso em 28 mar. 2017.

_____. Lei nº 11.804, de 5 de novembro de 2008. *Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111804.htm>. Acesso em 28 mar. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 185493 GO 2010/0172240-0 (STJ). Relator (a): MAYNARD, Marilza (desembargadora convocada do TJ/SE) - Sexta Turma. Publicado: 30/10/2013. Disponível em . Acesso em 31 mar. 2017.

BRASIL, BBC. *70% das vítimas são crianças e adolescentes: sete dados sobre estupro no Brasil*. BBC Brasil. Disponível em . Acesso em 28 mar. 2017.

BURÉGIO, Fátima. *Homem é estupro; mulher engravida e ele é condenado a pagar pensão à criança*. Disponível em . Acesso em 31 mar. 2017.

CERQUEIRA, Daniel; COELHO, Danilo de Santa Cruz. *Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da Saúde (versão preliminar)*. 2014. Disponível em <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5780/1/NT_n11_Estupro-Brasil-radiografia_Diest_2014-mar.pdf>. Acesso em 29 mar. 2017.

COSTA, Anderson Pinheiro da. *A mulher como sujeito ativo do crime de estupro e as consequências nas esferas cível e penal*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 24 set. 2014. Disponível em: . Acesso em: 31 mar. 2017.

DELGADO, Yordan. *Estupro de homem*. Disponível em <<http://www.prb.mpf.mp.br/artigos/artigos-procuradores/estupro-de-homem>>. Acesso em 09 abr. 2017.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário brasileiro de segurança pública*. 2016. Disponível em . Acesso em 29 mar. 2017.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial, volume III*. 12. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado: estudo integrado com processo e execução penal: apresentação esquemática da matéria: jurisprudência atualizada*. 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

United States of America, FOXNEWS World. *Fathers' Rights Groups Rally Behind Nick Olivas In Odd Rape-Child Support Case*. Disponível em

<<http://www.foxnews.com/world/2014/09/09/fathers-rights-groups-come-in-support-nick-olivas-in-odd-rape-child-support.html>>. Acesso em 31 mar. 2017.

A RELEVÂNCIA DA FOTOGRAFIA NOS LOCAIS DE INFRAÇÕES PENAIS.

RAFAELLE JHONATHAS DE SOUSA GUIMARAES: Bacharel em Direito pela Universidade Paulista, aprovado no XIX Exame de Ordem Unificado e Policial Civil do Estado de São Paulo. Realizou diversos cursos pela Academia de Polícia Civil de São Paulo-ACADEPOL e Ministério da Justiça-SENASP. Postulante ao cargo de Delegado de Polícia.

Resumo: A pretensão deste artigo é sobrelevar a importância da fotografia nos locais de crime e como meio eficaz de aproximar o que se tem relatado em papéis ao fato real. Sua importância para instruir e enriquecer o laudo pericial bem como auxiliar na convicção da autoridade requisitante.

Palavras-chave: prova pericial; perícia criminal; processo penal; fotografia.

Sumário: 1. Introdução; 2. História da fotografia; 3. Previsão legal; 4. Relevância da fotografiação em sítios de crimes; 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Corriqueiramente ao passear pela cidade, pode-se notar que as pessoas estão focadas em seus aparelhos celulares, entretidas com músicas, redes sociais, jogos ou tirando as famosas “selfies”. Mas fotografar, além de um prazer e entretenimento para alguns, é um meio de vida para outros, responsáveis por eternizar acontecimentos marcantes e geralmente de alegria como formaturas, aniversários e casamentos.

A fotografia é utilizada em várias frentes e colabora para ilustrar notícias em periódicos ou anúncios. É inegável que desta forma, na hora da compra o anúncio que possua um trabalho de qualidade fotográfica, terá influência na escolha do cliente. Ainda é vista em sites, apresentações e livros.

Além das finalidades comerciais e artísticas, na atividade policial fotografar rompe a barreira de simplesmente apertar um botão. Nesse

segmento é utilizada como forma de registrar o modo que foi encontrado o local de interesse policial e que posteriormente instruirão inquéritos policiais e processos.

São necessários tirocínio e olhar clínico para registrar locais e objetos que envolvam sítios de crime, porque após a conclusão dos trabalhos de levantamento pericial, possivelmente todos os vestígios desaparecerão ou estarão prejudicados.

2. HISTÓRIA DA FOTOGRAFIA

Ao analisar o arcabouço histórico da fotografia, nota-se que não há consenso num único criador. Durante o tempo, vários ícones protagonizaram sua evolução, acrescentando novas técnicas que deram origem à fotografia como a conhecemos. A de maior vulto é a técnica da câmara escura, criada por Della Porta.

A primeira imagem produzida foi pelo francês Niépce, com base na técnica chamada inicialmente de heliografia. A imagem era gerada com a luz do Sol e por meio de uma câmara exposta por oito horas de luz solar.

Na seara policial, a fotografia era utilizada como forma de identificação dos indivíduos, na elaboração de retratos, bem como de suspeitos e delinquentes em Paris. O precursor, Alphonse Bertillon, idealizou a sinalética ou bertillonagem, método fundado em dados antropométricos e consistia no registro fotográfico do rosto do indivíduo, decalques, tatuagens e características em geral. Bertillon fazia ainda, medições cranianas e outras partes do corpo dos criminosos, relatando as formas físicas como orelhas, bocas, olhos, narizes e sobrancelhas. Mais tarde, esse método foi substituído pelo sistema datiloscópico.

Desde sua invenção o segmento fotográfico está em constantes mudanças tecnológicas. Tais mudanças aprimoraram e facilitaram a forma de se obter a imagem, otimizando a qualidade de reprodução, tal como agilidade no seu processamento.

No final dos anos 90 houve a digitalização dos sistemas fotográficos. A fotografia digital inovou o mercado de imagens, pois

houve redução significativa de gastos, com a simplificação de etapas, manipulação, armazenamento e recentemente a propagação de imagens pelo mundo. Aliada a outras tecnologias da informação, as fotografias giram várias partes do mundo em segundos, o que não era efetivamente possível com as técnicas rudimentares.

3. PREVISÃO LEGAL

O Código de Processo Penal trata dos meios de provas e perícias em seus artigos 155 a 250, sendo imprescindíveis para a formação, diretas ou indiretas, da verdade real. Trata também em outro dispositivo, quanto aos locais das infrações penais ao estabelecer que sejam preservados, providenciando a autoridade que primeiro chegar aos locais dos fatos, a sua integridade até que os peritos o examinem. Prevê ainda, a apreensão de objetos que tiverem relação com o fato, após liberação dos peritos, assim como colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias.

Um dos requisitos fundamentais para que os peritos realizarem a perícia a contento, é que o local dos fatos esteja apropriadamente isolado e bem preservado, com o propósito de não se perder qualquer vestígio que tenha sido deixado pelo autor do delito. O isolamento e preservação dos sítios em que foram cometidas infrações penais são garantias que o perito encontrará a cena do crime conforme foi deixado pelo agente delituoso e vítima, tendo dessa forma, condições técnicas de analisar os vestígios ali deixados.

Em seu artigo 164, o Código de Processo Penal, preleciona que os cadáveres deverão sempre ser fotografados na posição em que forem encontrados e, sempre que possível, todas as lesões externas e vestígios deixados no local do crime. A fotografia conserva o estado das coisas e como se encontrava o local, instrumentos da empreitada delituosa, lesões do cadáver e sistemas de segurança. Poderão juntar além das fotografias, esquemas e desenhos ilustrativos.

Concluindo, Alencar e Távora explanam com maestria:

Para facilitar a futura elaboração do laudo, os cadáveres serão fotografados onde forem

encontrados e, sempre que possível, todas as lesões externas e vestígios que permeiam o local da infração. Esses elementos fotográficos vão instruir o laudo, sem prejuízo de esquemas de desenhos realizados para elucidar o acontecido. Estes últimos devem seguir devidamente rubricados pelo perito". (ALENCAR E TÁVORA, 2014, p. 544).

Ao tratar das lesões corporais, os peritos poderão juntar ao laudo do exame de corpo de delito novamente as fotografias. Tanto no cadáver ou no vivo, a fotografia auxilia a estampar o caráter, tipo e quantidade de lesões, bem como em que decorrência ocorreu.

Adiante, o artigo 166 do Código Processo Penal, trata dos casos em que há dúvida sobre a identidade do cadáver exumado, procedendo ao reconhecimento pelo Instituto de Identificação ou inquirição de testemunhas, servindo a fotografia como norte no levantamento da identidade do morto.

O Código estabelece que os laudos periciais do Instituto Médico-legal e Instituto de Criminalística sejam ilustrados com fotografias, sempre que conveniente para a instrução, da mesma maneira que sejam feitas ampliações ou reduções para ilustrar os materiais examinados em laboratórios como substâncias toxicológicas, marcas de sangue, sêmen etc.

Os diversos recursos fotográficos enaltecem o laudo pericial, sobrelevando ângulos para os interessados, também como o perito os visualiza e descreve. A elucidação dos fatos relacionados ao delito é objetivo primordial do trabalho pericial e tem o juiz como destinatário da prova. É também interesse geral, isto é, das partes e de toda sociedade, porquanto ainda que a causa verse sobre uma questão estritamente particular, todos têm interesse que a pacificação social seja promovida pela atividade policial e jurisdicional, sendo desenvolvida com justiça e vital para sua plena efetivação a colaboração de todos.

4. RELEVÂNCIA DA FOTAGRAÇÃO EM SÍTIOS DE CRIME

Para a Medicina Legal e Criminalística a fotografia possui aplicações diversas, possibilitando um meio objetivo de expressão. O incremento da fotografia ao trabalho pericial reflete na descrição escrita nos laudos, evidencia pontos de interesse, muitas das vezes, de abrangência complexa para explicação textual, principalmente quando endereçado ao leigo. Serve ainda, de instrumento para o livre convencimento do magistrado, acerca do que é descrito pelos peritos do local examinado, pois não possuem conhecimentos enciclopédicos e das mais variadas áreas de conhecimento, estando limitado a saber o direito, sendo de suma relevância a demonstração visual do que é explicado.

O Perito Criminal, após o término dos trabalhos, terá condições de visualizar num segundo momento as condições do local e com isso, auxiliar na interpretação dos vestígios no momento da elaboração do laudo pericial.

A Polícia Civil de São Paulo, por exemplo, possui entre suas carreiras a figura do Fotógrafo Técnico-Pericial, policial que além de outras atribuições, é o responsável de fotografar os locais de crime, e que por meio dos seus registros perenizará a cenas mais variadas naturezas, como homicídio, suicídio, morte suspeita, roubo, furto, sequestro etc. Por meio de suas fotos há a possibilidade de tirar dúvidas e auxiliar polícia e judiciário a repassarem o local do crime sempre que acharem necessário. Após sua formação pela Academia de Polícia é designado para a Superintendência de Polícia Técnico-Científica, compondo as equipes do Instituto de Criminalística e Instituto Médico Legal. É capacitado e dotado de olhar apurado para auxiliar no levantamento de vestígios, do mesmo modo os elementos de relevância e registrá-los.

O Perito Criminal se valerá das imagens captadas durante os trabalhos periciais para instruir o laudo pericial de forma satisfatória, que posteriormente auxiliará na convicção da autoridade requisitante.

5. CONCLUSÃO

Nesse ponto é de grande relevância demonstrar o papel expressivo que a perícia traz ao convencimento do juiz na busca da verdade real e na solução do litígio, pois ainda que não esteja adstrito aos resultados dos trabalhos dos experts, estes muitas das vezes, elucidam dúvidas quanto a real causa mortis, se a arma do crime possuía efetividade lesiva entre outros aspectos. Para tal propósito, o juiz deverá utilizar todas as técnicas e instrumentos necessários para a conclusão de seu objetivo como poder judiciário que é compor o litígio e dar uma resposta ao conflito.

Por meio das fotografias retiradas de locais, objetos ou corpos, há a possibilidade de reconstruir uma possível forma de como se deram os fatos. Todos estes casos e outros análogos, a fotografia imobiliza a situação e peculiaridades como o perito as encontrou, pois independe da sua memória ou opinião das testemunhas. Além disso, a fotografia serve para demonstrar a inalterabilidade do local fato.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; Távora, Nestor. Curso de Direito Processual Penal. 9ª. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2014.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 11 jan. 2017.

<http://pointdaarte.webnode.com.br/news/a-historia-da-fotografia>

FAMÍLIAS CODEPENDENTES TAMBÉM PRECISAM DE AJUDA

ALINE BEZERRA MARQUES: Graduada em Segurança Pública pela Universidade do Sul de Santa Catarina - UNISUL e pós-graduada em Políticas e Gestão em Segurança Pública pelo Instituto Brasileiro de Educação do Distrito Federal-IBEDF

Resumo: A codependência é uma doença silenciosa que mexe com o íntimo de alguém. O codependente se envolve tanto com a vida do dependente que não percebe sua auto anulação. O presente artigo traz a definição de codependência, sua origem, suas causas e consequências, além de mostrar o que o Estado e a sociedade civil podem fazer para amenizar esse sofrimento.

Palavras-chave: Codependência, doença, sofrimento.

Abstract: The codependency is a silent disease that someone's intimate. The codependent engages both the life of the addict who does not realize their self cancellation. This article provides the definition of codependency, its causes and consequences, and show what the state and civil society can do to soften this suffering.

Keywords: Codependency, disease, suffering.

Sumário: 1. Introdução; 2. Origem; 3. Conceito; 4. As fases da codependência; 4.1 Negação; 4.2 Desespero; 4.3 Controle; 4.4 Exaustão Emocional; 5. Causas e consequências; 6. Direito Constitucional e o papel do Estado; 7. Tratamento; 8. Conclusão; 9. Referências bibliográficas.

1. Introdução

As pessoas que sofrem com a dependência química (álcool e drogas) sofrem com as consequências e com os problemas decorrentes do comportamento. A dependência química é considerada uma doença de múltiplas causas, progressiva, familiar, crônica, incurável, porém tratável. Existem políticas públicas para melhorar ou minimizar a

situação de alguém. Crianças e adolescentes por serem pessoas em desenvolvimento merecem atenção especial através das políticas públicas sociais. Essas políticas têm como alvo principal o dependente químico. Contudo as famílias desses dependentes adoecem junto com eles e, também, precisam de ajuda. É nesse aspecto que há uma falha na elaboração de políticas sociais. O tratamento deve ser sistêmico, pois se a família falhar o usuário falhará também. Por essa ausência de apoio às famílias é que muitas delas se tornam codependentes dos dependentes químicos.

2. Origem

O termo Codependência teve origem nos estudos com a dependência química e foi atribuído aos familiares, partindo do princípio de que os familiares de dependentes químicos também apresentariam uma dependência, não das drogas, mas dependência emocional ou uma preocupação constante e fixa no dependente. Posteriormente, tornou-se claro que não é necessário conviver com um dependente químico para sofrer de dependência emocional.

De início, a descrição deste quadro incluía apenas familiares de pacientes alcoólicos, mas com o tempo o seu significado foi ampliado e atualmente o termo codependência também inclui a conduta de familiares e/ou pessoas significativas que têm um problema de comportamento no relacionamento de intimidade.

3. Conceito

Codependência, Dependência Emocional ou Dependência Afetiva é a incapacidade de manter e nutrir relacionamentos saudáveis com os outros e consigo mesmo, resultando em relacionamentos difíceis, desgastados ou destrutivos. Ela é uma doença que deteriora a alma. Afeta a vida pessoal, familiar, social, os negócios, a carreira, a saúde e o crescimento espiritual. Os codependentes parecem fortes, mas se sentem indefesos. Parecem controladores, mas na realidade são controlados pelos vícios e comportamentos de outras pessoas. Eles não percebem que cuidando excessivamente do outro, ocorre um processo de autoanulação – seus objetivos e necessidades acabam sendo

esquecidos por ele mesmo. Autoanulação, necessidade extrema de controlar e salvar o dependente químico, dependência patológica de cuidar, angústia, ansiedade, pena, culpa, baixa estima, depressão, fobia e compulsão são exemplos de sintomas que os codependentes enfrentam. Os codependentes são, na maior parte dos casos, pais ou cônjuges que vivem em função da pessoa dependente, assumindo e responsabilizando-se por todos os comportamentos desta e preocupando-se excessivamente por seu bem estar.

À medida que a pessoa codependente abandona suas necessidades e objetivos ao longo da vida, ela entra num processo de abandono de si mesma e de autodestruição. Como esse padrão ocorre a longo prazo, normalmente durante vários anos, resulta em muitas perdas – perda do tempo que deveria ter sido investido em si mesmo, em seu lazer, em projetos pessoais, perda de relações que poderiam ter sido saudáveis, perda esperança em resolver o problema do outro. Isso tudo pode desencadear alguns danos para a saúde da pessoa, seja no aspecto físico através de doenças psicossomáticas ou no campo psicológico – normalmente os codependentes apresentam quadros depressivos ou ansiosos acentuados.

A vontade política do poder público para enfrentar o problema deve ser externada através das políticas sociais e dos agentes públicos. A assistência à saúde é um direito constitucional previsto no artigo 196 da Constituição Federal de 1988.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

As pessoas que sofrem com a dependência química (álcool e drogas) sofrem com as consequências e com os problemas decorrentes do comportamento. A dependência química é considerada uma doença de múltiplas causas, progressiva, familiar, crônica, incurável, porém tratável. Existem políticas públicas para melhorar ou minimizar a

situação de alguém. Crianças e adolescentes por serem pessoas em desenvolvimento merecem atenção especial através das políticas públicas sociais. Essas políticas têm como alvo principal o dependente químico. Contudo as famílias desses dependentes adoecem junto com eles e, também, precisam de ajuda. É nesse aspecto que há uma falha na elaboração de políticas sociais. As políticas sociais são voltadas para os dependentes químicos.

A [Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993](#), que dispõe sobre a organização da Assistência Social prevê em seu artigo primeiro o dever do Estado em prestar assistência a população através de ações integradas com os diversos setores da sociedade.

Art. 1º A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.

4. As fases da codependência

Pesquisas mostram os estágios que uma família enfrenta quando se depara com um familiar envolvido com droga.

4.1- Negação

Muitas vezes a família nega que o parente é um dependente químico. Na cabeça dela só os filhos dos outros têm problemas.

4.2- Desespero

Pensamentos como “o que foi que eu fiz de errado?”, “será que briguei de mais na infância?”, “por que está acontecendo comigo?”, “eu deveria ter dado mais atenção” mostram que a família se sente culpada e tenta procurar respostas que, na maioria das vezes, só o dependente sabe responder. A tendência nessa fase é a agressividade e muitas cobranças.

4.3- Controle

No subconsciente da família, ela acredita que pode controlar o dependente químico. Atitudes como controlar as ligações telefônicas, as saídas, verificar mochilas e gavetas e, em casos mais extremos, acorrentar o parente dentro de casa com medo de que ele saia à procura de mais drogas ou com medo dele não voltar mais são exemplos de controles feitos nessa fase.

4.4- Exaustão Emocional

É quando conseguimos encarar o adicto como doente e a dependência como uma doença e paremos de vê-los como um delinquente como também a nossa sociedade o vê. Nessa fase começa-se a busca pelo tratamento. O tratamento deve ser sistêmico, pois se a família falhar o usuário falhará também.

5. Causas e consequências

As causas da codependência são as mais variadas possíveis e vai desde a preocupação com o dependente químico até o, medo de perdê-lo para as drogas.

Sua progressão pode desencadear depressão com pensamentos suicidas, desordens alimentares, abuso de substâncias químicas, violência familiar, relações sexuais extra-conjugais ou promíscuas, emoções ou explosões intensas, hipervigilância, ansiedade, confiança ou negação excessiva e doenças clínicas crônicas.

6. Direito constitucional e o papel do Estado

A saúde e a assistência aos desamparados são direitos sociais expressos na Constituição Federal de 1988 em seu artigo sexto. Os direitos sociais são direitos de segunda geração considerados direitos fundamentais prestacionais. Os direitos sociais são normas programáticas, isso significa que eles são expressos em normas que estabelecem diretrizes, programas para o governo seguir.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à

maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Três princípios circundam os direitos sociais, quais sejam: a reserva do possível, a proibição do retrocesso e mínimo existencial. O primeiro diz que a efetivação desses direitos depende da disponibilidade orçamentária e financeira e da razoabilidade da pretensão. O segundo tem respaldo constitucional nos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil como o “Estado Democrático de Direito” e a “Dignidade da Pessoa Humana”. Este princípio se manifesta de duas formas: 1- Impedindo que o Poder Público venha retirar a regulamentação de algo já concretizado; 2- Autorizando a impetração da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) por omissão e mandado de injunção e até mesmo, em alguns casos, mandado de segurança a fim de se cobrarem providências legislativas e/ou administrativas para a concretização de tais direitos. Por fim, o último explana que é dever do Estado assegurar pelo menos a dignidade humana. Assim, é fato que o Estado não conseguirá concretizar tudo aquilo que deve, mas, pelo menos o mínimo existencial deve se tornar uma relação que se revista de caráter impositivo ao Estado, que se não concretizado, poder-se-á validamente invocar uma intervenção judicial de forma a compelir o poder público.

A CF/1988 é uma Constituição preocupada com as políticas públicas. A chamada "Constituição Cidadã" trouxe diversas normas programáticas em seu corpo que instituem direcionamentos para que o Poder Público alcance os fins sociais. As políticas públicas estão basicamente relacionadas com os direitos de segunda geração (sociais, econômicos e culturais), e derivam dos princípios fundamentais da cidadania, dignidade da pessoa humana, e dos objetivos fundamentais do art. 3º da CF, principalmente os direcionamentos de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, além de promover o bem de todos.

Os direitos sociais para concretizá-los não basta uma norma regulamentadora, mas também ações administrativas neste sentido. É importante lembrar ainda que as políticas públicas, frequentemente,

esbarram na “reserva do possível” (de um lado, a razoabilidade da pretensão individual/social e, de outro, a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas).

Para a concretização das políticas, também é importante a observância de outro conceito conexo ao tema - o do "mínimo existencial" (conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna. Não apenas "sobreviver", mas ter uma vida realmente digna, com suporte físico e intelectual necessário).

A codependência é um problema de saúde pública cabe ao governo em conjunto com a sociedade civil realizar audiências públicas com a finalidade de alocar recursos que são escassos para que os codependentes e, até os dependentes químicos, possam ter um tratamento digno.

7. Tratamento

Assim como no tratamento da dependência química, o codependente somente pode iniciar a modificação de seu relacionamento patológico com o dependente químico a partir do reconhecimento desta compulsão. O codependente precisa perceber e reconhecer que seu relacionamento com o dependente químico é patológico, e que seus esforços em ajudá-lo e protegê-lo estão fadados ao fracasso. Ao tratar a codependência, o familiar perceberá que não é responsável pelo uso de drogas do dependente químico e que a tão desejada sobriedade depende deste. É necessário aprender a abrir mão do dependente químico sem abandoná-lo!

O reconhecimento e tratamento da codependência também é fundamental no tratamento do dependente químico. Em muitos casos o auxílio ao dependente químico inicia com o tratamento dos familiares. E estes, ao compreenderem e tratarem a codependência têm grandes chances de, com uma nova postura, auxiliarem o dependente químico de maneira efetiva. Recomenda-se como tratamento e acompanhamento aos familiares de dependentes químicos a participação em grupos de mútua ajuda, assim como acompanhamento psicológico.

8. Conclusão

Diante do exposto, conclui-se a necessidade de conferir uma especial proteção às vítimas da dependência química, ou seja, o dependente e seus familiares. O Estado precisa buscar avanços nos aspectos relativos à prevenção ao uso de drogas, ao tratamento e à reinserção social dos dependentes químicos. A prioridade deve ser a prevenção, com crianças de quatro a 12 anos, evitando que se abra a porta do mundo das drogas. Nesse sentido, o fortalecimento da escola, com atenção em tempo integral, é um importante aliado. Além disso, a recuperação dos viciados, por meio de entidades vocacionadas para este fim, e a recolocação dessas pessoas de forma produtiva na sociedade são fundamentais para o sucesso na luta contra as drogas.

Importante ressaltar o apoio por parte do governo e das entidades não governamentais aos familiares ou, até mesmo, a pessoa mais próxima do dependente, pois são eles que acabam se tornando codependentes. Governo, entidades governamentais e não governamentais precisam “abraçar” o problema da dependência química para o Brasil enfrentar esse problema social mostrando resultados positivos para a sociedade.

9. Referências bibliográficas

O que é Dependência Emocional ou Codependência? .Disponível em: <http://www.elizabethzamerul.com.br/codependencia.php>. Acesso em: 20 junho 2016.

Codependência (Relações de Dependência).Disponível em: <http://recuperardasdependencias.blogs.sapo.pt/15762.html>. Acesso em: 20 junho 2016.

Gestão de Políticas Públicas. Disponível em:<http://guiadoestudante.abril.com.br/profissoes/administracao-negocios/gestao-politicas-publicas-686422.shtml>. Acesso em: 22 agosto 2016.

Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8742.htm. Acesso em: 27 agosto 2016.

Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 27 agosto 2016.

Gestão de Políticas Públicas. Disponível em: <http://guiadoestudante.abril.com.br/profissoes/administracao-negocios/gestao-politicas-publicas-686422.shtml>. Acesso em: 22 agosto 2016.

Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8742.htm. Acesso em: 27 agosto 2016.

Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 27 agosto 2016.

DA ORDENAÇÃO URBANÍSTICA PARA FINS TURÍSTICOS: PRIMEIRAS PONDERAÇÕES SOBRE O TEMA

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

Resumo: O meio ambiente artificial, também denominado humano, se encontra delimitado no espaço urbano construído, consistente no conjunto de edificações e congêneres, denominado, dentro desta sistemática, de espaço urbano fechado, bem como pelos equipamentos públicos, nomeados de espaço urbano aberto. Cuida salientar, ainda, que o meio-ambiente artificial alberga, ainda, ruas, praças e áreas verdes. Trata-se, em um primeiro contato, da construção pelo ser humano nos espaços naturais, isto é, uma transformação do meio-ambiente natural em razão da ação antrópica, dando ensejo à formação do meio-ambiente artificial. Além disso, pode-se ainda considerar alcançado por essa espécie de meio-ambiente, o plano diretor municipal e o zoneamento urbano. Nesta esteira, o parcelamento urbanístico do solo tem por escopo efetivar o cumprimento das funções sociais da sociedade, fixando regramentos para melhor aproveitamento do espaço urbano e, com isso, a obtenção da sadia qualidade de vida, enquanto valor agasalhado pelo princípio do meio ecologicamente equilibrado, preceituado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Ora, não se pode olvidar que o meio-ambiente artificial é o local, via de regra, em que o ser humano se desenvolve, enquanto indivíduo sociável, objetivando-se a sadia qualidade de vida nos espaços habitados.

Palavras-chaves: Meio Ambiente Artificial. Plano Diretor Urbano. Estatuto das Cidades. Turismo.

Sumário: 1 Ponderações Introdutórias: A construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito; 2 Comentários à concepção de Meio Ambiente; 3 Ponderações ao Meio Ambiente Artificial: Introdução à Ambiência do Homem Contemporâneo; 4 Objetivo da Política de Desenvolvimento Urbano; 5 As Cidades Sustentáveis como Paradigma perseguido pelo Estatuto das Cidades: A Ambiência Urbana Contemporânea e seus matizes como o Meio Ambiente Artificial; 6 Da Ordenação Urbanística para Fins Turísticos: Primeiras Ponderações sobre o Tema

Ponderações Introdutórias: A 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 a ênfase reclamada, 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.

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, com cores quentes, 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 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, 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 coloca em destaque que:

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].

Ora, é conveniente anotar que os direitos inseridos sob a rubrica *terceira dimensão* assenta seus feixes principiológicos na promoção e difusão da solidariedade. Ao lado disso, não é possível olvidar que tal sedimento ideológico volta-se para a espécie humana na condição de coletividade, superando a tradicional ótica que privilegia o aspecto individual do ser humano. Ademais, segundo o magistério de Paulo Bonavides, “*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 Federal 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. 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 de 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 aceção conceitual de meio ambiente, coloca em destaque que tal tema se assenta em um ideário jurídico indeterminado, incumbindo, ao intérprete das leis, promover o seu preenchimento. Dada à fluidez do tema, é possível colocar em evidência que o meio ambiente encontra íntima e umbilical relação com os componentes que cercam o ser humano, os quais são de imprescindível relevância para a sua existência. O Ministro Luiz Fux, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº. 4.029/, salientou, com bastante pertinência, que:

(...) o meio ambiente é um conceito hoje geminado com o de saúde pública, saúde de cada indivíduo, sadia qualidade de vida, diz a Constituição, é por isso que estou falando de saúde, e

hoje todos nós sabemos que ele é imbricado, é conceitualmente geminado com o próprio desenvolvimento. Se antes nós dizíamos que o meio ambiente é compatível com o desenvolvimento, hoje nós dizemos, a partir da Constituição, tecnicamente, que não pode haver desenvolvimento senão com o meio ambiente ecologicamente equilibrado. A geminação do conceito me parece de rigor técnico, porque salta da própria Constituição Federal[12].

É denotável, desta sorte, que a constitucionalização do meio ambiente no Brasil viabilizou um verdadeiro salto qualitativo, no que concerne, especificamente, às normas de proteção ambiental. Tal fato decorre da premissa que os robustos corolários e princípios norteadores foram alçados ao patamar constitucional, assumindo colocação eminente, ao lado das liberdades públicas e dos direitos fundamentais. Superadas tais premissas, aprovou o Constituinte, ao entalhar a Carta Política Brasileira, ressoando os valores provenientes dos direitos de terceira dimensão, insculpir na redação do artigo 225, conceder amplo e robusto respaldo ao meio ambiente como pilar integrante dos direitos fundamentais. *“Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, as normas de proteção ambiental são alçadas à categoria de normas constitucionais, com elaboração de capítulo especialmente dedicado à proteção do meio ambiente”*[13]. Nesta toada, ainda, é observável que o *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988[14] está abalizado em quatro pilares distintos, robustos e singulares que, em conjunto, dão corpo a toda tábua ideológica e teórica que assegura o substrato de edificação da ramificação ambiental.

Primeiramente, em decorrência do tratamento dispensado pelo artífice da Constituição Federal, o meio ambiente foi içado à condição de direito de todos, presentes e futuras gerações. É encarado como algo pertencente a toda coletividade, assim, por esse prisma, não se admite o emprego de qualquer distinção entre brasileiro nato, naturalizado ou estrangeiro, destacando-se, sim, a necessidade de preservação, conservação e não-poluição. O artigo 225, devido ao cunho de direito

difuso que possui, extrapola os limites territoriais do Estado Brasileiro, não ficando centrado, apenas, na extensão nacional, compreendendo toda a humanidade. Neste sentido, o Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ, destacou que:

A preocupação com o meio ambiente - que hoje transcende o plano das presentes gerações, para também atuar em favor das gerações futuras (...) tem constituído, por isso mesmo, objeto de regulações normativas e de proclamações jurídicas, que, ultrapassando a província meramente doméstica do direito nacional de cada Estado soberano, projetam-se no plano das declarações internacionais, que refletem, em sua expressão concreta, o compromisso das Nações com o indeclinável respeito a esse direito fundamental que assiste a toda a Humanidade[15].

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

ou sociedade de economia mista. Impera, também, evidenciar que, como um direito difuso, não subiste a possibilidade de quantificar quantas são as pessoas atingidas, pois a poluição não afeta tão só a população local, mas sim toda a humanidade, pois a coletividade é indeterminada. 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.

Com a nova sistemática entabulada pela redação do artigo 225 da Carta Maior, o meio-ambiente passou a ter autonomia, tal seja não está vinculada a lesões perpetradas contra o ser humano para se agasalhar das reprimendas a serem utilizadas em relação ao ato perpetrado. Figura-se, *ergo*, como bem de uso comum do povo o segundo pilar que dá corpo aos sustentáculos do tema em tela. O axioma a ser esmiuçado, está atrelado o meio-ambiente como vetor da sadia qualidade de vida, ou seja, manifesta-se na salubridade, precipuamente, ao vincular a espécie humana está se tratando do bem-estar e condições mínimas de existência. Igualmente, o sustentáculo em análise se corporifica também na higidez, ao cumprir os preceitos de ecologicamente equilibrado, salvaguardando a vida em todas as suas formas (diversidade de espécies). Por derradeiro, o quarto pilar é a corresponsabilidade, que impõe ao Poder Público o dever geral de se responsabilizar por todos os elementos que integram o meio ambiente, assim como a condição positiva de atuar em prol de resguardar. Igualmente, tem a obrigação de atuar no sentido de zelar, defender e preservar, asseverando que o meio-ambiente permaneça intacto. Aliás, este último se diferencia de conservar que permite a ação antrópica, viabilizando melhorias no meio ambiente, trabalhando com as premissas de desenvolvimento sustentável, aliando progresso e conservação. Por seu turno, o cidadão tem o dever negativo, que se apresenta ao não poluir nem agredir o meio-ambiente com sua ação. Além disso, em razão da referida corresponsabilidade, são titulares do meio ambiente os cidadãos da presente e da futura geração.

Em tom de arremate, é possível destacar que a incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresarias

nem manter dependência de motivações de âmbito essencialmente econômico, notadamente quando estiver presente a atividade econômica, considerada as ordenanças constitucionais que a norteiam, estando, dentre outros corolários, subordinadas ao preceito que privilegia a defesa do meio ambiente, 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. O corolário do desenvolvimento sustentável, além de estar impregnando de aspecto essencialmente constitucional, encontra guarida legitimadora em compromissos e tratados internacionais assumidos pelo Estado Brasileiro, os quais representam fator de obtenção do justo equilíbrio entre os reclamos da economia e os da ecologia, porém, a invocação desse preceito, quando materializada situação de conflito entre valores constitucionais e proeminentes, a uma condição inafastável, cuja observância não reste comprometida nem esvaziada do aspecto essencial de um dos mais relevantes direitos fundamentais, qual seja: 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.

3 Ponderações ao Meio Ambiente Artificial: Introdução à Ambiência do Homem Contemporâneo

O meio ambiente artificial, também denominado humano, se encontra delimitado no espaço urbano construído, consistente no conjunto de edificações e congêneres, denominado, dentro desta sistemática, de espaço urbano fechado, bem como pelos equipamentos públicos, nomeados de espaço urbano aberto, como tão bem salienta Fiorillo[16]. Cuida salientar, ainda, que o meio-ambiente artificial alberga, ainda, ruas, praças e áreas verdes. Trata-se, em um primeiro contato, da construção pelo ser humano nos espaços naturais, isto é, uma transformação do meio-ambiente natural em razão da ação antrópica, dando ensejo à formação do meio-ambiente artificial. Além disso, pode-se ainda considerar alcançado por essa espécie de meio-ambiente, o plano diretor municipal e o zoneamento urbano. É possível ilustrar as ponderações estruturadas utilizando o paradigmático entendimento jurisprudencial que direciona no sentido que:

Ementa: Administrativo. Conflito negativo de competência. Ação civil pública. Propaganda eleitoral. Degradação do meio ambiente. Ausência de matéria eleitoral. Competência da Justiça Estadual. [...] 4. A pretensão ministerial na ação civil pública, voltada à tutela ao meio ambiente, direito transindividual de natureza difusa, consiste em obrigação de fazer e não fazer e, apesar de dirigida a partidos políticos, demanda uma observância de conduta que extravasa período eleitoral, apesar da maior incidência nesta época, bem como não constitui aspecto inerente ao processo eleitoral. 5. A ação civil pública ajuizada imputa conduta tipificada no art. 65 da Lei 9.605/98 em face do dano impingido ao meio ambiente, no caso especificamente, artificial, formado pelas edificações, equipamentos urbanos públicos e comunitários e todos os assentamentos de reflexos urbanísticos, conforme escólio do Professor José Afonso da Silva. Não visa delimitar condutas regradadas pelo direito eleitoral; visa tão somente a tutela a meio ambiente almejando assegurar a função social da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, nos termos do art. 182 da Constituição Federal. 6. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de Maceió - AL, ora suscitado. (Superior Tribunal de Justiça – Primeira Seção/ CC 113.433/AL/ Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima/ Julgado em 24.08.2011/ Publicado no DJe em 19.12.2011).

Ementa: Processual civil e administrativo. Ação civil pública. Praças, jardins e parques públicos. Direito à cidade sustentável. Art. 2º, incisos I e IV, d Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade). Doação de bem imóvel municipal de uso comum à União para

construção de agência do INSS. Desafetação. Competência. Inaplicabilidade da súmula 150/STJ. Exegese de normas locais (Lei Orgânica do Município de Esteio/RS). [...] 2. Praças, jardins, parques e bulevares públicos urbanos constituem uma das mais expressivas manifestações do processo civilizatório, porquanto encarnam o ideal de qualidade de vida da cidade, realidade físico-cultural refinada no decorrer de longo processo histórico em que a urbe se viu transformada, de amontoado caótico de pessoas e construções toscas adensadas, em ambiente de convivência que se pretende banhado pelo saudável, belo e aprazível. 3. Tais espaços públicos são, modernamente, objeto de disciplina pelo planejamento urbano, nos termos do art. 2º, IV, da Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade), e concorrem, entre seus vários benefícios supraindividuais e intangíveis, para dissolver ou amenizar diferenças que separam os seres humanos, na esteira da generosa acessibilidade que lhes é própria. Por isso mesmo, fortalecem o sentimento de comunidade, mitigam o egoísmo e o exclusivismo do domínio privado e viabilizam nobres aspirações democráticas, de paridade e igualdade, já que neles convivem os multifacetários matizes da população: abertos a todos e compartilhados por todos, mesmo os "indesejáveis", sem discriminação de classe, raça, gênero, credo ou moda. 4. Em vez de resíduo, mancha ou zona morta - bolsões vazios e inúteis, verdadeiras pedras no caminho da plena e absoluta explorabilidade imobiliária, a estorvarem aquilo que seria o destino inevitável do adensamento -, os espaços públicos urbanos cumprem, muito ao contrário, relevantes funções de caráter social (recreação cultural e esportiva), político (palco de manifestações e protestos populares), estético

(embelezamento da paisagem artificial e natural), sanitário (ilhas de tranquilidade, de simples contemplação ou de escape da algazarra de multidões de gente e veículos) e ecológico (refúgio para a biodiversidade local). Daí o dever não discricionário do administrador de instituí-los e conservá-los adequadamente, como elementos indispensáveis ao direito à cidade sustentável, que envolve, simultaneamente, os interesses das gerações presentes e futuras, consoante o art. 2º, I, da Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade). [...] 8. Recurso Especial não provido. (Superior Tribunal de Justiça – Segunda Turma/ REsp 1.135.807/RS/ Relator: Ministro Herman Benjamin/ Julgado em 15.04.2010/ Publicado no DJe em 08.03.2012)

O domínio em apreço é caracterizado por ser fruto da interferência humana, logo, *“aquele meio-ambiente trabalhado, alterado e modificado, em sua substância, pelo homem, é um meio-ambiente artificial”* [17]. Como robusto instrumento legislativo de tutela do meio ambiente artificial, pode-se citar a Lei Nº. 10.257, de 10 de Julho de 2001 [18], que regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências, conhecido como “Estatuto da Cidade”, estabelece os regramentos e princípios influenciadores da implementação da política urbana. Nesta esteira, cuida trazer à colação o entendimento firmado por Fiorillo, em especial quando destaca que o diploma legislativo em apreço *“deu relevância particular, no âmbito do planejamento municipal, tanto ao plano diretor (art. 4º, III, a, bem como arts. 39 a 42 do Estatuto) como à disciplina do parcelamento, uso e ocupação do solo”* [19].

Com efeito, um dos objetivos da política de desenvolvimento urbano previsto no artigo 182 da Constituição Federal [20], são as funções sociais da cidade, que se realizam quando se consegue propiciar ao cidadão qualidade de vida, com

concretização dos direitos fundamentais, e em consonância com o que disciplina o artigo 225 da Carta Magna, que garante a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. E as funções sociais da cidade se concretizam quando o Poder Público consegue dispensar ao cidadão o direito à habitação, à livre circulação, ao lazer e ao trabalho. Ora, *“dado ao conteúdo pertinente ao meio ambiente artificial, este em muito relaciona-se à dinâmica das cidades. Desse modo, não há como desvinculá-lo do conceito de direito à sadia qualidade de vida”*^[21], tal como o direito à satisfação dos valores da dignidade humana e da própria vida.

Nesta esteira, o parcelamento urbanístico do solo tem por escopo efetivar o cumprimento das funções sociais da sociedade, fixando regramentos para melhor aproveitamento do espaço urbano e, com isso, a obtenção da sadia qualidade de vida, enquanto valor agasalhado pelo princípio do meio ecologicamente equilibrado, preceituado na Carta de 1988. Neste sentido, colacionar se faz premente o entendimento jurisprudencial que:

Ementa: Apelação Cível. Direito Público. Município de Caxias do Sul. Planejamento Urbanístico. Estatuto da Cidade. Plano Diretor. Código de Posturas Municipal. Construção de Passeio Público. Meio Ambiente Artificial. O passeio público deve estar em conformidade com a legislação municipal, sobretudo com o Código de Posturas do Município e o Plano Diretor. Tal faz parte da política de desenvolvimento municipal, com o adequado planejamento e controle do uso, parcelamento e ocupação do solo urbano, nos exatos termos em que disciplina a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional que regulamenta a matéria. A prova pericial carreada aos autos demonstra a total viabilidade de adequação do passeio público de frente à residência dos

autores, não se podendo admitir que eventual prejuízo causado aos demais réus, moradores vizinhos, que utilizam a área para acesso à sua residência, venha a ser motivo para a não regularização da área, de acordo com o planejamento municipal em termos de desenvolvimento urbano. Eventual desgaste entre os autores e seus vizinhos deverá ser resolvido em demanda própria que não esta. Se os vizinhos dos demandantes utilizam o passeio público em frente à residência dos autores como entrada de suas casas, terão que deixar de fazê-lo e também se adequarem ao que disciplina a lei. O que não pode é o Município ser proibido de fiscalizar e de fazer cumprir com legislação que é, ou deveria ser, aplicável a todos. Recurso Provido. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Primeira Câmara Cível/ Apelação Cível Nº 70038560991/ Relator: Desembargador Carlos Roberto Lofego Canibal/ Julgado em 11.05.2011).

Ementa: Administrativo. Poluição Visual. Propaganda em meio aberto (frontlights, moving signs, outdoors). Ilegalidade. 1. Cabe ao Município regular e policiar a propaganda em meio aberto, seja qual for o veículo (frontlights, moving signs, outdoors), pois tal atividade é altamente nociva ao meio ambiente artificial e, no caso da cidade de Porto Alegre, provocou grosseira poluição visual, de acordo com a prova técnica. É necessária prévia licença para expor propaganda no meio aberto e a prova revelou que as empresas exploradoras dessa atividade econômica não se ocuparam em cumprir a lei. Demonstrado o dano ao meio ambiente, devem os responsáveis indenizá-lo,

fixando-se o valor da reparação pecuniária em valor módico. Por outro lado, mostra-se prematura a fixação de multa ante a necessidade de examinar caso a caso as hipóteses de remoção na execução. 2. Apelações das rés desprovidas e apelação do município provida em parte. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Quarta Câmara Cível/ Apelação Cível Nº 70011527215/ Relator: Desembargador Araken de Assis/ Julgado em 30.11.2005).

Assim, é plenamente possível traçar um íntimo liame entre o conceito de cidade e os próprios paradigmas integrantes do meio-ambiente artificial. Ora, não se pode olvidar que o meio-ambiente artificial é o local, via de regra, em que o ser humano se desenvolve, enquanto indivíduo sociável, objetivando-se a sadia qualidade de vida nos espaços habitados. Deste modo, temas como a poluição sonora ou mesmo visual se revelam dotados de grande relevância, eis que afetam ao complexo equilíbrio existentes no meio-ambiente urbano, prejudicando, direta ou indiretamente, a saúde, a segurança e o bem-estar da população, tal como a criar condições adversas às atividades dotadas de cunho social e econômico ou mesmo afetando as condições estéticas ou sanitárias em que são estabelecidas.

4 Objetivo da Política de Desenvolvimento Urbano:

Inicialmente, cuida anotar que o meio ambiente artificial não está disciplinado tão somente na redação do artigo 225 da Constituição Federal[22], mas sim é regido por múltiplos dispositivos dentre os quais o artigo 182 do Texto Constitucional, que disciplina a política urbana, desempenha papel proeminente no tema em comento. Nesta toada, é possível evidenciar que o meio ambiente recebe uma tutela mediata e imediata. *“Tutelando de forma mediata, revela-se o art. 225 da Constituição Federal, em que encontramos uma proteção geral ao meio ambiente. Imediatamente, todavia, o meio ambiente artificial recebe tratamento jurídico no art. 182 do mesmo diploma”*[23]. Salta aos olhos,

deste modo, que o conteúdo atinente ao meio ambiente artificial está umbilicalmente atrelado à dinâmica das cidades, não sendo possível, por consequência, desvincula-lo da sadia qualidade de vida, tal como a satisfação dos valores estruturantes da dignidade humana e da própria existência do indivíduo. A política urbana afixa como preceito o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, sendo esta observada na satisfação dos axiomas alocados nos artigos 5º e 6º da Carta da República Federativa do Brasil de 1988[24]. Ora, sobreleva ponderar que a função social da cidade é devidamente materializada quando esta proporciona a seus habitantes o direito à vida, à segurança, à igualdade, à propriedade e à liberdade, tal como assegura a todos um piso vital mínimo, abrangendo os direitos sociais à educação, à saúde, ao lazer, ao trabalho, à previdência social, à maternidade, à infância, à assistência aos desamparados, dentre outros insertos na redação do artigo 6º do Texto Constitucional vigente.

Com efeito, não se pode olvidar que o pleno desenvolvimento reclama uma participação municipal intensa, consoante estabelece a redação do inciso VIII do artigo 30 da Constituição Federal[25], *“que atribui ao Município a competência de promover o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano”*[26], tal como estabelecendo competência suplementar residual. Em um aspecto mais amplo, é possível destacar que a função social da cidade é devidamente atendida quando propicia a seus habitantes uma vida com qualidade, satisfazendo os direitos fundamentais, mantendo harmonia com os feixes axiomáticos irradiados pelo artigo 225 da Carta de 1988. Nesta perspectiva, é possível destacar que uma cidade só cumpre a sua função social quando possibilita aos seus habitantes uma moradia digna, incumbindo o Poder Público, por conseguinte, proporcionar condições de habitação adequada e fiscalizar sua ocupação. Tais ponderações são, ainda mais, robustecidas ao se verificar que a Constituição Federal, em seus artigos 183[27] e 191[28], consagrou modalidades especiais de usucapião urbano e rural. *“Outra função importante da cidade é permitir a livre e tranquila circulação, através de um adequado sistema da rede viária e de transportes, contribuindo com a melhoria dos transportes coletivos”*[29]. O tema em debate recebe ainda mais realce nos grandes centros urbanos, porquanto o

trânsito caótico se apresenta como um óbice à livre e adequada circulação. Além disso, para uma cidade cumprir a sua função social é imprescindível que destine áreas ao lazer e à recreação, edificando praças e implementando áreas verdes. Incumbe, ainda, à cidade viabilizar o desenvolvimento de atividades laborativas, produzindo reais possibilidades de trabalho aos seus habitantes, com o escopo de assegurar a existência de condições econômicas destinadas à realização do consumo de produtos e serviços fundamentais para a existência da pessoa humana, bem como da ordem econômica estabelecida no país.

5 As Cidades Sustentáveis como Paradigma perseguido pelo Estatuto das Cidades: A Ambiência Urbana Contemporânea e seus matizes como o Meio Ambiente Artificial

Agasalhado nas ponderações articuladas alhures, é verificável que o Estatuto das Cidades, na condição de lei que ambiciona o equilíbrio ambiental na órbita das cidades, estabeleceu a garantia do direito a cidades sustentáveis, colocando-a como diretriz geral entalhada na redação do artigo 2º, inciso I, da Lei Nº. 10.257, de 10 de Julho de 2001[30], que regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Desta feita, “os direitos enumerados no art. 2º, I, do Estatuto da Cidade, garantidos também pela Lei n. 10.257/2001, têm caráter metaindividual, sendo tutelados não só pelo próprio Estatuto da Cidade como particularmente pelas Leis n. 7.347/85 e 8.078/90”[31].

Nesta seara, a garantia do direito a cidades sustentáveis significa, por extensão, importante diretriz destinada a nortear a política do desenvolvimento urbano em proveito da dignidade da pessoa humana e seus destinatários, compreendendo-se os brasileiros e os estrangeiros residentes no território nacional, a ser executada pelo Poder Público municipal, dentro da denominada tutela dos direitos materiais metaindividuais. Decorre de tal ideário a necessidade de estabelecer-se o conteúdo de cada um dos direitos que edificam a garantia do direito a cidades sustentáveis, no viés de adotar posição clara diante da defesa em decorrência de episódica lesão ou ameaça a esse rol de importantes componentes constituintes do meio ambiente artificial. Há que se destacar que se trata, como feito, de diretriz geral vinculada aos objetivos da política urbana estabelecida como patamar de

direitos metaindividuais destinados a brasileiros e estrangeiros residentes no território nacional, a partir de uma perspectiva de tutela do meio ambiente artificial, objetivando realizar os objetivos contidos na Lei Nº. 10.257, de 10 de Julho de 2001[32], que regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências.

Com clareza solar, é perceptível que apenas por meio dos instrumentos da política urbana, estabelecida no Estatuto das Cidades, que será possível a concreção da gama de direitos agasalhados em seu âmago, afigurando, neste aspecto, proeminente a gestão orçamentária participativa alçada ao status de importante instituto econômico orientado a viabilizar recursos financeiros para que cada cidade possa estruturar seu desenvolvimento pautado na sustentabilidade em face não apenas de suas necessidades, mas também de suas possibilidades. Estabelecido em decorrência da estruturação do direito ambiental constitucional, como bem afiança Fiorillo, “a garantia do direitos a cidades sustentáveis em nada se vincula com superados conceitos de direito administrativo que teimam em compreender as cidades como ‘abstrações’ única e exclusivamente formais adaptadas ao ‘princípio da legalidade’”[33].

Desta feita, harmonizando-se com os alicerces estruturantes do Estado Democrático do Direito, é possível colocar em destaque que a diretriz geral que consagra a garantia do direito a cidades sustentáveis propiciará a todos os brasileiros e estrangeiros residentes em território nacional uma tutela mais adequada do equilíbrio ambiental. Com efeito, trata-se de paradigma jurídica impregnado de aspectos de solidariedade, bem como de valores provenientes do meio ambiente ecologicamente equilibrado, içado à condição de princípio fundamental que viabiliza a materialização da dignidade da pessoa humana. Ao lado disso, denota-se que o Estatuto das Cidades, na condição de diploma inspirado pelos valores consagrados pela nova ordem inaugurada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, objetiva a materialização de uma nova realidade na qual seja possível conjugar a urbanização com o meio ambiente, de modo a obter núcleos urbanos sustentáveis e sensíveis aos elementos primordiais para se alcançar a materialização do superprincípio da dignidade da pessoa humana.

6 Da Ordenação Urbanística para Fins Turísticos: Primeiras Ponderações sobre o Tema

Em sede de ponderações introdutórias, é importante pontuar que o fenômeno turístico é manifestado pelo deslocamento de pessoas para lugares que lhes proporcionem especial atração de beleza, lazer, divertimento, comodidades e repouso. Como bem aponta Silva^[34], a proeminência econômica do fenômeno vindica a necessidade de estabelecer uma política nacional de turismo, cujo escopo está assentado em democratizar e propiciar o acesso ao turismo no País, em todos os segmentos populacionais, reduzir as disparidades sociais e econômicas de ordem regional, promovendo a inclusão social pelo crescimento da oferta de trabalho e melhor distribuição de renda, ampliar os fluxos turísticos, a permanência e o gasto médio dos turistas nacionais e estrangeiros no País, estimular a criação, a consolidação e a difusão dos produtos e destinos turísticos brasileiros, promover, descentralizar e regionalizar o turismo, desenvolver, ordenar e promover os diversos segmentos turísticos, implementar o inventário do patrimônio turístico nacional, atualizando-o regularmente e estabelecer padrões e normas de qualidade, eficiência e segurança na prestação de serviço por parte dos operadores, empreendimentos e equipamentos turísticos. Ao lado disso, dentre os aspectos associados ao desenvolvimento do turismo, cuida destacar a preparação urbanística daqueles locais de vocação turística, eis que dotados de atrativos especiais, culturais ou naturais, que despertam o interesse dos turistas. Justamente, em tal liame que urbanismo e turismo se entrelaçam, uma vez que pela atuação daquele condicionam-se bens, áreas e locais, adequando-os ao desenvolvimento do segundo.

Ao lado disso, é da experiência cotidiana que as cidades históricas, os monumentos artísticos, arqueológicos e pré-históricos, as paisagens notáveis, os lugares de particular beleza, as reservas e estações ecológicas, as localidades e os acidentes naturais adequados ao repouso e à prática de atividades recreativas, desportivas ou de lazer exercem especial atração turística, sendo que todos esses bens passam a gozar de proteção, sendo, para tanto, considerados como dotados de *interesse turístico*. Silva^[35] vai apontar que, em razão do burilado, os planos e os programas turísticos deverão conter, obrigatoriamente, as normas que

devem ser observadas para assegurar a preservação, restauração, recuperação ou valorização, conforme o caso concreto, do patrimônio cultural ou natural existente, assim como dos aspectos sociais que lhe forem inerentes. Afora isso, há que reconhecer que é a interação entre turismo e urbanismo, de modo que aquele contribui para o desenvolvimento desse, porquanto sem o segundo não ocorrerá o adequado avanço do primeiro.

Nesta linha de exposição, ainda, cuida aludir as *áreas especiais de interesse turístico* são descritas como trechos contínuos do território nacional, compreendendo suas águas territoriais, a serem preservados e valorizados no sentido cultural e natural, e destinados à realização de planos e projetos de desenvolvimento turístico. Ademais, são caracterizadas juridicamente instituídas por meio de decreto do Poder Executivo Federal em atendimento a proposta do Conselho Nacional de Turismo. Após serem transformadas em instituição jurídica no modo indicado, passarão a ser objeto de plano e programa especiais de urbanismo, com fins turísticos, classificadas em duas categoriais, quais sejam: prioritário e de reserva.

Neste talvegue, oportunamente, as áreas especiais de interesse turístico prioritário são aquelas dotadas de elevada potencialidade turística e que devam ou possam ser objeto de planos e programas de desenvolvimento do turismo, em decorrência de: (i) ocorrência ou iminência de expressivos fluxos de turistas e visitantes; (ii) existência de infraestrutura turística e urbana satisfatória ou, ainda, possibilidade de sua implementação; (iii) necessidade de realização de planos e projetos de preservação ou recuperação dos locais de interesse turístico nelas incluídos; (iv) realização presente ou iminente de obras públicas ou privadas que permitam ou assegurem o acesso à área ou a criação de infraestrutura aludida no item “ii”; (v) conveniência de prevenir ou corrigir eventuais distorções do uso do solo causadas pela realização presente ou iminente de obras públicas ou privadas, ou pelo parcelamento e ocupação do solo. Por sua vez, serão reconhecidas como *de reserva turística* as áreas de elevada potencialidade turística cujo aproveitamento deve ficar na dependência: (i) da implantação dos equipamentos de

infraestrutura indispensáveis; (ii) da efetivação de medidas que assegurem a preservação do equilíbrio ambiental e a proteção ao patrimônio cultural e natural ali existente; (iii) de providências que permitam regular, de maneira compatível com o item anterior, os fluxos de turistas e visitantes e as atividades, as obras e os serviços permissíveis^[36].

Por derradeiro, cuida salientar que os locais de interesse turístico compreendem trechos do território nacional, compreendidos ou não em áreas especiais de interesse turístico, destinados, em decorrência de sua adequação, ao desenvolvimento de atividades turísticas e à realização de projetos específicos, que abarquem: (i) bens não sujeitos a regime específico de proteção; (ii) os respectivos entornos de proteção e ambientação. Quadra sublinhar que *por entorno de proteção* entende-se o espaço físico necessário ao acesso do público ao local de interesse turístico e à sua conservação, manutenção e valorização; já *por entorno de ambientação* compreende-se o espaço físico imprescindível à harmonização do local de interesse turístico com a paisagem em que se situar.

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 25 dez. 2015.

_____. **Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 25 dez. 2015.

_____. **Lei Nº. 10.257, de 10 de Julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em: 25 dez. 2015.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: .
Acesso em 25 dez. 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: .
Acesso em 25 dez. 2015.

_____. **Tribunal Regional Federal da Primeira
Região**. Disponível em: . Acesso em 25 dez. 2015.

_____. **Tribunal Regional Federal da Segunda
Região**. Disponível em: . Acesso em 25 dez. 2015.

BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, a. 5, n. 968. Disponível em: .
Acesso em 25 dez. 2015.

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

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 25 dez. 2015.

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

_____. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 7 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2012

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 25 dez. 2015.

NOTAS:

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: . Acesso em 25 dez. 2015.

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ago. 2009. Disponível em: . Acesso em 25 dez. 2015.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: . Acesso em 25 dez. 2015.

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

[6] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 25 dez. 2015.

[7] 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 25 dez. 2015.

[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: . Acesso em 25 dez. 2015.

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

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

[12] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade 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 25 dez. 2015.

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

[14] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 25 dez. 2015: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

[15] 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 25 dez. 2015.

[16] FIORILLO, 2012, p. 79.

[17] 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 25 dez. 2015.

[18] BRASIL. **Lei Nº. 10.257, de 10 de Julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em: 25 dez. 2015..

[19] FIORILLO, 2012, p. 467.

[20] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em: 25 dez. 2015..

[21] FIORILLO, 2012, p. 549.

[22] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em: 25 dez. 2015..

[23] FIORILLO, 2012, p. 549.

[24] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em: 25 dez. 2015.

[25] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em: 25 dez. 2015. “**Art. 30**. Compete aos Municípios: [omissis] **VIII** - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano”.

[26] FIORILLO, 2012, p. 550.

[27] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em: 25 dez. 2015. “**Art. 183.** Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural”.

[28] Ibid. “**Art. 191.** Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade”

[29] FIORILLO, 2012, p. 550.

[30] BRASIL. **Lei Nº. 10.257, de 10 de Julho de 2001.** Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em: 25 dez. 2015.

[31] FIORILLO, 2012, p. 564.

[32] BRASIL. **Lei Nº. 10.257, de 10 de Julho de 2001.** Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em: 25 dez. 2015.

[33] FIORILLO, 2012, p. 580.

[34] SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro.** 7 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 387.

[35] SILVA, 2012, p. 388.

[36] SILVA, 2012, p. 388.

CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

TADEU FURTADO DE OLIVEIRA ALVES: Graduado em Administração de Empresas pela Faculdade Leão Sampaio (2008) e em Direito pela Universidade Regional do Cariri (2013); Analista Judiciário e Assessor de Magistrado na Vara Regional da Infância e Juventude de Afogados da Ingazeira/PE.

RESUMO: Esse breve trabalho tem por escopo descortinar um pouco a grande controvérsia acerca da definição e do alcance terminológico daquilo que tem sido aclamado como Direitos Humanos Fundamentais, bem como tratando sobre relevantes características que o cerca. Realizou-se busca bibliográfica observando as contribuições trazidas por diversos autores como Gilmar Ferreira Mendes, Pedro Lenza, Alexandre de Moraes, dentre outros. Procurou-se enfatizar a necessária de ser utilizar os termos técnicos de forma correta no âmbito da ciência jurídica, atentando-se para todas as suas características mais importantes. Conclui-se, portanto, pela essencial construção semântica daquilo que venha a ser os direitos humanos fundamentais, bem como demonstrando algumas das características que o cercam.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direitos Fundamentais. Conceituação. Características.

ABSTRACT: This brief work is intended to unveil a bit the great controversy about the definition and terminological scope of what has been hailed as Fundamental Human Rights, as well as dealing with relevant characteristics that surround it. A bibliographic search was carried out observing the contributions brought by several authors such as Gilmar Ferreira Mendes, Pedro Lenza, Alexandre de Moraes, among others. It was tried to emphasize the necessity of being use the technical terms of correct form in the scope of the juridical science, paying attention to all its most important characteristics. It concludes, therefore, by the essential semantic construction of what will become fundamental human rights, as well as demonstrating some of the characteristics that surround it.

Keywords: Constitutional Law. Fundamental rights. Conceptualization. Characteristics.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Conceito dos Direitos Humanos Fundamentais; 3. Características dos Direitos Humanos Fundamentais: 3.1. Universais e Absolutos; 3.2. Historicidade; 3.3. Inalienabilidade/Indisponibilidade; 3.4. Constitucionalização; 3.5. Vinculação dos Poderes Públicos: 3.5.1. Vinculação do Poder Legislativo; 3.5.2. Vinculação do Poder Executivo; 3.5.3. Vinculação do Poder Judiciário; 3.6. Aplicação Imediata; 3.7. Outras Características; 4. Conclusão; 5. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Os direitos humanos fundamentais, com o advento do constitucionalismo, ganharam extrema relevância no âmbito do normativo. A supremacia da constituição de Hans Kelsen aliada à força normativa da constituição de Konrad Hesse foram pilares fundamentais para sobrelevar essa importância .

Contudo, mesmo com tanto destaque ainda parece haver confusão entre os aplicadores do direito acerca da conceituação do que seja um direito humano fundamental, bem como a sua diferenciação entre termos análogos. Também deve-se ressaltar que, mesmo ciente da conceituação dos direitos humanos fundamentais, ainda há dúvidas e confusões acerca de suas características.

É de suma importância traçar uma conceituação científica e delimitada sobre instituto de tão singular importância, quiçá preponderância, para todos os demais institutos normativos infraconstitucionais.

O desconhecimento do alcance conceitual e das características que regem os direitos humanos fundamentais implicam severo prejuízo aos jurisdicionados. A incerteza acerca dos seus direitos ou a contradição

entre os diversos aplicadores revela uma imperdoável quebra de isonomia e descrédito acerca da jurisdição.

Assim, o presente estudo tem por objeto ajudar aos aplicadores do direitos e aos jurisdicionados a melhor delimitar o que vem a ser um direito humano fundamental e quais as características que o circundam.

2. CONCEITO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

A expressão “direitos do homem”, conforme lembra Bobbio *apud* Mendes (2014, p.146), é termo de grande vagueza que culmina por cunhar definições tautológicas como a de que os direitos do homem são aqueles que cabem ao homem enquanto homem. Ou, ainda, consagra conceitos demasiadamente abertos que acabam desprovidos de qualquer utilidade prática. Exemplo é aquele que os define como sendo aqueles cujo reconhecimento é condição necessária ao aperfeiçoamento da pessoa humana.

Vieira de Andrade *apud* Mendes (2014, p. 147) ao analisar o tema ensina que, em uma última análise, o ponto característico para fundamentar um direito humano fundamental seria a intenção de explicitar o princípio da dignidade da pessoa humana. Esse seria o seu fundamento material.

Contudo, Canotilho (1998, p. 373) traz crítica a essa tentativa de conjugar a dignidade da pessoa humana na natureza dos direitos fundamentais. Segundo ele, essa concepção:

“expulsa do catálogo material dos direitos todos aqueles que não tenham um radical subjetivo, isto é, não pressuponham a ideia-princípio da dignidade da pessoa humana. O resultado a que chega é um exemplo típico de uma teoria de direitos fundamentais não constitucionalmente adequada”

Inobstante a existência de diversos direitos fundamentais formalmente incluídos e que não apresentam ligação direta e imediata com o princípio da dignidade da pessoa humana não há como se negar a este o vetor inspirador típico dos direitos fundamentais. É através deste princípio que se limita o arbítrio estatal e a injustiça em face do indivíduo.

Nessa mesma linha argumentativa, recolhe-se a conceituação de José Afonso da Silva (1992, p. 163-164), para quem os direitos fundamentais designam:

“...no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que o [ordenamento jurídico] concretiza em garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídica sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive...”

Portanto, percebe-se que o grande vetor, apesar de não ser o único, na definição do que seja um direito fundamental está a dignidade da pessoa humana. A dignidade humana estabelece um elo com a própria gênese dos direitos humanos e é por meio dela que este deve ser observado e estruturado.

Os direitos fundamentais, tendo por base o ensinamento de ARAÚJO (2005, p. 109-110), podem ser conceituados como sendo a categoria jurídica que tem por escopo proteger a dignidade humana em todas as dimensões. Por isso, tal qual o ser humano, tem natureza polifacética. Busca resguardar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e à solidariedade).

3. CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Se para se chegar a um conceito acerca dos Direitos Humanos Fundamentais é uma tarefa por demais penosa, encontrar-lhes características que sejam universais e aplicáveis indistintamente a todos esses direitos é mister extremamente complexo, se é que possível.

3.1. UNIVERSAIS E ABSOLUTOS

A universalidade dos Direitos Humanos Fundamentais se caracteriza pelo fato de que a qualidade de ser humano constitui substrato suficiente para se titularizar esse direito. Contudo, essa característica não afasta as hipóteses de Direitos Fundamentais que abrangem apenas uma determinada camada da sociedade, a exemplo dos direitos dos trabalhadores.

Para que se goze desses direitos é imprescindível a condição de trabalhador, entretanto, essa exigência não significa a ausência de universalidade desse direito, desde que não haja discriminação entre a referida classe. A simples segmentalização de um direitos na verdade não implica exclusão, mas apenas especialização.

Escuta-se, ainda, que os Direitos Fundamentais são absolutos no sentido de que se encontram em patamar superior e máximo da hierarquia jurídica de modo que não tolerariam restrições. Essa autoridade exercida por esses direitos acabariam por suplantar qualquer outro tipo jurídico que o pudesse confrontar.

A premissa por traz dessa ideia advém do jusnaturalismo que enxerga a existência do Estado atrelada à proteção dos direitos naturais como: a propriedade, a liberdade e a vida, para livrar-lhes das ameaças e violações a que estariam expostos.

No entanto, essa doutrina encontrou dificuldades para ser aceita. Inclusive, tornou mais rotineiro se admitir que os Direitos Fundamentais podem ser objeto de limitações, adquirindo status de relatividade.

Grande embate que pacificou o debate acerca do caráter absoluto ou relativo foi acerca dos direitos fundamentais que esbarram em outros

princípios de igual hierarquia. De modo que um dos direitos deverá ceder em face do outro a fim de pacificar a crise jurídica e social advinda desse conflito. Portanto, um se relativizaria em face do outro.

3.2. HISTORICIDADE

Essa relatividade dos Direitos Fundamentais traz consigo a ideia de que esses não podem pretender sentido unívoco de conteúdo a todo tempo e em todo lugar. Por isso, o sentido dado a esses direitos dependem do seu contexto histórico.

Essa índole evolutiva faz com que o aparecimento, o perecimento e a modificação dos direitos fundamentais sejam melhores compreendidos. Essa evolução sofre impulso das lutas na busca por novas liberdades em face de poderes antigos, bem como pela própria dinâmica da sociedade.

Os direitos não nascem todos de uma só vez. São gradativamente proclamados a depender da possibilidade e necessidade do período vivenciado pela sociedade. Também não se pode esquecer que, mesmo tendo por base um mesmo direito, o seu alcance e a causa podem (e geralmente são) modificadas com o tempo.

3.3. INALIENABILIDADE / INDISPONIBILIDADE

Fala-se em inalienabilidade de um direito ou coisa quando se está diante de uma impossibilidade de atos de disposição, seja jurídica (renúncia, compra e venda, doação...), seja material (destruição material do bem).

Esta característica possui grande relevância prática no sentido de se deixar claro que a preterição de um direito fundamental não estará sempre justificada pelo simples fato de que o seu titular esteja consentindo. Essa característica é oriunda da dignidade da pessoa humana se vinculando à potencialidade de o homem se autodeterminar e de ser livre.

Contudo, vale a ressalva trazida por MENDES (2015, p.151):

“A respeito da indisponibilidade dos direitos fundamentais, é de assinalar que, se é inviável que se abra mão irrevogavelmente dos direitos fundamentais, nada impede que o exercício de certos direitos fundamentais seja restringido, em prol de uma finalidade acolhida ou tolerada pela ordem constitucional. São frequentes – e aceitos – atos jurídicos em que alguns direitos fundamentais são deixados à parte, para que se cumpra um fim contratual legítimo.”

Como exemplo dessa ressalva podemos citar exemplificativamente a limitação ao direito fundamental da liberdade de expressão que cede às imposições de não divulgação de segredos obtidos no exercício de um trabalho ou profissão.

3.4. CONSTITUCIONALIZAÇÃO

Também associada aos direitos fundamentais está o fato de estarem consagrados em preceitos da ordem jurídica. Essa característica serve de traço divisor entre as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos”.

A diferença entre tais é muito bem elucidada por MENDES (2015, p. 151):

“A expressão direitos humanos, ou direitos do homem, é reservada para aquelas reivindicações de perene respeito a certas posições essenciais ao homem. São direitos postulados em bases jusnaturalistas, contam índole filosófica e não possuem como característica básica a positivação numa ordem jurídica particular. A expressão direitos humanos, ainda, é até por conta da vocação universalista, supranacional, é empregada para

designar pretensões de respeito à pessoa humana, inseridas em documentos de direito internacional. Já a locução *direitos fundamentais* é reservada aos direitos relacionados com posições básicas das pessoas, inscritos em diplomas normativos de cada Estado. São direitos que vigem numa ordem jurídica concreta, sendo, por isso, garantidos e limitados no espaço e no tempo, pois são assegurados na medida em que cada Estado os consagra. ”

A distinção apresentada não revela que os direitos humanos e fundamentais estejam em esferas estanques e incomunicáveis. Há uma necessária interação recíproca entre eles. Tanto dos direitos humanos internacionais podem sofrer influência de direitos fundamentais existentes em determinado Estado, como podem influenciar na formação destes. Ressalte-se a importância representada pela Declaração Universal de 1948 na inspiração de tantas constituições do pós-guerra.

3.5. VINCULAÇÃO DOS PODERES PÚBLICOS

A previsão constitucional dos direitos fundamentais os torna grande parâmetro de organização e limitação aos poderes constituídos, quais sejam, Poder Judiciário, Poder Legislativo e Poder Executivo. A constitucionalização desses direitos impede que estes poderes os enxergue apenas como autolimitações passíveis de alteração ou supressão ao desejo destes.

3.5.1. Vinculação Do Poder Legislativo

A primeira e mais básica vinculação do órgão legiferante estaria no seu dever de guardar coerência e respeito aos direitos fundamentais na sua atividade típica. Deve ser levado em consideração, ainda, que o legislador elabore normas que visem regular os princípios fundamentais que dependem de concretização legislativa. É ressaltado, também, que a atuação do legislador não passa apenas por condutas comissivas em

consonância com esses direitos, mas também pela não omissão em sua concretização. Além disso, é entregue ao órgão legislativo a tarefa de restringir o âmbito de certos direitos fundamentais, a exemplo das normas de eficácia contida, na classificação consagrada de José Afonso da Silva.

Assim, a atividade legiferante deve guarda ampla coerência com o sistema de direitos fundamentais de modo a não o confrontar. Também pode assumir uma feição positiva, uma obrigação de agir por parte do legislador de modo que se faz imperiosa a edição de normas que deem regulamentação aos direitos fundamentais já consagrados no texto constitucional, mas carentes de uma concretização normativa.

3.5.2. Vinculação Do Poder Executivo

A Administração Pública tem o dever de respeitar a constituição. Essa obrigação deve persistir não apenas quando o faz diretamente por meio dos seus entes ou servidores, mas também quando atua por meio de particulares que exerçam o *ius imperium* estatal.

Também é dever do poder executivo buscar interpretar a lei com a melhor conformidade possível em face dos direitos fundamentais. Os atos administrativos, mesmo que discricionários, devem ter por base, norte e limite os direitos e garantias fundamentais.

Controvérsia existe acerca da hipótese do poder executivo negar cumprimento a determinada lei por entendê-la inconstitucional. Até o advento da Constituição Federal de 1988 o entendimento consolidado era pela sua possibilidade tendo em vista que o manejo da ação declaratória de inconstitucionalidade tinha como único legitimado o PGR. O fato de o chefe do executivo prestar o compromisso de zelar e respeitar a Constituição, a impossibilidade de obriga-lo a afronta-la e a ausência de legitimidade para entrar com a ADI é que tornaram essa ação legítima e aceita na jurisprudência do STF.

Contudo, com o advento da CRFB de 1988 vozes sustentam que essa possibilidade não mais existe. O Governador e Presidente da República

agora possuem legitimidade e poderem intentar com ADI quando entenderem que uma norma é inconstitucional.

A ausência do prefeito municipal como um legitimado para manejo da ADI leva alguns doutrinadores a defenderem que apenas este poderia, nos dias atuais, negar aplicação a uma lei por entendê-la inconstitucional. Entretanto, o assunto ainda merece maior amadurecimento pela Suprema Corte que ainda não possui um posicionamento definitivo sobre o tema.

3.5.3. Vinculação Do Poder Judiciário

Ao Poder Judiciário cabe a defesa dos direitos fundamentais que forem violados ou ameaçados. Portanto, não só deve se vincular nas suas atividades práticas como exercer o controle dos demais poderes quanto ao respeito e tutela desses direitos maximizando a sua efetividade por meio das decisões que proferir.

3.6. APLICAÇÃO IMEDIATA

A preocupação em não transformarem os direitos fundamentais em letra morta ou absolutamente dependente de uma atuação do legislador levou essa categoria de direitos a possuir essa característica de aplicabilidade imediata. Como produto da soberania de um determinado povo, os direitos humanos fundamentais estão acima dos poderes constituídos.

A adoção dessa característica aos direitos fundamentais traçados na nossa carta magna está expressamente prevista no §1º do seu artigo 5º. Contudo, em que pese a aplicação imediata, deve-se ressaltar que não é sempre que todos esses direitos vão ser concretos e definitivos. Há hipóteses que se faz necessária uma melhor regulamentação legal a fim de possibilitar o seu adequado e completo cumprimento, José Afonso da Silva as chamava de “normas de eficácia limitada”.

Mas essa dependência não afasta uma aplicabilidade mínima no sentido de revogar todos os diplomas infraconstitucionais que forem completamente de encontro ao direito que carece de normatização.

Também é por meio dessa aplicabilidade imediata que o direito ainda não regulamentado gera a obrigação negativa do legislador de no momento da elaboração das leis observar aquilo que esse direito estabelece a fim de não confronta-lo.

3.7. OUTRAS CARACTERÍSTICAS

Há, ainda, outras características dos direitos humanos fundamentais igualmente importantes e que serão tratadas a seguir de forma mais sintética:

Imprescritibilidade: os direitos humanos fundamentais não se perdem ante o decurso do prazo;

Inalienabilidade: inexistente a possibilidade de transferência dos direitos humanos fundamentais, seja a título gratuito ou oneroso;

Irrenunciabilidade: os direitos humanos fundamentais não podem ser objeto de renúncia. Dessa característica advém importantes discussões, como a renúncia ao direito à vida e a eutanásia, o suicídio e o aborto;

Inviolabilidade: impossibilidade de ser afrontado por determinações infraconstitucionais ou por atos das autoridades públicas, sob pena de responsabilização civil, administrativa e criminal;

Universalidade: a abrangência desses direitos é geral e engloba todos os indivíduos, independentemente de sua nacionalidade, sexo, raça, credo ou convicção político-filosófica;

Efetividade: a atuação do Poder Público deve ser no sentido de garantir a efetivação dos direitos e garantias previstos. O próprio texto constitucional apresenta mecanismos coercitivos para tanto. A Constituição Federal não se satisfaz com o simples reconhecimento abstrato desses

direitos, há uma necessidade e imposição para que tais sejam efetivados;

Interdependência e complementariedade: as várias previsões constitucionais, apesar de autônomas, possuem diversas intersecções para atingirem suas finalidades. Assim, por exemplo, a liberdade de locomoção está intimamente ligada à garantia do habeas corpus, bem como previsão de prisão somente por flagrante delito ou por ordem da autoridade judicial competente. Portanto, não há como se observar os direitos e garantias fundamentais como hipóteses isoladas e estanques. Faz-se necessário uma inter-relação entre os diversos institutos constitucionais a fim de que se chegue efetivamente ao melhor e mais aproximado sentido buscado pelo constituinte no momento da constitucionalização desse direito.

4. CONCLUSÃO

Conclui-se portanto que, apesar da dificuldade em uma conceituação fechada do que seria um direito humano fundamental, é possuído ao jurista delimitar um núcleo de atuação normativa que se revela intimamente revelador desse instituto jurídico, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

Também se pode observar que esses direitos humanos fundamentais possuem características das mais diversas espécies e que se revelam aptas a dar maior concretude e segurança ao bem jurídico protegido pela normatização desse direito. Isso faz com que um conhecimento adequado acerca dessas características torne o jurista mais preciso e científico nas suas diversas formas de atuação jurisdicional.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Disponível em: <<http://www.ambafrance-br.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem/>>. Acesso em: 29 de abril de 2016.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução/Organização de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed., 2ª tiragem. São Paulo: Editora Medeiros, 2015.

ANDRADE, Christiano José de. A hermenêutica jurídica no Brasil. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1991.

ANDRADE, Christiano José de. O problema dos métodos de interpretação jurídica. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1992.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2ª ed. São Paulo, Editora Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 13 de abril de 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Fundamentos da Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição, Coimbra: Almedina, 1998.

DA SILVA, José Afonso, Curso de direito constitucional positivo, São Paulo: Malheiros, 1992.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 18ª ed. São Paulo, Editora Saraiva, 2014.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 19ª edição. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional – 32 ed. rev. e atual. até EC nº 91 de 18 de fevereiro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2016.

MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência – (Coleção temas jurídicos; 3). São Paulo: Atlas, 1998.

O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Publicado em 11.2015. Disponível

em:<<https://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito/>>. Acesso em: 29 de abril de 2016.

NOVAS FRENTES TECNOLÓGICAS NAS ATIVIDADES DA PERSECUÇÃO PENAL

RAFAELLE JHONATHAS DE SOUSA GUIMARAES: Bacharel em Direito pela Universidade Paulista, aprovado no XIX Exame de Ordem Unificado e Policial Civil do Estado de São Paulo. Realizou diversos cursos pela Academia de Polícia Civil de São Paulo- ACADEPOL e Ministério da Justiça-SENASP. Postulante ao cargo de Delegado de Polícia.

Resumo: O presente artigo se debruça brevemente acerca dos benefícios e vantagens da implantação das ferramentas de tecnologia da informação na atividade judiciária, bem como a sua repercussão nas atividades da Polícia Civil, em especial no Inquérito Policial.

Palavras-Chave: tecnologia da informação; inquérito policial eletrônico; processo eletrônico; processo penal.

Sumário: 1. Introdução; 2. Avanços no processo eletrônico; 3. Avanços nas atividades de polícia judiciária; 4. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Com a difusão da internet e as mais variadas tecnologias, muitos dos nossos compromissos triviais são resolvidos através tela do computador ou smartphone. É a realidade do mundo globalizado, no qual a internet é forma de entretenimento e ferramenta de trabalho para as pessoas.

Nas relações pessoais, as novas tecnologias têm possibilitado, através de aplicativos, o compartilhamento de imagens, vídeos, músicas em tempo real e acessíveis em qualquer parte do mundo. Tais avanços possibilitam ainda, realizar compras de diversos itens, gêneros alimentícios, roupas, passagens aéreas através da internet.

Por meio da plataforma digital houve a disseminação do ensino superior a distância, sistema que possibilita ao estudante formação universitária na comodidade de sua residência ou no tempo que dispõem.

Nas relações jurídicas, as novas tecnologias da informação e comunicação, trouxeram mudanças no tocante à celeridade, acessibilidade e redução de gastos na etapa processual. Houve a implantação do processo digital, o Registro Digital de Ocorrência, denúncias pela internet e o recente inquérito policial eletrônico.

O Registro Digital de Ocorrência implantado no Estado de São Paulo, permite a elaboração de ocorrência on-line e há possibilidade de interatuar com a base de dados, pois possibilita encontrar cadastro de pessoas e veículos em boletins de ocorrência pretéritos.

2. AVANÇOS NO PROCESSO ELETRÔNICO

Processo eletrônico é o meio pelo qual todas as peças processuais sejam petições, certidões ou despachos são digitais. Isto é, tais peças foram confeccionadas pelos servidores dentro do próprio portal institucional ou foram digitalizadas em formato de arquivos para visualização e posteriormente inseridas no procedimento do qual faz parte. Sendo assim, o papel deixa de ser empregado e todos os atos passam a ser digitalizados, salvo algumas exceções, como no caso de juntada de objetos tangíveis e necessários a instrução dos autos que eventualmente passarão por perícia, ficando estes arquivados em local próprio dentro da instituição competente sob guarda dos servidores.

A Lei 11.419/2006 versa sobre a informatização dos processos judiciais e busca métodos para constante atualização diante das frequentes renovações tecnológicas diuturnamente evidenciadas.

Com a implementação desse serviço, há a possibilidade da realização de diversos procedimentos através do sistema de internet, como a possibilidade do envio de petições iniciais e intermediárias ao foro desejado, facilitando desta forma o acesso jurisdicional tanto as partes quanto aos seus representantes, bem como a prestação jurisdicional pelo Estado. Como consequência destas inovações tecnológicas, há uma maior fomentação das políticas de celeridade e economia processual, políticas estas trazidas pela Magna Carta e 1988 em seu artigo 5º inciso LXXVIII, além de alavancar a política sustentável, uma vez que o uso de papel é cada vez menor, tendendo a extinguir-se com o tempo.

3. AVANÇOS NAS ATIVIDADES DE POLÍCIA JUDICIÁRIA

Diante da nova sistemática digital, a forma rudimentar e ultrapassada de se formalizar todos os atos somente pela forma escrita, torna-se conflitante com os pilares baseados na atualização permanente, eficiência e celeridade.

Com a informatização das varas criminais e do formato digital do processo como um todo, deve-se estimular a integração dos sistemas da Polícia Judiciária, Tribunal de Justiça e Ministério Público, visando proporcionar maior agilidade no andamento dos feitos.

“ Como exemplo de interligação de banco de dados pode-se citar a rede Infoseg, capaz de integrar informações de Segurança Pública, Justiça e de Fiscalização, em âmbito nacional. Tem se a associação de bases de dados de órgãos estaduais e federais, atualizados de forma on-line, com a finalidade de disponibilizar informações ágeis e confiáveis, contidas em quaisquer bases integrantes da rede. ” (FURLANETO NETO, 2012, p. 149).

Destarte, evita-se a morosidade e traz eficiência, seja na atividade jurisdicional ou policial, bem como economia de materiais, espaço e recursos humanos, utilizando os agentes em outras atividades, ocasionando assim maior dinamismo nas unidades distritais e no judiciário.

As atribuições de polícia judiciária é competência da Polícia Civil, conforme o comando da Magna Carta estabelecido pelo artigo 144:

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

A apuração das infrações penais se materializa por meio do inquérito policial, previsto no Código de Processo Penal no bojo dos artigos 4º a 23. Às Polícias Civis são estabelecidas como judiciárias justamente por esse suporte de procedimento preparatório à ação penal e por coadjuvar o poder judiciário em busca de provas, autoria e materialidade do crime.

Em sua obra precisa, Capez conceitua inquérito policial:

“O inquérito policial é um procedimento policial administrativo, criado pelo decreto imperial 4.824/1871, e previsto no Código de Processo Penal Brasileiro como principal procedimento investigativo da polícia judiciária brasileira. Ele apura determinado crime e antecede a ação penal, sendo, portanto classificado como pré-processual. O Inquérito Policial é composto também de provas de autoria e materialidade de crime, que, geralmente são produzidas por Investigadores de Polícia e peritos Criminais, é mantido sob guarda do Escrivão de Polícia, e presidido pelo Delegado de Polícia.” (CAPEZ, 2012, p. 32).

Tal procedimento se mostra notável, pois a dúvida acerca da materialidade ou verdade real sobre a autoria do delito, geram consequências irreparáveis para a sociedade. A sua instauração é forma de possibilitar que sejam juntados novos elementos de convicção e afastar arbitrariedades numa possível denúncia precipitada ou sem justa causa, tendo como exemplo, os fatos atípicos ou de excludente de antijuricidade.

Em face de sua relevância, necessário se faz aperfeiçoar os procedimentos adotados no cenário atual, de forma a abandonar o formato em papel e aplicar novas ferramentas. O inquérito policial no seu formato eletrônico, trará maior celeridade na conclusão dos procedimentos, visto que atualmente os prazos conclusivos raramente são cumpridos. A inovação possibilitará a racionalização dos recursos atualmente empregados no formato de papel frente a introdução das novas tecnologias.

A implementação de um portal para que haja a integração entre os envolvidos, é uma saída para a inserção da digitalização dos atos de polícia judiciária, adotando medidas pertinentes para que haja segurança jurídica bem como integridade dos dados que circularão por meio digital. A possibilidade de emissão de certificados digitais para que Delegados, Peritos Criminais, Médicos Legistas e Escrivães assinem de forma

eletrônica documentos e laudos para sua posterior juntada via portal, são medidas que trarão mais dinamismo às atividades, o que atualmente já ocorre em órgãos como Defensoria Pública do Estado, Ministério Público, integrantes da Magistratura, agentes do poder judiciário, bem como advogados que assinam os documentos de forma digital, conferindo ainda maior veracidade as informações ali constantes.

Nos casos em que seja necessária a prorrogação dos prazos para a conclusão dos trabalhos, bastaria o simples peticionamento por meio do sistema integrado requerendo tal prorrogação, evitando o vai e vem de peças e papéis, bem como a possibilidade de expedição e recebimento de cartas precatórias de forma eletrônica.

Ponto importante a ser avaliado, seria a utilização de tablets para o envio em tempo real de relatórios, ordens de serviço ou requisitar perícias das demais áreas de complexidade, facilitando e desburocratizando a atividade policial.

Arrematando o discutido:

“Tem-se, portanto, a possibilidade de utilização das tecnologias da informação para investigar e solucionar casos on-line. Necessário agora fazer uma abordagem da influência das tecnologias da informação no inquérito policial eletrônico, nomeadamente no que tange ao indiciamento, à tramitação de cartas precatórias, à investigação policial, à coleta de provas, ao fluxo, sigilo e segurança das informações e ao relatório da autoridade policial.” (FURLANETO NETO, 2012, p. 149).

4. CONCLUSÃO

Diante do que foi abordado, o uso racional das tecnologias possibilita valerosa contribuição para o serviço policial, especialmente no tocante ao inquérito policial, trazendo dinamismo, celeridade e economia na fase pré-processual.

Com a pretensa integração haverá a possibilidade de realizar consultas sobre o andamento por meio da internet, podendo inclusive, o advogado peticionar e fazer juntada de documentos como já é feito no processo eletrônico, dando assim mais transparência e acessibilidade para as partes.

A utilização das novas tendências tecnológicas na atividade policial facilitará de forma ímpar a atividade que por si só e pela sua área de atuação, já se torna complexa em sua própria natureza.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 05 mar. 2017.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 05 mar. 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19ª ed. São Paulo: SARAIVA, 2012.

FURLANETO NETO, Mario. **Crimes na internet e inquérito policial eletrônico**. Mario Furlaneto Neto, José Eduardo Lourenço dos Santos, Eron Veríssimo Gimenes – São Paulo: EDIPRO, 1ª ed., 2012.

*Singelo agradecimento à Advogada Palloma Kelly Doca Silva, OAB/SP nº 392337.

DIREITO À SAÚDE, RESERVA DO POSSÍVEL E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: BREVES CONSIDERAÇÕES TEÓRICO-PRÁTICAS

ALEXANDRE ATUALPA SELAYARAN: Advogado. Membro e bolsista voluntário do grupo de estudo "Direitos Fundamentais, hermenêutica e proporcionalidade: crítica ao desenvolvimento prático-teórico do dever de proteção aos Direitos Fundamentais", da Escola de Direito da Faculdade Meridional, Passo Fundo/RS

Resumo: A discussão sobre a efetividade dos direitos sociais no Brasil está relacionada com a questão orçamentária como condição à realização de políticas públicas, o que exige o conhecimento sobre o conceito de reserva do possível. Assim, a relevância do trabalho está associada à atual discussão no Brasil sobre a exigibilidade judicial dos Direitos Sociais, especialmente, quando se discute os limites de atuação do Poder Judiciário nas demandas individuais em pleno Estado Democrático de Direito. Então, a Reserva do Possível surge como argumento apresentado pelo Estado como escusa nas demandas judiciais envolvendo os Direitos Sociais. O presente trabalho possui como problema a questão da aceitabilidade deste argumento nas pretensões individuais envolvendo o Direito à Saúde. Assim sendo, o objetivo do trabalho é apresentar o conceito de Reserva do Possível no Brasil, explicitando suas dimensões doutrinárias e jurisprudenciais (análise de casos jurídicos). Para tanto, orientou-se pelo método fenomenológico-hermenêutico, numa pesquisa indireta pela revisão bibliográfica, e direta na análise de decisões judiciais sobre a temática. Concluiu-se, com a pesquisa, que o conceito de reserva do possível incorreu numa mudança na dogmática jurídica brasileira. Ademais, apurou-se, com a análise dos casos jurídicos, que o STF não aceita o argumento da reserva do possível.

Palavras-chave: Direito à Saúde; Judicialização; Reserva do Possível.

INTRODUÇÃO

A crítica central sobre a previsão e realização dos Direitos Fundamentais-Sociais está centrada no seu custo. Assim, o problema de

escolher políticas públicas vem sendo associado com as possibilidades orçamentárias do Estado na realização de tais políticas, haja vista que, cada vez que o Estado tem que realizar uma ação positiva para concretizar determinado Direito Social, haverá o dispêndio de recursos financeiros. Infere-se, então, que esta questão sempre aparece como contraponto à concretização dos Direitos Sociais.

Um dos grandes problemas relacionados a esta discussão é a intervenção do Poder Judiciário nessas questões. Isto é, diante das várias demandas ao Estado e a sua ineficácia, marcada por sua omissão – em evidência a um simulacro na realização dos objetivos de um Estado Providência - o judiciário é acionado frequentemente para fins de garantir eventual Direito Fundamental-Social postulado, como, por exemplo, saúde e educação.

Este problema está associado à condição subjetiva do Direito Fundamental-Social, eis que esta condição permite ao cidadão pleitear no Poder Judiciário a realização individual do este não é devidamente fornecido pelo Estado. Nesse contexto, não é demais dizer que existe uma judicialização excessiva dos Direitos Sociais. Tal judicialização excessiva dos Direitos Sociais vem sendo denunciada por diversos órgãos e doutrinadores.

Ao especular-se esta situação, surge a seguinte interrogação: teria o Estado recurso para todas estas demandas? Esta preocupação é típica e conduz ao condicionamento sobre a concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais em razão da (in)existência de recursos disponíveis para tanto, o que faz da pesquisa quanto à escassez orçamentária e judicialização do Direito à saúde ganhar relevância.

Ambas as questões acima podem ser identificadas em conexão com a articulação do conceito de reserva do possível. Assim, torna-se relevante as seguintes indagações: como a doutrina e jurisprudência brasileira conceituam a Reserva do Possível? O argumento da Reserva do Possível é aplicado nas pretensões individuais envolvendo os Direitos Sociais no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Diante destas indagações problemáticas, objetiva-se, no presente trabalho, apresentar o conceito de

Reserva do Possível no Brasil, explorando-se, para tanto, a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.

Assim, a proposta do artigo será desenrolada em três pontos principais. Na primeira parte, abordar-se-á a questão do Constitucionalismo Contemporâneo e a necessidade de decisões adequadas neste Estado Democrático de Direito. Após, apresentar-se-á o conceito originário de Reserva do Possível. Num terceiro momento, mostrar-se-á o conceito da Reserva do Possível na doutrina. Por último, apresentar-se-ão casos judiciais, no âmbito do STF, envolvendo o fornecimento de medicamentos – Direito Fundamental à Saúde -.

1. DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

O surgimento do Constitucionalismo Contemporâneo corresponde ao final da segunda guerra mundial. De acordo com Novais, este novo Constitucionalismo caracteriza-se como uma “viragem/refundação”, eis que está fundado numa imposição, principalmente no âmbito Constitucional, de mudanças institucionais a fim de prosseguir os legados das “revoluções liberais, do Estado Social e Democrático de Direito” (2012, p. 198).

Portanto, é nesse contexto que se verifica a noção de fundamentalidade dos Direitos Fundamentais, pois é a partir do Constitucionalismo do 2º pós-guerra, principalmente na Alemanha e Itália, que se tem o reconhecimento dos Direitos Fundamentais como normas (jurídicas) constitucionais, autoaplicáveis e vinculantes (BARROSO, 2013, p. 30 – 31).

Em suma, o Constitucionalismo Contemporâneo pressupõe Direitos Fundamentais como normas jurídicas constitucionais com a aplicação direta, vinculação aos três poderes estatais – força constitucional – e, por fim, supremacia constitucional, pois poderão ser assegurados pelo Poder judiciário (NOVAIS, 2012, p. 199).

Sendo assim, identifica-se que nessa nova ordem Constitucional, os Direitos Fundamentais não são mais considerados como meras normas

programáticas, que para sua concretização dependeriam tão somente da vontade política.

No Brasil, no entanto, verifica-se o surgimento do novo Estado Constitucional – Estado Democrático de Direito – com a promulgação da Constituição de 1988. De acordo com Barroso, o novo Constitucionalismo (democrático) baseia-se no respeito aos valores e Direitos Fundamentais e no “autogoverno popular” (2013, p. 25).

Nesse contexto, no âmbito acadêmico brasileiro ocorreram diversas críticas formuladas em desfavor da previsão (extensa) de Direitos Fundamentais. Cumpre salientar que, de acordo com Dimoulis, as principais críticas eram em razão do caráter de Constituição Dirigente, da inflação dos direitos fundamentais e, sobretudo, em face da extensão dos Direitos Sociais (2011, p. 34).

Diante disso, muito se vem discutindo acerca de uma perspectiva sustentável do Estado Democrático de Direito, especialmente no que tange à relação entre Democracia e Jurisdição Constitucional, com o intuito de se buscar uma maior proteção aos Direitos Fundamentais.

Contemporaneamente, veem-se diversas demandas judiciais em que se postula o fornecimento de medicamentos. Então, o Poder Judiciário deverá possuir uma resposta adequada a Constituição, levando-se em consideração várias condicionantes como, por exemplo, a legitimidade democrática dos poderes políticos, a questão da reserva do possível e a rápida evolução médica.

Por conta destas variantes, sobretudo quanto aos riscos das novas tecnologias, Frugoni menciona a necessidade de construir, neste novo papel desempenhado pelo Estado Social de Direito, respostas jurídico-éticas próprias com o intuito de proteger os bens que estão em jogo (2013, p. 223).

Contrastando-se, assim, com a questão do fornecimento de medicamentos, quando instado o Poder Judiciário, infere-se que o Poder Judiciário ao dizer o Direito mostra-se como uma instância muito importante, especialmente quando denegado eventual Direito à saúde

pelos órgãos, em regra, competentes. Nesse sentido, é inegável o papel do Direito na vida das pessoas, como afirma RODRIGUEZ-BLANCO (2015, p. 7).

Na sequência, então, verificar-se-ão quais são as respostas do Supremo Tribunal Federal, em pleno Estado Democrático (Social) de Direito, para fins de dar a devida proteção ao Direito à saúde.

2. SURGIMENTO DA RESERVA DO POSSÍVEL – “DER VORBEHALT DÊS MÖGLICHEN”

Anteriormente à averiguação do posicionamento do STF, faz-se necessário compreender o instituto jurídico da reserva do possível. Assim, apresentar-se-á o conceito originário e, posteriormente, o entendimento conceitual na doutrina brasileira.

A noção de Reserva do Possível geralmente está associada à decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão, na qual o custo dos Direitos Sociais ou, melhor, o nível de satisfação dos Direitos Sociais estaria condicionado a uma possibilidade de realização pelo Estado.

Assim sendo, configura-se de uma importância ímpar destacar a decisão do Tribunal Constitucional alemão. Constata-se, então, que no começo da década de setenta o Tribunal Constitucional Federal alemão foi instado a decidir sobre a forma e disponibilidade de vagas para admissão no curso de Medicina.

O objeto desta ação consistia em averiguar se a regulamentação legal (leis das universidades de Hamburg e de Munique) para admissão poderia restringir ou limitar o direito à livre atividade profissional. A decisão desta questão é denominada de “NumerusClausus” (BVerfGE 33, 303) (MARTINS, 2005, p. 656).

Enfim, ante a provocação, o Tribunal Constitucional Federal declarou que: (i) o parágrafo 17 da Lei Universitária de Hamburg, que determinava alguns parâmetros para eventuais limitações, era incompatível com a “Grundgesetz” (Constituição). Tal declaração tem

como argumento que cabe ao Legislador prescrever sobre tais limitações na admissão ao curso superior (MARTINS, 2005, p. 657-658).

No que tange à regulamentação da Universidade de Munique, o TCF alemão declarou que: (ii) a cláusula “filho da terra”, positivada no Art. 3º II da Lei de Admissão, não estaria de acordo com a Constituição, pois tal artigo elencava algumas vantagens aos candidatos bávaros na admissão a Faculdade, sendo, portanto, inconstitucional (MARTINS, 2005, p. 658).

Ademais, o TCF consignou que os Direitos Sociais não são de “início restringidos” (sic), ou seja, os Direitos Sociais não são limitados de maneira apriorística. Todavia, estariam submetidos à Reserva do Possível.

Nesse contexto, a reserva do possível implicava naquilo que o indivíduo “racionalmente” poderá exigir da sociedade. Por isso, é competência do legislador (própria responsabilidade) analisar tal questão, considerando que este possui condições de promover uma proteção ao Direito Social (cursar o ensino superior) com base no seu orçamento e interesses coletivos (MARTINS, 2005, p. 663).

Em relação à concretização deste Direito social, foi perfilhado o entendimento de que o Estado não é obrigado a fornecer “a cada cidadão” e “em qualquer momento” o direito de ingressar na Faculdade. Além disso, as pretensões individuais a direitos subjetivos de uma forma ilimitada não condizem com a ideia do Estado Social, visto que é a própria sociedade que custea tais pretensões (MARTINS, 2005, p. 663-664).

Portanto, o entendimento principal, neste caso, foi de que as limitações na admissão ao curso superior só seriam compatíveis com a “Grundgesetz” quando: (i) utilizado na perspectiva do “estritamente necessário”. Isto é, somente pode(rá) limitar/restringir admissões ao curso superior quando estiver exaurida toda capacidade de ensino disponível (MARTINS, 2005, p. 666-667).

Outros critérios utilizados na decisão são que: (ii) os recursos públicos devem estar exauridos; (iii) a distribuição (escolha) dos candidatos deverá seguir critérios racionais, proporcionando-se, assim, chance ao curso superior a todos os candidatos qualificados “em si” e otimizando o Direito de escolha do local de formação (MARTINS, 2005, p. 666-66)

Imperioso destacar, ainda, o entendimento de Alexy quanto à temática. O indigitado autor germânico aduz que os Direitos Sociais Mínimos seriam direitos subjetivos *prima facie*, submetidos à restrição da Reserva do Possível. Entretanto, esta concretização dos Direitos Sociais parametrizado pela Reserva do Possível não levaria a um esvaziamento do seu conteúdo, especialmente pelo fato de que esta restrição expressaria tão somente na necessidade de sopesamento (2008, p. 515).

Após a apresentação do conceito originário da reserva do possível, demonstrar-se-á a recepção deste conceito no sistema jurídico brasileiro, o que será visto mediante uma investigação doutrinária e jurisprudencial.

2. A DOUTRINA DA RESERVA DO POSSÍVEL NO BRASIL

A presente seção tem como objetivo apresentar como que o conceito de reserva do possível foi recepcionado pela doutrina jurídica brasileira. Para tanto, serão apresentados os conceitos e elementos empregados pelos autores sobre o tema.

Dessa maneira, primeiramente, deve-se destacar que a recepção do conceito de reserva do possível no Brasil é marcada pela existência de divergências quanto a sua natureza jurídica, tendo em vista que ora é uma doutrina a ser seguida, ora é um princípio jurídico^[1] ou cláusula de restrição (KELBERT, 2011, p. 72).

Com base em Morais e Redin, infere-se que a Reserva do Possível passou a ser conceituada, no Brasil, como simplesmente a possibilidade econômico-financeira da Administração Pública na prestação ao indivíduo aquilo que ele postula no Poder Judiciário (2011, p. 277), motivo pelo qual se entende que o conceito está desvinculado com a decisão do Tribunal Constitucional Federal.

Em relação a isto, Sgarbosa entende que no Brasil há somente a consideração de parte dos elementos que compõem a reserva do possível, visto que só é considerada a questão da existência de recursos públicos disponíveis para custear as medidas prestacionais (2010, p. 127-127).

Então, verifica-se que a categoria da reserva do possível, no Brasil, impõe a discussão de duas questões diferentes. Isto é, no Brasil, a reserva do possível é conceituada sob duas óticas. Quais sejam? A classificação sob o ângulo da questão fática e jurídica (MOREIRA, 2011, p. 89 –90).

Do ponto de vista fático, entende-se a reserva do possível diante do problema da existência ou não de recursos públicos para fins de realização dos direitos sociais. Quanto ao ponto de vista jurídico, discute-se a higidez das leis orçamentárias, representativas dos objetivos ou fins priorizados pelas escolhas públicas, notadamente pelo Poder Executivo e Legislativo (MOREIRA, 2011, p. 89 – 90).

Com base nestas questões, Moreira afirma que tanto a face fática quanto a jurídica poderá servir de fundamento para que determinado Direito Social não fosse realizado, implicando, por consequência, numa justificativa para a restrição à concretização de tais Direitos (2011, p. 90).

Para Sarlet, por outro lado, a Reserva do Possível possui três dimensões. Sendo elas: (a) disponibilidade fática de recursos; (b) disponibilidade jurídica de recursos; (c)proporcionalidade/razoabilidade - exigibilidade da prestação -. Além disso, entende que a Reserva do Possível não é integrante aos Direitos Sociais, mas configura-se como um limite fático e jurídico dos referidos Direitos de 2ª dimensão (2013, p. 27 – 30).

Ademais, ressalta Sarlet, que o princípio da reserva do possível não é absoluto, pois, caso seja sustentado isto, estar-se-á comungando da ideia de que o Direito à saúde caracteriza-se como mera norma programática (2007, p. 13).

Sarmiento, no entanto, entende que a Reserva do Possível fática configura-se na razoabilidade da universalização da

prestação exigida, tendo em vista os recursos efetivamente existentes pela Administração Pública (2010, p. 411).

Quanto à dimensão jurídica, enfatiza que se deve ter um “meio termo”, eis que o Poder Judiciário não pode desconsiderar as leis orçamentárias. Não obstante, afirma, também, que tais leis não podem ser inflexíveis, sendo que poderão ser eventualmente desconsideradas/superadas nas peculiaridades do caso concreto (SARMENTO, 2010)

Portanto, conforme demonstrado acima, o conceito de reserva do possível no Brasil está associado, principalmente, se não apenas, com a ideia de inexistência de recursos públicos para a concretização dos Direitos Sociais.

Dessa maneira, Leal destaca que o simples argumento de inexistência de recursos públicos não poderá configurar num esvaziamento dos Direitos Fundamentais Sociais, sobretudo ao Direito à Saúde, eis, pois, está diretamente ligado à vida humana – dignidade da vida humana – (2009, p. 83).

Nesse cenário, esclarece Sarmento (2010) que a reserva do possível não se afigura na impossibilidade da tutela jurisdicional dos Direitos Sociais, mas como um critério para a parametrização de tais Direitos.

Necessário, ainda, elucidar o posicionamento de Novais acerca da indigitada temática. O autor frisa que a reserva do possível – razoabilidade da pretensão - deverá ser averiguada no caso concreto, de acordo com as “condições materiais” do indivíduo (2010, p. 90 – 91).

Afirma, também, que o controle da reserva do possível deverá ser averiguado, além dos Poderes Políticos, por parte do Judiciário, caso contrário a característica de jusfundamentalidade dos Direitos Sociais restaria comprometida (NOVAIS, 2010, p. 92 – 93).

Consigna, além do mais, que a reserva do possível está intrinsecamente ligada aos Direitos Sociais, ou seja, tal categoria condiciona a concretização de tais Direitos. Nesse sentido, a reserva do possível não necessita estar expressamente positivada no texto constitucional, pois, de acordo com o autor, a reserva do

possível é uma categoria implícita na Constituição (NOVAIS, 2010, p. 100).

Sendo assim, só haverá violação aos Direitos Sociais quando o Estado dispuser de recursos financeiros e não aplicar tais verbas públicas na concretização dos referidos Direitos Fundamentais (NOVAIS, 2010, p.101).

Não obstante, o autor aduz que a categoria da reserva do possível não é aplicada – não condiciona a aplicabilidade dos Direitos Sociais – quando o Poder Constituinte positivou um Direito Social definitivo – regra - (NOVAIS, 2010, p. 107).

No que concernem às questões orçamentárias, frisa Novais que são de responsabilidade do Poder Político e o juiz deverá obedecer às escolhas prioritárias realizadas pelo legislador. Diante disso, apenas ocorrerá a violação aos Direitos Sociais nos casos em que o Estado possua recursos financeiros para a concretização dos referidos Direitos (2010, p.108 - 113).

Quanto às pretensões individuais via judiciário, entende o autor que cabe ao Juiz verificar a dificuldade do Estado (lato sensu) a fim de analisar se tal inexistência de recursos é capaz de obstruir a pretensão sob questão. Em suma, o juiz deverá analisar se o argumento de escassez é suficientemente relevante para denegar o pedido individual à determinada prestação social – Direito Social – (NOVAIS, 2010, p. 117).

De maneira similar, aduz Moreira que a reserva do possível não poderá ser acatada por mera alegação da Administração Pública. Desse modo, é necessário averiguar se todos os meios foram empreendidos pela Administração a fim de satisfazer as necessidades do Direito à saúde (2015, p. 146).

Krell, por sua vez, entende que o argumento da reserva do possível não será capaz de impedir a efetivação judicial das normas constitucionais. Entretanto, o autor ressalta que o controle jurisdicional deverá ater-se em relação à escolha estatal de agir ou não agir e não sobre a questão de como agir (KRELL, 2013, p. 164 - 165).

Em síntese: a despeito da existência de divergências no Brasil em torno da reserva do possível, pode-se afirmar que esta

configura-se como um limite aos Direitos Sociais em função da escassez de recursos financeiros e poderá ser utilizada como critério judicial para condenar o Estado (lato sensu) a prestações sociais.

Derradeiramente, vale destacar a crítica formulada por Sgarbosa. O autor brasileiro aduz que a reserva do possível possui um caráter ideológico, com fulcro no pensamento neoliberal, haja vista a associação desta apenas no que se refere à efetivação dos Direitos Sociais. Para o autor, isto se mostra equivocado em função de que os Direitos civis também costumam (2010, p. 345 – 348).

Com a revisão bibliográfica acima, entende-se que o êxito desta seção foi devidamente alcançado, motivo pelo qual, na sequência, será apresentado como que o conceito vem aparecendo nas decisões do STF em relação ao fornecimento de medicamentos (Direito Fundamental à saúde).

3. A (IN)APLICABILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL NAS DEMANDAS DO DIREITO À SAÚDE NO ÂMBITO DO SUPRMEIO TRIBUNAL FEDERAL

Nesta seção apresentar-se-ão decisões do Supremo Tribunal Federal relativas à concretização do Direito à Saúde, nas quais a questão da reserva do possível surgiu como argumento para a não realização do Direito ora postulado.

Para este objetivo, esta seção trará um relato sobre a decisão proferida na ADPF 45 – tida como paradigmática no trato do assunto – para, logo após, apresentação de decisões obtidas com a pesquisa jurisprudencial no STF.

Primeiramente, faz-se necessário enfatizar que para tal pesquisa utilizou-se a ferramenta do próprio sítio do STF, denominada “Pesquisa de Jurisprudência”. Nesta busca, foram utilizadas palavras chaves como “direito à saúde” e “reserva do possível”, arbitrando-se um lapso temporal de 01/01/2005 a 01/01/2014. Tal lapso temporal justifica-se por abarcar

decisões proferidas após a decisão da ADPF 45, eis que é mencionada como paradigmática em relação a esta temática

Impende ressaltar que, na presente pesquisa, foram encontrados 7 acórdãos, 43 decisões monocráticas e 22 decisões da presidência. A partir das decisões encontradas, tornou-se necessário delimitar quais seriam analisadas.

Assim, arbitrou-se por analisar, somente as decisões que possuíam o objeto em relação a pedidos de medicamentos e/ou tratamentos. Além disso, primou-se por excluir decisões repetidas por ministro relator, visto que a fundamentação obtida acabava recaindo numa redundância. Restaram, desse modo, seis decisões a serem analisadas.

Além disso, mostrou-se despicienda a análise das decisões proferidas no ARE 761454/RJ, AI 810115/RS, RE 628293/DF e AgRE 730.104/PI, pois o argumento da reserva do possível não foi devidamente enfrentado pelos julgadores.

Então, a primeira decisão a ser analisada é aquela proferida na ADPF/45, tendo como relator o Min. Celso de Mello (BRASIL, 2004). Nesse caso de controle de constitucionalidade abstrato, proposto pelo Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB –, o objeto apreciado era o veto parcial do Presidente da República em alguns artigos da Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2004.

Segundo a parte autora, o veto presidencial implica numa violação (desrespeito a preceito fundamental) à Emenda Constitucional nº 29/2000, eis, pois, esta possui o condão de garantir a aplicação de recursos mínimos para políticas públicas em relação ao Direito à Saúde.

Embora a ação tenha perdido o seu objeto, visto que o Presidente da República se retratou do veto, o Min. Celso de Mello aduziu razões relevantes sobre o tema ao apreciar o pedido liminar.

Assim, entendeu o ministro que a Reserva do Possível possui uma dupla dimensão, sendo que sua normatividade estaria dependente de dois elementos Quais sejam? A razoabilidade da pretensão de indivíduo em

face do Estado e a existência, assim como a sua disponibilidade, de recursos para efetivar tal pretensão.

Ademais, pelo voto proferido, fica evidente a atenção atribuída pelo ministro ao dever de o Estado prestar meios necessários à realização do Direito Fundamental Social – no caso, à Saúde –, desde que o pleito seja suportado pela razoabilidade daquilo que se pede.

No que tange à STA nº 175/CE (BRASIL, 2010), constatou-se que o objeto da referida ação era o deferimento de liminar para que o Estado do Ceará fornecesse a uma jovem o medicamento Zavesca-Miglustat, considerando que esta necessitava utilizar tal medicamento no tratamento da patologia NIEMANN-PICK, tipo C. O custo do medicamento foi avaliado no valor de R\$ 52.000,00 mil mensais. A justificativa para o fornecimento deste medicamento era de que a droga seria a única capaz de melhorar e gerar o aumento da vida da jovem.

Para a resolução deste caso e considerando a atual judicialização (excessiva) de casos análogos, o Min. Gilmar Mendes convocou Audiência Pública com a finalidade de ouvir técnicos sobre o tema da saúde pública e buscar critérios para a intervenção judicial nos casos de fornecimento de medicamentos/tratamento.

Conforme depoimentos de especialistas na Audiência Pública, o Min. relator Gilmar Mendes ilustra, na decisão, alguns critérios para o fornecimento de medicamentos pelo aparato Estatal. Assim sendo, cabe salientar dois principais parâmetros, conforme é aludido no voto do Min. Gilmar Mendes.

O primeiro refere-se ao registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Portanto, conforme o Ministro: (i) para o fornecimento de medicamentos pelo Poder Público há que se observar a existência de registro do medicamento na ANVISA, visto que para averiguar a “segurança e o benefício do produto”, tal registro torna-se imperioso (necessário).

Em decorrência do critério acima, o Min aduz que o segundo parâmetro, então, é a impossibilidade em condenar o Estado a fornecer medicamentos ou tratamentos experimentais.

Além disso, o Min. Gilmar Mendes consignou em seu voto que o alto custo do medicamento ou tratamento, por si só, não poderia ser razão suficiente para o seu não fornecimento.

Outrossim, vale destacar que, conforme o Min. Gilmar Mendes, estes casos colocam em tensão a vida e a saúde em contraste com a possibilidade financeira do Estado. Apreciando tal questão, aduz, portanto, que o poder financeiro do Estado deveria ser considerado um interesse secundário, devendo, assim, ser protegida a vida e a saúde (BRASIL, 2010, p. 115-116).

O último caso analisado é a SS 4304/CE, cuja relatoria foi do Min. Cezar Peluso, que se trata do fornecimento do medicamento Soliris (Eculizumabe), por pleito de Monique Sobreira de Carvalho Moreira e Tiago Moura Sobreira Bezerra, ambos portadores de patologia rara denominada Hemoglobinúria Paroxística Noturna (HPN).

A argumentação do Estado é de que o fornecimento ensejaria numa grave lesão à ordem, à economia e à saúde, eis que o tratamento foi avaliado em aproximadamente R\$ 1.857.202,95. Em razão disso, e, também, a falta de previsão orçamentária, argumentava-se que o pleito não poderia ser atendido. Afirmou, ainda, que o cumprimento da obrigação acabaria por violar os princípios da reserva do possível e da separação dos poderes e que inexistia comprovação da ineficácia do medicamento disponibilizado pelo SUS.

Da análise, verifica-se que o medicamento pleiteado não constava com registro na ANVISA. Contudo, o Ministério Público entendia que havia provas documentais demonstrando ser o medicamento o único eficaz no tratamento da indigitada doença

De acordo com o Min. relator, o elevado custo do medicamento não seria suficiente para implicar em uma grave lesão à ordem, à economia e à saúde pública, razão pela qual o medicamento foi concedido.

Após analisar os casos jurídicos encontrados na jurisprudência do STF, buscando-se apresentar o seu posicionamento - conceito jurisprudencial e aceitabilidade da reserva do possível-, na sequência apresentar-se-ão as principais conclusões acerca da temática investigada

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho objetivou apresentar o conceito de reserva do possível. Para tanto, apresentou-se a origem deste instituto jurídico e, posteriormente, a recepção na ordem jurídica brasileira – doutrina e jurisprudência do STF

Notou-se, assim, que a noção originária da Reserva do Possível (Der Volberhalt Dês Möglichen) é empregada, pela doutrina brasileira, de forma diferente daquela alemã, associando-a enfaticamente a escassez de recursos para a efetivação dos Direitos Sociais.

No âmbito jurisprudencial, identificou-se nas demandas por medicamentos, em que a reserva do possível ou questão orçamentária do Estado surge como um argumento, o STF entende que a escassez de recursos, por si só, não obsta a implementação do Direito à Saúde.

Nesse sentido, observou-se, nos casos estudados, que somente a comprovação concreta pelo ente estatal da inexistência de recursos juntamente com uma demanda além do razoável, poderiam prejudicar o pleito por concretização do Direito à Saúde. Contudo, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal não enfrenta o tema de forma minuciosa, e crítica.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175. Agravante: União. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 17 de Março de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 18 abr. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45. Arguente: PSDB. Arguido: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 29 de Abril de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000072044&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 18 abr. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Segurança 4304/Ceará. Requerente: Estado do Ceará. Requerido: Ministério Público do Estado do Ceará. Relator: Ministro Cezar Peluso (Presidente). Brasília, 19 de Abril de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000143682&base=basePresidencia>>. Acesso em: 18 abr. 2014.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. 3. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FRUGONI, Alina. Cambio tecnológico, riesgos ambientales asociados y una perspectiva jurídica (global) sustentable. Em *Revista Brasileira de Direito*. ISSN 2238-0604. Passo Fundo, vol. 9, n. 2, jul-dez 2013, p. 205-225

LEAL, Rogério Gesta. Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do poder judiciário no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

KRELL, Andreas J. Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos direitos difusos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2 ed, 2013.

KELBERT, Fabiana Okchsteinea. **Reserva do Possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado Editora, 2011.

MARTINS, Leonardo. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo: FUNDACIÓN KONRAD-ADENAUER, 2005.

MORAIS, Fausto Santos de. **Ponderação e Arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF**. Coordenador Lenio Luiz Streck. Salvador: Juspodivm, 2016.

MORAIS, Fausto Santos; REDIN, Giuliana. **O controle Judicial da Efetividade dos Direitos Sociais: A perspectiva da teoria filosófico-política da condição humana e espaço público e da crítica hermenêutica do direito**. Revista de Estudos Jurídicos, a. 15, n. 22, 2011.

MORAIS, Fausto Santos de, ZOLET, Lucas. **Constitutional rights expansion and contributions from Robert Alexy's theory**. Em *Revista Brasileira de Direito*. ISSN 2238-0604. Passo Fundo, vol. 12, n. 2, jul-dez 2016, p. 127-136.

MOREIRA, Alinie da Motta. **As restrições em torno da Reserva do Possível: Uma análise crítica**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MOREIRA, Davi Antônio Gouvêa Costa. **Direito à Saúde e Acesso a Medicamentos: Em busca de parâmetros adequados para a tutela judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais Enquanto Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra editora, 2010.

_____. **Direitos Fundamentais e justiça constitucional em estado democrático de direito**. Coimbra Editora, 2012.

RODRIGUEZ-BLANCO, Verónica. **Law Actually: practical reason, anarchism and the legal rule-compliance phenomenon.** Em *Revista Brasileira de Direito*. ISSN 2238-0604. Passo Fundo, vol 11, n. 1, jan-jun 2015, p. 7-19.

SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à teoria dos custos dos direitos.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do Direito à saúde na Constituição.** Revista eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, setembro/novembro, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 11 ago. 2016.

_____. **Dignidade humana, mínimo existencial e jurisdição constitucional.** In: ALEXY, Robert [org]; HANH, Paulo [org]; SANDKÜHLER, Hans Jörg [org]; [et al]. *Níveis de efetivação dos Direitos Fundamentais Cíveis e Sociais: um diálogo Brasil e Alemanha.* Joaçaba: Editora unoesc, 2013. p. 305 – 334.

SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial dos Direitos Sociais: Alguns parâmetros ético-jurídicos.** In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NOTA:

[1] Convém destacar aqui que a conceituação do que são princípios jurídicos é controversa na doutrina. No entanto, pode-se dizer, que a conceituação dos princípios jurídicos está atualmente embasada na teorização de Robert Alexy. Conforme Moraes, esta hodierna concepção de princípios jurídicos consiste na afirmação que estes são mandamentos de otimização, os quais deverão ser otimizados na maior medida possível em conformidade com as condições fáticas e jurídicas (2016, p. 50). Moraes e Zolet, nesse contexto, afirmam que princípios jurídicos estão intimamente conectados com a noção de Direitos Fundamentais, motivo pelo qual há de se ter extremo cuidado com a expansão de Direitos Fundamentais ou princípios jurídicos, eis, pois, existem casos em

que, muitas vezes, há a valoração de interesses que não são suficientemente importantes para ser considerado como Direito Fundamental ou princípio jurídico (2016, p. 131).

PONDERAÇÕES À POLÍTICA NACIONAL DE TURISMO: BREVES COMENTÁRIOS À LEI Nº 11.771/2008

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

Resumo: O objetivo do presente está assentado na análise da Política Nacional de Turismo, introduzida no ordenamento jurídico por meio da Lei nº 11.771/2008. Cuida salientar que o meio ambiente cultural é constituído por bens culturais, cuja acepção compreende aqueles que possuem valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, espeleológico, fossilífero, turístico, científico, refletindo as características de uma determinada sociedade. Ao lado disso, quadra anotar que a cultura identifica as sociedades humanas, sendo formada pela história e maciçamente influenciada pela natureza, como localização geográfica e clima. Com efeito, o meio ambiente cultural decorre de uma intensa interação entre homem e natureza, porquanto aquele constrói o seu meio, e toda sua atividade e percepção são conformadas pela sua cultura. A cultura brasileira é o resultado daquilo que era próprio das populações tradicionais indígenas e das transformações trazidas pelos diversos grupos colonizadores e escravos africanos. Nesta toada, ao se analisar o meio ambiente cultural, enquanto complexo macrossistema, é perceptível que é algo incorpóreo, abstrato, fluído, constituído por bens culturais materiais e imateriais portadores de referência à memória, à ação e à identidade dos distintos grupos formadores da sociedade brasileira. O conceito de patrimônio histórico e artístico nacional abrange todos os bens moveis e imóveis, existentes no País, cuja conservação seja de interesse público,

por sua vinculação a fatos memoráveis da História pátria ou por seu excepcional valor artístico, arqueológico, etnográfico, bibliográfico e ambiental.

Palavras-chaves: Cultura. Tutela Jurídica. Política Nacional de Turismo.

Sumário: 1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica do Direito Ambiental; 2 Comentários à concepção de Meio Ambiente; 3 Meio Ambiente e Patrimônio Cultural: Aspectos Introdutórios; 4 Ponderações à Política Nacional de Turismo: Breves Comentários à Lei nº 11.771/2008.

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

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

(...) o meio ambiente é um conceito hoje geminado com o de saúde pública, saúde de cada indivíduo, sadia qualidade de vida, diz a

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

É denotável, desta sorte, que a constitucionalização do meio ambiente no Brasil viabilizou um verdadeiro salto qualitativo, no que concerne, especificamente, às normas de proteção ambiental. Tal fato decorre da premissa que os robustos corolários e princípios norteadores foram alçados ao patamar constitucional, assumindo colocação eminente, ao lado das liberdades públicas e dos direitos fundamentais. Superadas tais premissas, aprovou o Constituinte, ao entalhar a Carta Política Brasileira, ressoando os valores provenientes dos direitos de terceira dimensão, insculpir na redação do artigo 225, conceder amplo e robusto respaldo ao meio ambiente como pilar integrante dos direitos fundamentais. “*Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, as normas de proteção ambiental são alçadas à categoria de normas constitucionais, com elaboração de capítulo especialmente dedicado à proteção do meio ambiente*”[13]. Nesta toada, ainda, é observável que o *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988[14] está abalizado em quatro pilares distintos, robustos e singulares que, em conjunto, dão corpo a toda tábua ideológica e teórica que assegura o substrato de edificação da ramificação ambiental.

Primeiramente, em decorrência do tratamento dispensado pelo artífice da Constituição Federal, o meio ambiente foi içado à condição de direito de todos, presentes e futuras gerações. É encarado como algo pertencente a toda coletividade, assim, por esse prisma, não se admite o emprego de qualquer distinção entre brasileiro nato, naturalizado ou estrangeiro, destacando-se, sim, a necessidade de preservação, conservação e não-poluição. O artigo 225, devido ao cunho de direito

difuso que possui, extrapola os limites territoriais do Estado Brasileiro, não ficando centrado, apenas, na extensão nacional, compreendendo toda a humanidade. Neste sentido, o Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ, destacou que:

A preocupação com o meio ambiente - que hoje transcende o plano das presentes gerações, para também atuar em favor das gerações futuras (...) tem constituído, por isso mesmo, objeto de regulações normativas e de proclamações jurídicas, que, ultrapassando a província meramente doméstica do direito nacional de cada Estado soberano, projetam-se no plano das declarações internacionais, que refletem, em sua expressão concreta, o compromisso das Nações com o indeclinável respeito a esse direito fundamental que assiste a toda a Humanidade[15].

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

Assim, decorrente de tal fato, produz efeito *erga omnes*, sendo, portanto, oponível contra a todos, incluindo pessoa física/natural ou

jurídica, de direito público interno ou externo, ou mesmo de direito privado, como também ente estatal, autarquia, fundação ou sociedade de economia mista. Impera, também, evidenciar que, como um direito difuso, não subiste a possibilidade de quantificar quantas são as pessoas atingidas, pois a poluição não afeta tão só a população local, mas sim toda a humanidade, pois a coletividade é indeterminada. Nesta senda, o direito à interidade do meio ambiente substancializa verdadeira prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, ressoando a expressão robusta de um poder deferido, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas num sentido mais amplo, atribuído à própria coletividade social.

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

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

3 Meio Ambiente e Patrimônio Cultural: Aspectos Introdutórios

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

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

Nesta esteira, é possível subclassificar o meio ambiente cultural em duas espécies distintas, quais sejam: uma concreta e outra abstrata. Neste passo, o meio-ambiente cultural concreto, também denominado material, se revela materializado quando está transfigurado em um objeto classificado como elemento integrante do meio-ambiente humano. Assim, é possível citar os prédios, as construções, os monumentos arquitetônicos,

as estações, os museus e os parques, que albergam em si a qualidade de ponto turístico, artístico, paisagístico, arquitetônico ou histórico. Os exemplos citados alhures, em razão de todos os predicados que ostentam, são denominados de meio-ambiente cultural concreto. Acerca do tema em comento, é possível citar o robusto entendimento jurisprudencial firmado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, ao apreciar o Recurso Especial N° 115.599/RS:

Ementa: Meio Ambiente. Patrimônio cultural. Destruição de dunas em sítios arqueológicos. Responsabilidade civil. Indenização. O autor da destruição de dunas que encobriam sítios arqueológicos deve indenizar pelos prejuízos causados ao meio ambiente, especificamente ao meio ambiente natural (dunas) e ao meio ambiente cultural (jazidas arqueológicas com cerâmica indígena da Fase Vieira). Recurso conhecido em parte e provido. (Superior Tribunal de Justiça – Quarta Turma/ REsp 115.599/RS/ Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar/ Julgado em 27.06.2002/ Publicado no Diário da Justiça em 02.09.2002, p. 192).

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

transmite-se de geração a geração e é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente”[19], decorrendo, com destaque, da interação com a natureza e dos acontecimentos históricos que permeiam a população.

O Decreto Nº. 3.551, de 04 de Agosto de 2000[20], que institui o registro de bens culturais de natureza imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências, consiste em instrumento efetivo para a preservação dos bens imateriais que integram o meio-ambiente cultural. Como bem aponta Brollo[21], em seu magistério, o aludido decreto não instituiu apenas o registro de bens culturais de natureza imaterial que integram o patrimônio cultural brasileiro, mas também estruturou uma política de inventariança, referenciamento e valorização desse patrimônio. Ejeta-se, segundo o entendimento firmado por Celso Fiorillo[22], que os bens que constituem o denominado patrimônio cultural consistem na materialização da história de um povo, de todo o caminho de sua formação e reafirmação de seus valores culturais, os quais têm o condão de substancializar a identidade e a cidadania dos indivíduos insertos em uma determinada comunidade. Necessário se faz salientar que o meio-ambiente cultural, conquanto seja artificial, difere-se do meio-ambiente humano em razão do aspecto cultural que o caracteriza, sendo dotado de valor especial, notadamente em decorrência de produzir um sentimento de identidade no grupo em que se encontra inserido, bem como é propiciada a constante evolução fomentada pela atenção à diversidade e à criatividade humana.

4 Ponderações à Política Nacional de Turismo: Breves Comentários à Lei nº 11.771/2008

De plano, a Política Nacional de Turismo é regida por um conjunto de leis e normas, voltadas ao planejamento e ordenamento do setor, e por diretrizes, metas e programas definidos no Plano Nacional do Turismo - PNT estabelecido pelo Governo Federal. A Política Nacional de Turismo obedecerá aos princípios constitucionais da livre iniciativa, da descentralização, da regionalização e do desenvolvimento econômico-social justo e

sustentável, tendo os seguintes objetivos: (i) democratizar e propiciar o acesso ao turismo no País a todos os segmentos populacionais, contribuindo para a elevação do bem-estar geral; (ii) reduzir as disparidades sociais e econômicas de ordem regional, promovendo a inclusão social pelo crescimento da oferta de trabalho e melhor distribuição de renda; (iii) ampliar os fluxos turísticos, a permanência e o gasto médio dos turistas nacionais e estrangeiros no País, mediante a promoção e o apoio ao desenvolvimento do produto turístico brasileiro; (iv) estimular a criação, a consolidação e a difusão dos produtos e destinos turísticos brasileiros, com vistas em atrair turistas nacionais e estrangeiros, diversificando os fluxos entre as unidades da Federação e buscando beneficiar, especialmente, as regiões de menor nível de desenvolvimento econômico e social; (v) propiciar o suporte a programas estratégicos de captação e apoio à realização de feiras e exposições de negócios, viagens de incentivo, congressos e eventos nacionais e internacionais; (vi) promover, descentralizar e regionalizar o turismo, estimulando Estados, Distrito Federal e Municípios a planejar, em seus territórios, as atividades turísticas de forma sustentável e segura, inclusive entre si, com o envolvimento e a efetiva participação das comunidades receptoras nos benefícios advindos da atividade econômica; (vii) criar e implantar empreendimentos destinados às atividades de expressão cultural, de animação turística, entretenimento e lazer e de outros atrativos com capacidade de retenção e prolongamento do tempo de permanência dos turistas nas localidades; (viii) propiciar a prática de turismo sustentável nas áreas naturais, promovendo a atividade como veículo de educação e interpretação ambiental e incentivando a adoção de condutas e práticas de mínimo impacto compatíveis com a conservação do meio ambiente natural; (ix) preservar a identidade cultural das comunidades e populações tradicionais eventualmente afetadas pela atividade turística; (x) prevenir e combater as atividades turísticas relacionadas aos abusos de natureza sexual e outras que afetem a dignidade humana, respeitadas as competências dos diversos órgãos governamentais envolvidos.

Igualmente, são computados como objetivos: (xi) desenvolver, ordenar e promover os diversos segmentos turísticos; (xii) implementar o inventário do patrimônio turístico nacional, atualizando-o regularmente; (xiii) propiciar os recursos necessários para investimentos e aproveitamento do espaço turístico nacional de forma a permitir a ampliação, a diversificação, a modernização e a segurança dos equipamentos e serviços turísticos, adequando-os às preferências da demanda, e, também, às características ambientais e socioeconômicas regionais existentes; (xiv) aumentar e diversificar linhas de financiamentos para empreendimentos turísticos e para o desenvolvimento das pequenas e microempresas do setor pelos bancos e agências de desenvolvimento oficiais; (xv) contribuir para o alcance de política tributária justa e equânime, nas esferas federal, estadual, distrital e municipal, para as diversas entidades componentes da cadeia produtiva do turismo; (xvi) promover a integração do setor privado como agente complementar de financiamento em infra-estrutura e serviços públicos necessários ao desenvolvimento turístico; (xvii) propiciar a competitividade do setor por meio da melhoria da qualidade, eficiência e segurança na prestação dos serviços, da busca da originalidade e do aumento da produtividade dos agentes públicos e empreendedores turísticos privados; (xviii) estabelecer padrões e normas de qualidade, eficiência e segurança na prestação de serviços por parte dos operadores, empreendimentos e equipamentos turísticos; (xix) promover a formação, o aperfeiçoamento, a qualificação e a capacitação de recursos humanos para a área do turismo, bem como a implementação de políticas que viabilizem a colocação profissional no mercado de trabalho; e (xx) implementar a produção, a sistematização e o intercâmbio de dados estatísticos e informações relativas às atividades e aos empreendimentos turísticos instalados no País, integrando as universidades e os institutos de pesquisa públicos e privados na análise desses dados, na busca da melhoria da qualidade e credibilidade dos relatórios estatísticos sobre o setor turístico brasileiro. Quando se tratar de unidades de conservação,

o turismo será desenvolvido em consonância com seus objetivos de criação e com o disposto no plano de manejo da unidade.

O Plano Nacional de Turismo - PNT será elaborado pelo Ministério do Turismo, ouvidos os segmentos públicos e privados interessados, inclusive o Conselho Nacional de Turismo, e aprovado pelo Presidente da República, com o intuito de promover: (i) a política de crédito para o setor, nela incluídos agentes financeiros, linhas de financiamento e custo financeiro; (ii) a boa imagem do produto turístico brasileiro no mercado nacional e internacional; (iii) a vinda de turistas estrangeiros e a movimentação de turistas no mercado interno; (iv) maior aporte de divisas ao balanço de pagamentos; (v) a incorporação de segmentos especiais de demanda ao mercado interno, em especial os idosos, os jovens e as pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, pelo incentivo a programas de descontos e facilitação de deslocamentos, hospedagem e fruição dos produtos turísticos em geral e campanhas institucionais de promoção; (vi) a proteção do meio ambiente, da biodiversidade e do patrimônio cultural de interesse turístico; (vii) a atenuação de passivos socioambientais eventualmente provocados pela atividade turística; (viii) o estímulo ao turismo responsável praticado em áreas naturais protegidas ou não; (ix) a orientação às ações do setor privado, fornecendo aos agentes econômicos subsídios para planejar e executar suas atividades; e (x) a informação da sociedade e do cidadão sobre a importância econômica e social do turismo. O PNT terá suas metas e programas revistos a cada 4 (quatro) anos, em consonância com o plano plurianual, ou quando necessário, observado o interesse público, tendo por objetivo ordenar as ações do setor público, orientando o esforço do Estado e a utilização dos recursos públicos para o desenvolvimento do turismo.

O Ministério do Turismo, em parceria com outros órgãos e entidades integrantes da administração pública, publicará, anualmente, relatórios, estatísticas e balanços, consolidando e divulgando dados e informações sobre: (i) movimento turístico receptivo e emissivo; (ii) atividades turísticas e seus efeitos sobre

o balanço de pagamentos; e (iii) efeitos econômicos e sociais advindos da atividade turística. Em consonância com o artigo 8º da Política em comento, o Sistema Nacional de Turismo será composto pelos seguintes órgãos e entidades: I - Ministério do Turismo; II - EMBRATUR - Instituto Brasileiro de Turismo; III - Conselho Nacional de Turismo; e IV - Fórum Nacional de Secretários e Dirigentes Estaduais de Turismo. Poderão ainda integrar o Sistema: (i) os fóruns e conselhos estaduais de turismo; (ii) os órgãos estaduais de turismo; e (iii) as instâncias de governança macrorregionais, regionais e municipais. O Ministério do Turismo, Órgão Central do Sistema Nacional de Turismo, no âmbito de sua atuação, coordenará os programas de desenvolvimento do turismo, em interação com os demais integrantes. O Sistema Nacional de Turismo tem por objetivo promover o desenvolvimento das atividades turísticas, de forma sustentável, pela coordenação e integração das iniciativas oficiais com as do setor produtivo, de modo a: (i) atingir as metas do PNT; (ii) estimular a integração dos diversos segmentos do setor, atuando em regime de cooperação com os órgãos públicos, entidades de classe e associações representativas voltadas à atividade turística; (iii) promover a regionalização do turismo, mediante o incentivo à criação de organismos autônomos e de leis facilitadoras do desenvolvimento do setor, descentralizando a sua gestão; e (iv) promover a melhoria da qualidade dos serviços turísticos prestados no País.

Os órgãos e entidades que compõem o Sistema Nacional de Turismo, observadas as respectivas áreas de competência, deverão orientar-se, ainda, no sentido de: (i) definir os critérios que permitam caracterizar as atividades turísticas e dar homogeneidade à terminologia específica do setor; (ii) promover os levantamentos necessários ao inventário da oferta turística nacional e ao estudo de demanda turística, nacional e internacional, com vistas em estabelecer parâmetros que orientem a elaboração e execução do PNT; (iii) proceder a estudos e diligências voltados à quantificação, caracterização e regulamentação das ocupações e atividades, no âmbito gerencial

e operacional, do setor turístico e à demanda e oferta de pessoal qualificado para o turismo; (iv) articular, perante os órgãos competentes, a promoção, o planejamento e a execução de obras de infraestrutura, tendo em vista o seu aproveitamento para finalidades turísticas; (v) promover o intercâmbio com entidades nacionais e internacionais vinculadas direta ou indiretamente ao turismo; (vi) propor o tombamento e a desapropriação por interesse social de bens móveis e imóveis, monumentos naturais, sítios ou paisagens cuja conservação seja de interesse público, dado seu valor cultural e de potencial turístico; (vii) propor aos órgãos ambientais competentes a criação de unidades de conservação, considerando áreas de grande beleza cênica e interesse turístico; e (viii) implantar sinalização turística de caráter informativo, educativo e, quando necessário, restritivo, utilizando linguagem visual padronizada nacionalmente, observados os indicadores de sinalização turística utilizados pela Organização Mundial de Turismo.

O poder público federal promoverá a racionalização e o desenvolvimento uniforme e orgânico da atividade turística, tanto na esfera pública como privada, mediante programas e projetos consoantes com a Política Nacional de Turismo e demais políticas públicas pertinentes, mantendo a devida conformidade com as metas fixadas no PNT. O Comitê Interministerial de Facilitação Turística, com a finalidade de compatibilizar a execução da Política Nacional de Turismo e a consecução das metas do PNT com as demais políticas públicas, de forma que os planos, programas e projetos das diversas áreas do Governo Federal venham a incentivar: (i) a política de crédito e financiamento ao setor; (ii) a adoção de instrumentos tributários de fomento à atividade turística mercantil, tanto no consumo como na produção; (iii) o incremento ao turismo pela promoção adequada de tarifas aeroportuárias, em especial a tarifa de embarque, preços de passagens, tarifas diferenciadas ou estimuladoras relativas ao transporte turístico; (iv) as condições para afretamento relativas ao transporte turístico; (v) a facilitação de exigências, condições e formalidades, estabelecidas para o ingresso, saída e permanência de turistas no

País, e as respectivas medidas de controle adotadas nos portos, aeroportos e postos de fronteira, respeitadas as competências dos diversos órgãos governamentais envolvidos; (vi) o levantamento de informações quanto à procedência e nacionalidade dos turistas estrangeiros, faixa etária, motivo da viagem e permanência estimada no País; (vii) a metodologia e o cálculo da receita turística contabilizada no balanço de pagamentos das contas nacionais; (viii) a formação, a capacitação profissional, a qualificação, o treinamento e a reciclagem de mão-de-obra para o setor turístico e sua colocação no mercado de trabalho; (ix) o aproveitamento turístico de feiras, exposições de negócios, congressos e simpósios internacionais, apoiados logística, técnica ou financeiramente por órgãos governamentais, realizados em mercados potencialmente emissores de turistas para a divulgação do Brasil como destino turístico; (x) o fomento e a viabilização da promoção do turismo, visando à captação de turistas estrangeiros, solicitando inclusive o apoio da rede diplomática e consular do Brasil no exterior; (xi) o tratamento diferenciado, simplificado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte de turismo; (xii) a geração de empregos; (xiii) o estabelecimento de critérios de segurança na utilização de serviços e equipamentos turísticos; e (xiv) a formação de parcerias interdisciplinares com as entidades da administração pública federal, visando ao aproveitamento e ordenamento do patrimônio natural e cultural para fins turísticos. O Comitê Interministerial de Facilitação Turística, cuja composição, forma de atuação e atribuições serão definidas pelo Poder Executivo, será presidido pelo Ministro de Estado do Turismo.

O Ministério do Turismo poderá buscar, no Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, apoio técnico e financeiro para as iniciativas, planos e projetos que visem ao fomento das empresas que exerçam atividade econômica relacionada à cadeia produtiva do turismo, com ênfase nas microempresas e empresas de pequeno porte. O Ministério do Turismo poderá buscar, no Ministério da Educação e no Ministério do Trabalho e Emprego, no âmbito de suas

respectivas competências, apoio para estimular as unidades da Federação emissoras de turistas à implantação de férias escolares diferenciadas, buscando minorar os efeitos da sazonalidade turística, caracterizada pelas alta e baixa temporadas. O Ministério do Turismo, diretamente ou por intermédio do Instituto Brasileiro de Turismo - EMBRATUR, poderá utilizar, mediante delegação ou convênio, os serviços das representações diplomáticas, econômicas e culturais do Brasil no exterior para a execução de suas tarefas de captação de turistas, eventos e investidores internacionais para o País e de apoio à promoção e à divulgação de informações turísticas nacionais, com vistas na formação de uma rede de promoção internacional do produto turístico brasileiro, intercâmbio tecnológico com instituições estrangeiras e à prestação de assistência turística aos que dela necessitarem.

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 dez. 2015.

_____. **Decreto N° 3.551, de 04 de Agosto de 2000**. Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 25 dez. 2015.

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

_____. **Lei N°. 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.

Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 25 dez. 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 25 dez. 2015.

_____. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região**. Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em 25 dez. 2015.

BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, a. 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 25 dez. 2015.

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

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

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

MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em 25 dez. 2015.

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

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 25 dez. 2015.

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

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

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

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 25 dez. 2015.

NOTAS:

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 25 dez. 2015, s.p.

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ag. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 25 dez. 2015.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 25 dez. 2015.

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

[6] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 25 dez. 2015.

[7] *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: <www.stf.jus.br>. Acesso em 25 dez. 2015.

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

[9] BRASIL. **Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 25 dez. 2015.

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

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

[12] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 4.029/AM. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Federal Nº 11.516/07. Criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. Legitimidade da Associação Nacional dos Servidores do IBAMA. Entidade de Classe de Âmbito Nacional. Violação do art. 62, caput e § 9º, da Constituição. Não emissão de parecer pela Comissão Mista Parlamentar. Inconstitucionalidade dos artigos 5º, caput, e 6º, caput e parágrafos 1º e 2º, da Resolução Nº 1 de 2002 do Congresso Nacional. Modulação dos Efeitos Temporais da Nulidade (Art. 27 da Lei 9.868/99). Ação Direta Parcialmente Procedente. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 08 mar. 2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 25 dez. 2015.

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

[14] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 25 dez. 2015: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

[15] *Idem*. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ. Ação Direta De

Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense Nº 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei Nº 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 25 dez. 2015.

[16] BROLLO, Sílvia Regina Salau. **Tutela Jurídica do meio ambiente cultural: Proteção contra a exportação ilícita dos bens culturais**. 106f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2006. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2006-10-05T061948Z-421/Publico/SilviaDto.pdf>. Acesso em 25 dez. 2015, p. 15-16.

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

[18] BRASIL. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região**. Acórdão proferido em Apelação Cível Nº 2005251015239518. Direito da propriedade industrial. Marca fraca e marca de alto renome. Anulação de marca. Uso compartilhado de signo mercadológico (ÔMEGA). I – Expressões tradicionais e termos de uso corrente, trivial e disseminado, reproduzidos em dicionários, integram o patrimônio cultural de um povo. Palavras dotadas dessas características podem inspirar o registro de marcas, pelas peculiaridades de suas expressões eufônicas ou pela sua inegável repercussão associativa no imaginário do consumidor. II – É fraca a marca que reproduz a última letra do alfabeto grego (Omega),

utilizado pelo povo helênico desde o século VIII a.C., e inserida pelos povos eslavos no alfabeto cirílico, utilizado no Império Bizantino desde o século X d.C. O propósito de sua adoção é, inegavelmente, o de fazer uso da familiaridade do consumidor com o vocábulo de uso corrente desde a Antiguidade. III – Se uma marca fraca alcançou alto renome, a ela só se pode assegurar proteção limitada, despida do jus excludendi de terceiros, que também fazem uso do mesmo signo merceológico de boa-fé e em atividade distinta. Nessas circunstâncias, não há a possibilidade de o consumidor incidir erro ou, ainda, de se configurar concorrência desleal. IV – Apelação parcialmente provida tão-somente para ajustar o pólo passivo da relação processual, fazendo constar o Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI como réu, mantida a improcedência do pedido de invalidação do registro da marca mista OMEGA (nº 818.522.216), classe 20 (móveis e acessórios de cozinha), formulado por Ômega S.A. Órgão Julgador: Segunda Turma Especializada. Relator: Desembargador Federal André Fontes. Julgado em 25.08.2007. Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em 25 dez. 2015.

[19] BROLLO, 2006, p. 33.

[20] BRASIL. **Decreto N° 3.551, de 04 de Agosto de 2000**. Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 25 dez. 2015.

[21] BROLLO, 2006, p. 33.

[22] FIORILLO, 2012, p. 80.



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS

**Governança da Internet:
Política Internacional no Ciberespaço**

Débora Pontes Macedo

**Belo Horizonte
2010**

Débora Pontes Macedo

**Governança da Internet:
Política Internacional no Ciberespaço**

**Monografia apresentada a Faculdade Mineira de
Direito da Pontifícia Universidade Católica de
Minas Gerais.**

Orientador: Luiz Roberto Rezende Martins

Belo Horizonte

2010

Débora Pontes Macedo
Governança da Internet:
política Internacional no ciberespaço

Monografia apresentada a Faculdade Mineira
de Direito da Pontifícia Universidade Católica
de Minas Gerais.

Luiz Roberto Rezende Martins (Orientador) – PUC Minas

Examinador (a)

Examinador (a)

Belo Horizonte, ____ de _____ de 2010.

*Aos meus pais,
que sonharam meus sonhos.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus que tem guiado todos os meus passos e me possibilitou concluir este trabalho.

Aos meus pais e irmãos, pelo incentivo empreendido a minha vida acadêmica.

Aos colegas que com garra coadunam a expectativa de uma vida profissional bem sucedida.

Ao meu orientador que tornou possível a realização deste trabalho.

A todos que ocupam lugar especial em meu coração e que de alguma forma contribuíram para esta construção.

“É virtual toda entidade “desterritorializada”, capaz de gerar diversas manifestações concretas em diferentes momentos e locais determinados, sem contudo estar ela mesma presa a um lugar ou tempo em particular (...) ainda que não possamos fixá-lo em nenhuma coordenada espaço-temporal, o virtual é real (...) o virtual existe sem estar presente.”

Pierre Lévy

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1: Crescimento do número de usuários na Internet entre os anos de 1995 até 2008 e previsão para 2011.

Gráfico 2: Número de usuários da Internet por regiões geográficas em 2009.

Gráfico 3: Crescimento da Internet no mundo entre 2000 e 2007.

LISTA DE MAPAS

MAPA 1: Localização Geográfica dos 13 principais Servidores da Zona Raiz da Internet.

LISTA DE TABELAS

TABELA 1: Fases da Governança da Internet.

LISTA DE SIGLAS

ARPA – Advanced Research Project Agency (Agência de Projetos de Pesquisa Avançada)

ARPANET – Advanced Research Projects Agency Network (Rede da Agência de Projetos de Pesquisa Avançada)

CMSI – World Summit on Information Society (Cúpula Mundial da Sociedade da Informação)

CSNET – Computer Science Network (Rede Acadêmica de Computadores)

EMBRATEL – Empresa Brasileira de Telecomunicações

FAPESP – Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo

GTGI - Working Group on Internet Governance (Grupo de Trabalho sobre a Governança da Internet)

IANA – Internet Assigned Number Authority (Autoridade de Números IP Designados da Internet)

ICANN – Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (Corporação Internet para Nomes e Números Designados)

IP - Internet Protocol (Protocolo Internet)

LNCC – Laboratório Nacional de Computação Científica

NSF - National Science Foundation (Fundação Nacional da Ciência)

NSFNET – National Science Foundation Network (Rede da Fundação Nacional da Ciência)

ORSN – Open Root Server Network (Rede Aberta de Servidor Raiz)

ONU – Organization of the United Nations (Organização das Nações Unidas)

RNP – Rede Nacional de Pesquisas

TCP/IP – Transmission Control Protocol/Internet Protocol (Protocolo de Controle de Transmissão/ Protocolo Internet)

UFRJ – Universidade Federal do Rio de Janeiro

UNIVAC – Computador Automático Universal (Universal Automatic Computer)

RESUMO

Esta monografia buscou esclarecer as peculiaridades advindas do ciberespaço a respeito da desterritorialização das relações nele configuradas e a consequente dificuldade de aplicação do Direito a essas relações, haja vista à aplicação do Direito estar vinculada às delimitações territoriais de cada país. Uma vez que se constata que a Internet – principal suporte tecnológico do ciberespaço - é um meio de comunicação global e o ciberespaço é, conseqüentemente, um ambiente internacional, é preciso que os Estados atuem, em âmbito internacional de maneira conjunta, sob o princípio da cooperação a fim de que haja uma governança multilateral da Internet. Atualmente o que se observa no cenário mundial é uma governança unilateral exercida principalmente pelos Estados Unidos da América. É um bom sinal em termos políticos e conseqüentemente jurídicos, esse questionamento, sendo isso um dos primeiros passos para a governança multilateral e para a regulamentação da Internet pelo Direito Internacional. Todavia, tem-se questionado esse tipo de governança, pois acredita-se que é legítimo a existência de uma governança multilateral em que seja possível mais países participarem do gerenciamento da Internet. Em termos jurídicos, a governança do ciberespaço abordada nesse, tem como objeto os possíveis fundamentos e delineamentos dos tratados internacionais relativos à regulação e gerenciamento do ciberespaço. A elaboração desses tratados não implica na efetividade de sua aplicação, haja vista que é necessário considerar que o Direito está vinculado a questões de cunho político e social. O gerenciamento da Internet envolve em boa parte questões políticas, haja vista que a própria tentativa de manter-se uma governança unilateral visa manter o poderio político de umas das maiores potências mundial, os Estados Unidos da América.

Palavras chaves: Internet. Ciberespaço. Desterritorialização. Direito. Territorialidade. Governança da Internet.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
2	INTERNET	15
2.1	HISTÓRICO	15
2.2	ESTATÍSTICAS	17
2.2	INTERNET E DIREITO	19
3	CIBERESPAÇO	21
3.1	CONCEITO	21
3.2	PECULIARIDADES	22
3.3	CIBERESPAÇO E O DIREITO	23
4	DA CONCEPÇÃO DE TERRITORIALIDADE	25
4.1	TERRITÓRIO	25
4.2	TERRITÓRIO VIRTUAL	26
5	APLICAÇÃO DO DIREITO AO CIBERESPAÇO	29
5.1	CORRENTE LIBERTÁRIA	29
5.2	CORRENTE DA “ESCOLA DA ARQUITETURA DA REDE”	30
5.3	CORRENTE DO DIREITO INTERNACIONAL	31
5.4	CORRENTE TRADICIONALISTA	31
6	GOVERNANÇA DA INTERNET	33
6.1	CONCEITO	33
6.2	FASES DA GOVERNANÇA	35
6.3	GOVERNANÇA UNILATERAL	36
6.4	GOVERNANÇA MULTILATERAL	39
7	DIREITO INTERNACIONAL	41
7.1	SOCIEDADE INTERNACIONAL	41
7.2	DIREITO INTERNACIONAL E O CIBERESPAÇO	42
7.3	DELINEAMENTOS DOS TRATADOS INTERNACIONAS	44
8	CONCLUSÃO	47
	REFERÊNCIAS	48

1 INTRODUÇÃO

A sociedade atual é denominada como a Sociedade da Informação, haja vista que está imersa nas novas tecnologias da informação.

A Internet, o meio de comunicação de destaque dessa nova sociedade, revolucionou a forma atual de comunicação, possibilitando o trânsito global da informação. É um instrumento de conexão global através do qual há intensa troca de informações com interatividade instantânea e supressão de distâncias, espaço e tempo. Essa conexão global origina o que se denomina hoje como ciberespaço. Portanto, a Internet é a principal base tecnológica desse espaço.

As relações humanas modificaram-se com o advento da Internet, sendo necessário que o Direito como instrumento regulador das condutas humanas faça frente à essas mudanças.

Por se tratar de um meio de comunicação global e ser o ciberespaço um ambiente internacional é mais adequado que o Direito Internacional seja o instrumento de regulação do mesmo, uma vez que, não é possível delimitar os limites territoriais do ciberespaço como se faz com o território físico dos países.

Atualmente o que se propõe é uma governança multilateral caracterizada pela cooperação dos países em âmbito internacional, que se contrapõe à existência de uma governança unilateral.

É preciso ao menos delinear os fundamentos e princípios dos instrumentos jurídicos de atuação dos governos a nível internacional, sem, contudo, ter a pretensão de esgotar o tema e muito menos de considerar como absoluto o conhecimento produzido, já que o objeto de estudo está em constante mutação.

A elaboração de tratados internacionais sobre o ciberespaço não implica na efetividade de sua aplicação, pois é preciso considerar os contextos políticos existentes.

Saliente-se que é relevante para entendimento do tema dessa monografia a apresentação, mesmo que de forma sucinta, de alguns assuntos como, histórico e

estatísticas da Internet, conceito de ciberespaço e contexto internacional sobre a discussão da governança.

Além do mais, a apresentação de temas como governança unilateral e multilateral, bem como a apresentação de estatísticas quanto à expansão mundial da Internet, objetiva contextualizar o tema no cenário político internacional e enfatizar a necessidade premente de que os juristas despertem para as demandas que advém da sociedade da informação.

A pretensão dessa monografia não é abordar os conteúdos dos tratados internacionais que versem sobre o ciberespaço, mas tratar dos possíveis delineamentos dos mesmos.

2 INTERNET

2.1 Histórico

Adotando a cronologia estipulada por Kang citado por Rohrmann (2005, p. 4), podemos dividir o histórico da Internet em fases.

A primeira fase remonta o início da década de 1960 em que começaram as pesquisas para a troca de mensagem em rede utilizando a tecnologia *packet switched*. Em 1969, o Departamento de Defesa dos Estados Unidos passou a utilizar a mesma tecnologia em sua rede de computadores de origem militar, a Rede da Agência de Projetos de Pesquisa Avançada (ARPANET).¹ Essa rede tinha o objetivo de conectar as bases militares com o departamento de pesquisas do governo americano.

Até 1970 essa rede tinha quatro pontos de presença localizados em Stanford, Los Angeles, Santa Bárbara e Utah e utiliza o protocolo *Network Control Protocol*.

Segundo Rohrmann, “a internet não teve origem exclusivamente na rede militar ARPANET, pois muito antes do surgimento desta, já se faziam pesquisas avançadas com redes de computadores na Universidade de Los Angeles e no Massachusetts Institute of Technology.” (ROHRMANN, 2005, p. 5)

A segunda fase ocorre durante a década de 1970, período em que o número de computadores ligados a rede cresceu e ocasionou problemas técnicos com o protocolo até então utilizado, pois o *Network Control Protocol* não protegia a rede contra perdas de informações.

Devido a necessidade de um crescimento confiável da Internet surgiu um novo protocolo denominado Protocolo de Controle de Transmissão/ Protocolo Internet (TCP/IP), que até hoje é utilizado.²

Segundo os historiadores Katie Hafner e Matthew Lyon citados por Margaret Wertheim, “a rede ARPA estava crescendo a uma taxa de cerca de um nó por mês, e

¹ Advanced Research Projects Agency Network (ARPANET)

² Transmission Control Protocol/Protocol Internet

em agosto de 1972 ela continha vinte e nove nós localizados em universidades e centros de pesquisas espalhados pelos Estados Unidos”. (WERTHEIM, 2001, p. 164)

Conforme Wertheim (2001) nos primeiros anos da década de 1970 o crescimento foi somente incremental, pois a manutenção de um *site* custava cem mil dólares por ano.

Na década de 1980, terceira fase, iniciou-se a ampla difusão da utilização da rede, especialmente para a comunidade acadêmica. Nesta década também foi criada a Fundação Nacional da Ciência (NSF) que substituiu a Agência de Projetos de Pesquisa Avançada (ARPA) na gerência da Internet e patrocinou a padronização do protocolo TCP/IP. Nessa oportunidade, a rede ARPANET foi substituída pela Rede da Fundação Nacional da Ciência (NSFNET).³

Para Wertheim, “a criação da NSFNET marca uma guinada na história do ciberespaço e dá início a inflação ciberespacial.” (WERTHEIM, 2001, p. 165)

Segundo Wertheim, a necessidade de criar uma rede civil era evidente, pois muitos cientistas estavam solicitando o acesso *online*, contudo, a ARPANET não era muito acessível aos que não pertenciam a ARPA.

Em 1980 “a National Science Foundation decidiu patrocinar uma rede que conectasse um número cada vez maior de departamentos de ciência dos computadores espalhados pelo país, a CSNET.” (WERTHEIM, 2001, p. 164)

Na década de 1990, quarta fase, torna-se maior a utilização da Internet pela sociedade. E o início dessa década é marcado pelo fechamento da ARPANET.

Rohrmann acrescenta mais uma fase à divisão proposta por Kang, propõe uma quinta fase:

(...) a quinta fase teve início no ano 2000, com o despontamento da primeira crise econômica da rede em que o índice NASDAQ, da Bolsa de Nova Iorque, atingiu seu máximo no início de 2000 e caiu vertiginosamente a partir do dia 27 de março daquele ano. (ROHRMANN, 2005, p. 7)

A partir da primeira iniciativa para a expansão da Internet à meios não limitados ao campo científico, foi possível verificar que esse meio de comunicação tenderia cada dia mais ao crescimento e atualização.

³ Advanced Research Project Agency (ARPA), National Science Foundation (NSF) e National Science Foundation Network (NSFNET)

2.2 Estatísticas

Em 1951 foi lançado o primeiro computador comercial, conhecido como Computador Automático Universal (UNIVAC), tinha cerca de 18 (dezoito) mil válvulas, chegando a pesar 30 toneladas. Esse computador foi utilizado pelo serviço de censo dos Estados Unidos.⁴

Em 1971 com o advento dos microprocessadores foi possível a criação dos computadores pessoais, o que possibilitou o aumento de pessoas conectadas à Internet. A partir de então, a Internet passou a expandir-se, aumentando a cada ano o número de usuários conectados, conforme demonstra o gráfico abaixo:

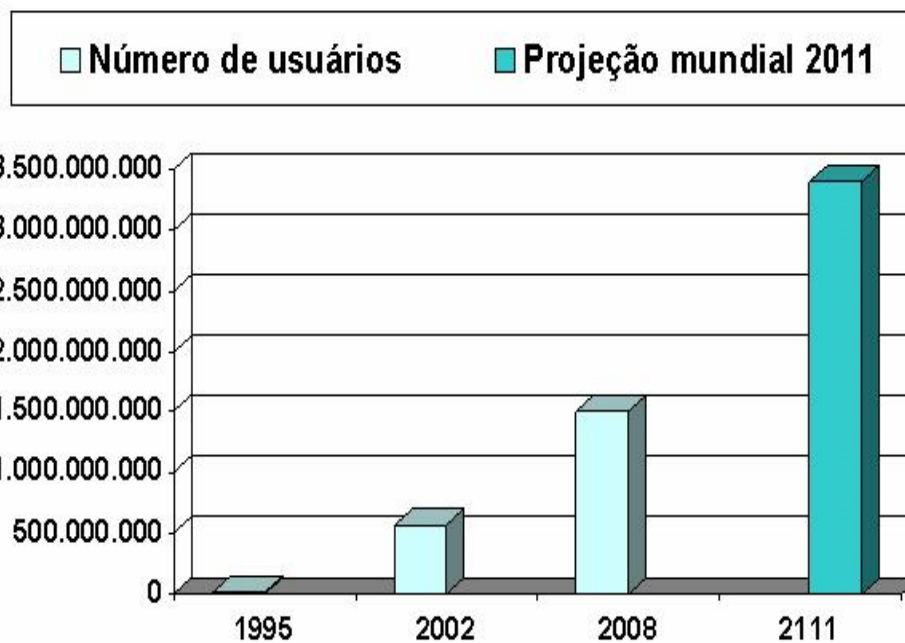
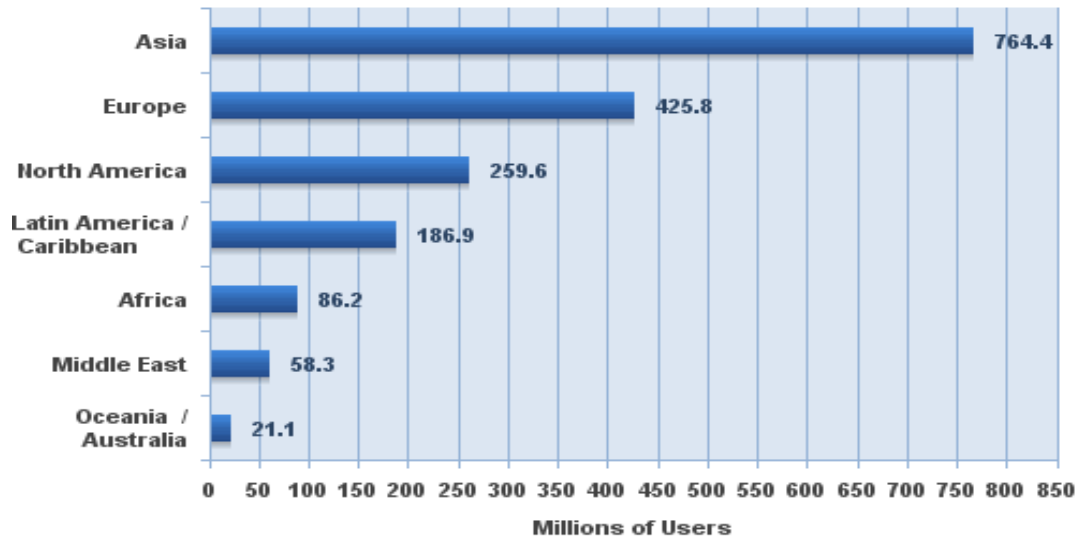


Gráfico 1: Crescimento do número de usuários na internet entre os anos de 1995 até 2008 e previsão para 2011. FONTE: indicorp.com.br/2009/11/29/revolução-mundial/

O número de usuários por regiões do mundo pode ser observado no gráfico abaixo:

⁴ Universal Automatic Computer (UNIVAC)

Internet Users in the World by Geographic Regions - 2009



Source: Internet World Stats - www.internetworldstats.com/stats.htm
 Estimated Internet users are 1,802,330,457 for December 31, 2009
 Copyright © 2010, Miniwatts Marketing Group

Gráfico 2: Número de usuários da internet por regiões geográficas.
 Fonte: www.internetworldstats.com/stats.htm

A internet só chegou ao Brasil em 1988 graças a iniciativas da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP) e do Laboratório Nacional de Computação Científica (LNCC).

Em 1989 foi criada a Rede Nacional de Pesquisas (RNP), instituição que seria responsável pela disponibilização e coordenação da Internet no Brasil.

O passo inicial foi a interligação em rede das instituições educacionais através do *backbone* RNP, suporte que posteriormente passou a ser denominado Internet/BR.

Somente em 1995, por iniciativa da Empresa Nacional de Telecomunicações (EMBRATEL), iniciou-se a implantação da Internet comercial através de linhas discadas. A partir de então, várias outras iniciativas com vista ao desenvolvimento da Internet foram tomadas.

Atualmente o Brasil é um dos países com maior número de crescimento de usuários conectados à internet. É o que demonstra o gráfico abaixo:

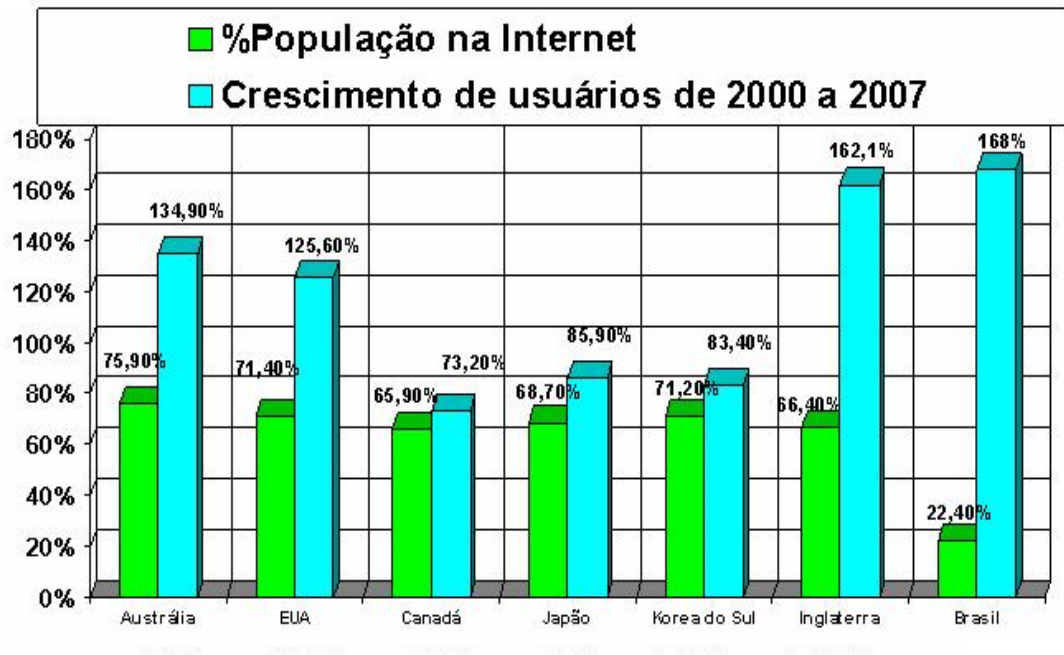


Gráfico 3: Crescimento da internet no mundo entre 2000 e 2007. FONTE: www.indicorp.com.br/2009/11/29/revolucao-mundial/

O que se demonstra é que a Internet tornou-se um dos meios de comunicação mais utilizados em todo mundo. Em um pequeno espaço de tempo fez-se presente em todos os setores da sociedade.

2.3 Internet e Direito

As discussões sobre o direito da Internet são recentes, iniciando-se somente a partir da década de 1990.

Segundo Rohrmann (2005) os maiores questionamentos eram relativos ao problemas relacionados aos conflitos de jurisdição no ciberespaço, a questão da desterritorialização.

Cláudia Lima, citada por Rohrmann (2005, p. 11) afirma que “a maior tendência da Internet é para a globalização e que o meio eletrônico teria quebrado o paradigma estatal em decorrência da desterritorialização.”

Segundo Patrícia Peck “todos os veículos de comunicação que compõe a sociedade convergente passaram a ter relevância jurídica a partir do momento em que se tornaram instrumentos de comunicação de massas”. (PINHEIRO, 2008, p. 30)

Ressalta ainda a autora que “a massificação do comportamento exige que a conduta passe a ser abordada pelo Direito, sob pena de criar insegurança no ordenamento jurídico e na sociedade.” (PINHEIRO, 2008, p. 30).

Saliente-se que, como afirma Alberto Rohrmann, “o direito é essencialmente territorial” e uma vez que a virtualização acarretou a ‘desterritorialização’ das relações humanas, um problema a ser resolvido é a questão da aplicação do direito aos fatos e atos jurídicos aperfeiçoados no ciberespaço. (ROHRMANN, 2005, p. 11)

O grande questionamento é de como se aplicará o direito a um espaço que não se encontra delimitado territorialmente – ciberespaço - haja vista que o direito interno aplica-se aos limites geográficos do território e a extraterritorialidade é exceção.

Cumprе ressaltar que a Internet surgiu nos Estados Unidos da América e a intensificação de seu uso também se deu nesse país. É dessa premissa que decorre a preocupação acadêmica de que o direito norte-americano seja a fonte principal a ser aplicada às relações advindas da Internet.

3 CIBERESPAÇO

3.1 Conceito

As conceituações de ciberespaço são dadas por teóricos de diversas áreas do conhecimento.

Inicialmente, cumpre ressaltar que a expressão ciberespaço foi desenvolvida por William Gibson em 1984, em seu romance de ficção científica *Neuromancer*, em que designava o universo das redes digitais onde havia batalhas econômicas e culturais.⁵

Wille Duarte Costa, citado por Alberto Rohrmann (2005), afirma que “a invenção do telégrafo, em 1835, por Morse, foi a origem do espaço virtual”.

Segundo o filósofo Pierre Lévy, “ciberespaço é o espaço de comunicação aberto pela interconexão mundial dos computadores e das memórias dos computadores” (LÉVY, 2000, p. 92).

Para o jurista Alberto Rohrmann “cuida-se de ambiente de comunicação que interliga os dispositivos eletrônicos, permitindo às pessoas a realização de vários atos, muitos dos quais jurídicos” (ROHRMANN, 2005, p. 1).

Conforme entendimento da escritora americana Margaret Wertheim o ciberespaço tem vários sentidos diferentes, quais sejam:

Em primeiro lugar, em seu nível subjacente ele consiste de uma rede física de computadores interligados por cabos telefônicos, fibras ópticas e satélites de comunicação. Mas ao lado dessa rede física, há também uma vasta rede não física, pois muitas das relações que constituem o ciberespaço são meros vínculos lógicos, implementados apenas em software. (WERTHEIM, 2001, p. 220)

Wertheim (2001) destaca ainda que o ciberespaço é essencialmente relacional e faz um comparativo entre este e uma comunidade que é formada por diversas redes de relações.

⁵ LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. 2ª ed. São Paulo: Trinta e Quatro 2000.p.92.

Por fim, conclui-se que o advento do ciberespaço está relacionado à evolução da tecnologia e que essas tecnologias afetam diretamente as relações sociais. Além do mais, a Internet é o principal suporte técnico desse espaço.

3.2 Peculiaridades

No ciberespaço as informações são processadas em alta velocidade, não há barreiras temporais nem territoriais. Há possibilidades de contatos amigáveis, trocas de conhecimento e experiências e execução de transações contratuais. São milhares de relações que se configuram de um canto a outro do mundo, suprimindo-se as distâncias.

Nesse espaço a interatividade é instantânea. O correio eletrônico possibilita o envio de mensagens em tempo real. Uma mensagem enviada chega ao destinatário em questão de segundos, diferentemente de uma carta via postal.

Para Suyanne Tolentino, “com o surgimento da rede mundial de computadores, ao clicar o mouse a sensação é de poder, e de proximidade, o mundo está em nossas mãos, tudo está perto, no tempo e no ciberespaço” (TOLENTINO, 2001, p. 35-37).

Como diz Nicholas Negroponte, “a informação sintetizada em bits, torna-se incontrolável, livre e desarraigada da censura” (NEGROPONTE, 2001).

Seguindo essa mesma idéia, André Lemos, citado por Álvaro Lorangeira, afirma que:

O ato de se conectar ao ciberespaço sugere versões dos ritos de agregação e separação, onde a tela do monitor possibilita a passagem a um outro mundo. A tela é a fronteira entre o individual e o coletivo; entre o orgânico e o artificial; entre o corpo e o espírito. (LEMOS *apud* LARANGEIRA, 1998, p. 169).

Wertheim faz a seguinte observação:

Quando vou ao ciberespaço, deixo para trás tanto as leis de Newton quanto as leis de Einstein. Ali, nem as leis mecanicistas, nem as relativísticas, nem as quânticas se aplicam.” (WERTHEIM, 2001, p. 167)

Sem dúvida alguma, o ciberespaço propõe relações humanas que independem dos lugares geográficos e da coincidência dos tempos. Indivíduos podem se relacionar, cooperar, trocar informações, em tempo real, apesar de estarem distribuídos em diferentes regiões geográficas e fusos horários diferentes. Sobre esta peculiaridade do ciberespaço, Lévy afirma que:

Envoltos e imersos nessa rede – o ciberespaço -, nossas culturas nacionais fundem-se lentamente em uma cultura globalizada e cibernética (LÉVY, 2000)

É importante compreender o que é o ciberespaço, mesmo que não seja possível conhecer todos os seus aspectos. O simples conhecimento de sua existência e implicações é relevante para Direito, uma vez que este regula as relações humanas.

3.3 Ciberespaço e o direito

Patrícia Peck Pinheiro (2008) assevera que diante das implicações advindas da sociedade da informação ou sociedade convergente são necessárias iniciativas que objetivem o gerenciamento do ciberespaço. Além do mais, o Direito como responsável pela regulação das relações sociais precisa dar respostas eficientes às demandas advindas desse espaço.

A autora enfatiza que a capacidade de adaptação do Direito é importante para a estabilidade do sistema jurídico. Sistema jurídico este, que seja capaz de atender as expectativas da sociedade e ter uma atuação legítima por meio de normas válidas e eficazes. Para a autora a evolução tecnológica processa-se em alta velocidade enquanto a produção legislativa não acompanha esse ritmo.

Patrícia Peck Pinheiro afirma o seguinte:

O problema não está apenas no âmbito da Internet, mas em toda sociedade globalizada e convergente, na qual muitas vezes não é possível determinar qual o território em que aconteceram as relações jurídicas, os fatos e seus efeitos, sendo difícil determinar que norma aplicar utilizando os parâmetros tradicionais. (PINHEIRO, 2008, p.38)

Ressalte-se que a aplicação do direito ao espaço físico é possível por serem as fronteiras dos países bem definidas, caso este que não ocorre no ciberespaço.

A principal discussão relativa ao direito e ciberespaço diz respeito as características da desterritorialização própria do primeiro frente a territorialidade próprio do Direito.

Ressaltando a característica de um direito essencialmente territorial, David Post e David R. Johnson citados por Rohrmann afirmam:

Imaginamos um mundo em que as fronteiras territoriais – linhas que separam espaços físicos – são de fundamental importância para se determinarem os direitos e as obrigações jurídicas. Todo direito é, *prima facie*, territorial. As fronteiras territoriais, de um modo geral, demarcam áreas dentro das quais diferentes tipos de normas jurídicas se aplicam. (POST; JOHNSON apud ROHRMANN, 2005, p. 14).

Verifica-se, portanto, a partir das características próprias do ciberespaço que as normas jurídicas a serem aplicadas a esse espaço não devem ter um vínculo absoluto com o elemento território.

Não é possível um governo supranacional, mas é concebível a criação de normas que não se limitem à jurisdição territorial de um único Estado. Partindo de tal premissa, conclui-se que os tratados internacionais são o principal meio para a regulação jurídica do ciberespaço.

4 DA CONCEPÇÃO DE TERRITORIALIDADE

4.1 Território

O território, juntamente com o povo e a soberania são elementos constitutivos do Estado Moderno.

A noção de território está estreitamente vinculada a concepção de direito, soberania e jurisdição.

O Estado aplica o direito dentro dos limites geográficos do seu território, sendo que a aplicação da lei além do mesmo constitui-se exceção.

Segundo entendimento de Dalmo de Abreu Dalari:

(...) o território é o espaço ao qual se circunscreve a validade da ordem jurídica estatal, pois embora a eficácia de suas normas possa ir além dos limites territoriais, sua validade como ordem jurídica estatal depende de um espaço certo, ocupado com exclusividade. (DALARI, 1998, p. 33)

O princípio da aderência ao território vincula a jurisdição estatal a uma área territorial, ou seja, o poder de dizer o direito está limitado ao território sobre qual o Estado exerce sua soberania.

A respeito da jurisdição, Alexandre Atheniense afirma:

A manifestação do *jus imperium* estatal expressa-se mediante sua capacidade de decidir e impor suas decisões perante a população obediente a sua soberania consubstanciada a um território geográfico, promovendo a harmonização de conflitos mediante a realização do Direito justo. O poder estatal é delegado às autoridades judiciais e às autoridades administrativas que se incumbem de legitimar seus atos de forma transparente por meio do devido processo legal. (ATHENIENSE, 2003, p. 75)

É em seu território que o Estado exerce a soberania plena, sem, em regra, sofrer a ingerência de qualquer poder externo. É nele que legitima a sua atuação e exerce as suas funções, quais sejam, legislativa, executiva e judiciária. Contudo, o Estado está inserido em contexto que não se limita ao seu território, sendo necessário que mantenha relações a nível internacional, a fim de assegurar seu poderio soberano.

4.2 Território virtual

Como demonstrado anteriormente através da conceituação tradicional de território, o direito, a soberania e a jurisdição estão totalmente vinculados a idéia de espaço.

Patrícia Peck Pinheiro afirma que “no mundo tradicional, a questão da demarcação do território sempre foi definida por dois aspectos: os recursos físicos que esse raio contém e o raio de abrangência de determinada cultura.” (PINHEIRO, 2008, p. 38)

Ocorre que com o advento das tecnologias a concepção de espaço mudou completamente, pois se passou a conviver com a idéia da existência de um espaço imaterial conectado por meio da Internet, ou seja, o ciberespaço. E neste sentido, Patrícia afirma:

A sociedade digital rompe essas duas barreiras: o mundo virtual constrói um novo território, dificilmente demarcável, no qual a própria riqueza assume um caráter diferente, baseada na informação, que, como vimos, é inesgotável e pode ser duplicada infinitamente. A questão se complica se lembrarmos que com a Internet, as diferentes culturas se comunicam o tempo todo. (PINHEIRO, 2008, p. 38)

Seguindo a mesma idéia, Manuel Castells afirma que “a Internet tem uma geografia própria feita de redes e nós que processam fluxos de informação.” (CASTELLS, 2003, p. 170). Ainda sobre a Internet, Castells assevera que:

Novas configurações territoriais emergem de processos simultâneos de concentração, descentralização e conexões espaciais, incessantemente elaborados pela geometria variável dos fluxos de informação global. (CASTELLS, 2003, p. 170)

Margaret Wertheim afirma que o ciberespaço “é o território de mais rápido crescimento da história”, pois se formou em pouco mais de um quarto de século (WERTHEIM, 2001, p. 167).

Wertheim ressalta que o ciberespaço não está vinculado a concepção fisicalística do real, e que “sem dúvida é uma espécie de geografia diferente de tudo que

experimentado no mundo físico, mas ela não se torna menos real por não ser material.” (WERTHEIM, 2001, p. 169)

É mais preciso conceituar o ciberespaço como um espaço virtual do que território virtual, pois desta forma é mais fácil desvincular-se da idéia tradicional de território como elemento físico.

Sobre a dificuldade de assimilação do que é o ciberespaço, Margaret Wertheim ressalta que “muitos de nós nos acostumamos tanto a pensar o espaço como algo puramente físico que pode nos ser difícil aceitar o ciberespaço como algo genuíno.” (WERTHEIM, 2001, p. 168)

Afirma ainda a autora que estando no ciberespaço é difícil definir a posição em que se está:

O “lugar” exato onde estou quando entro no ciberespaço é uma questão ainda em aberto, mas claramente minha posição não pode ser expressa em termos de uma localização matemática num espaço euclidiano ou relativístico (...). (WERTHEIM, ANO, p. 168)

Cumprе ressaltar também a afirmativa de Patrícia Peck quanto as peculiaridades da sociedade digital:

Para a sociedade digital, não é mais um acidente geográfico, como um rio, montanha ou baía, que determina a atuação do Estado sobre seus indivíduos e a responsabilidade pelas conseqüências dos atos destes. A convergência, seja por Internet, seja por outro meio, elimina a barreira geográfica e cria um ambiente de relacionamento virtual paralelo no qual todos estão sujeitos aos mesmos efeitos, ações e reações. (PINHEIRO, 2008, p. 40)

O ciberespaço propõe novas perspectivas quanto ao tratamento jurídico que o Estado dá as relações humanas. Segundo José Carlos de Araújo Almeida Filho “a ordem estatal perde seu poder de normatividade diante do espaço criado pelos meios de comunicação informáticos” (ALMEIDA FILHO, 2008, p. 35), porque a desterritorialização advinda do mesmo implica na confusão para definir em qual jurisdição que o indivíduo encontra-se ao estar no ciberespaço.

A desterritorialização é a característica marcante do território virtual, ou melhor, do ciberespaço, sendo que tal característica se contrapõe à limitação da jurisdição ao território.

Mais uma vez ressalte-se que território, direito, soberania e jurisdição estão vinculados. Por isso, no que diz respeito ao ciberespaço, é preciso entender como será a atuação estatal em um espaço imaterial, sem delimitações.

É importante tal entendimento, pois como afirma Patrícia Peck Pinheiro, no ciberespaço “os valores a serem protegidos são determinados dentro de um espaço social maior que os limites do território do Estado.” (PINHEIRO, 2008, p. 45).

As relações no ciberespaço, como já exposto anteriormente, diferem das relações nos espaços físicos, uma vez que aquelas relações não se subordinam inicialmente a um determinado território.

A partir desse entendimento é importante questionar “a capacidade que tem um Estado de agir sobre um comportamento que tem lugar em outra jurisdição” haja vista estar limitado pelas velhas formas de poder baseadas na territorialidade. (CASTELLS, 2003, p. 148)

Portanto, conforme preceitua Castells (2003), tendo em vista o caráter global da Internet, torna-se necessário que os governos hajam de maneira conjunta, mesmo que isso importe em concordar com padrões comuns de regulação.

5 APLICAÇÃO DO DIREITO AO CIBERESPAÇO

Diante do advento do ciberespaço e da intensificação das relações nele existentes, surgiram diversos entendimentos quanto a sua regulamentação.

As correntes doutrinárias referentes a regulação do ciberespaço serão expostas a seguir.

5.1 Corrente Libertária

A corrente libertária tem como principais expoentes os doutrinadores norte-americanos Jonh Perry Barlow, David Post e David R. Johnson.

David Post citado por Rohrmann (2005) defendia a tese que não era cabível a aplicação do direito tradicional ao ciberespaço, uma vez que, a característica de falta de fronteiras bem definidas no ciberespaço era totalmente oposta a característica da territorialidade própria do direito tradicional.

Ressalte-se que esta corrente é resultado da reação quanto à possibilidade de aplicação do direito do mundo físico à Internet. O entendimento desta corrente doutrinária é de que a Internet é um mundo a parte do mundo físico, constituído por comunidades próprias que tem normas próprias.

Barlow citado por Rohrmann vigorosamente defende essa idéia, como demonstra sua afirmação:

Governos do Mundo Industrial, gigantes cansados de aço e carne, eu venho do Espaço Virtual, a nova Casa da Mente. Em nome do futuro, eu peço a vocês do passado que nos deixem a sós. Vocês não são bem-vindos entre nós. Vocês não têm soberania onde nós nos reunimos. Nós não temos governo eleito, nem deveremos tê-lo; então, não lhes falo com uma autoridade maior do que aquela com que a liberdade sempre fala por si só. ***Eu declaro o espaço social global que nós estamos construindo, naturalmente, independentemente das tiranias que vocês procuram impor a nós. Vocês não tem autoridade moral para nos normatizar, nem possuem formas de aplicação de leis capazes de nos fazer temê-las.*** (BARLOW *apud* ROHRMANN, 2005, p. 13, grifo nosso)

Seguindo o mesmo entendimento, Kuhn citado por Rohrmann afirma:

“(...) o direito a ser aplicado à Internet e aos ambientes eletrônicos haveria de ser pautado pela chamada ‘reconstrução da área de estudos a partir de novos princípios’ com a negação do modelo tradicional do direito até então conhecido.” (ROHRMANN, 2005, p. 16)

A proposta desta corrente doutrinária, segundo Rohrmann (2005) é a da criação de um Direito Descentralizado, em que seriam válidas as normas de fato advindas das decisões impessoais dos envolvidos no ciberespaço. Seriam, portanto, normas alheias ao Estado, conforme enfatiza Post e Johnson, citados Rohrmann:

(...) Em que pese algumas pessoas pensarem que a ordem somente existe quando emanada de um poder central, controlada por uma hierarquia, tal processo, necessariamente, não leva ao caos nem à hierarquia. Ao contrário, ***os protocolos técnicos da rede acabaram criando um sistema complexo de adaptação que produz uma espécie de ordem que não depende de advogados, decisões judiciais, leis, nem votos*** (...). (POST; JOHNSON *apud* ROHRMANN, 2005, p. 18, grifo nosso)

A corrente libertária representa a negação do Direito como meio para a regulação das relações existentes no ciberespaço.

5.2 Corrente da “Escola da Arquitetura de Rede”

Essa corrente tem como principal expoente o professor Lawrence Lessig e defende que o Estado deve determinar a natureza tecnológica do ciberespaço e regulamentá-lo a fim de que outros não exerçam o controle do mesmo de forma contrária aos interesses do Estado.

Lessig, citado por Rohrmann, afirma que “a ausência de intervenção do Estado acabaria por acarretar controle maior que seria nocivo para os interesses da maioria, em benefício das necessidades e dos interesses próprios das grandes empresas.” (LESSIG *apud* ROHRMANN, 2005, p. 24)

O que a presente corrente propõe, conforme Rohrmann, é “uma espécie de criação de uma norma baseada na tecnologia, de uma *lex informatica*.” (ROHRMANN, 2005, p. 25)

5.3 Corrente do direito internacional

A presente corrente doutrinária entende que o ciberespaço é um ambiente internacional, uma vez que, através deste espaço é possível ter acesso a vários recursos em *sites* estrangeiros, sem, contudo, ter que ausentar-se fisicamente do país de origem.

Conforme Rohrmann os doutrinários dessa corrente viam-se “interessados pela habilidade que a Internet trazia para as pessoas poderem, rapidamente, 'ao clique do *mouse*', mudar de 'uma jurisdição' para 'outra jurisdição'.” (ROHRMANN, 2005, p. 27)

Sobre a natureza internacional do ciberespaço, o professor Stuart Biegel, citado por Rohrmann, afirma o seguinte:

Importantes características do espaço virtual são a natureza e o escopo internacionais. O espaço virtual é uma mídia internacional, e a Internet é uma entidade completamente global. A WWW, por exemplo, permite que as pessoas se movam sem deixar marcas e sem esforços de um *web site* nos EUA para outro na Ásia. (BIEGEL apud ROHRMANN, 2005, p. 27).

A teoria proposta é de que sendo o ciberespaço um espaço sem delimitações territoriais, deve ser considerado um espaço internacional.

5.4 Corrente tradicionalista

O professor Biegel, citado, por Rohrmann afirma que essa corrente doutrinária propõe “a aplicação das normas existentes e o desenvolvimento de novas normas

jurídicas, individualmente, para cada Estado” para a regulamentação do ciberespaço. (BIEGEL *apud* ROHRMAN, 2005, p. 34)

Conforme essa corrente o ciberespaço não é um espaço à parte do mundo físico que não está sujeito à jurisdição tradicional. Tal entendimento é exposto por Rohrmann na seguinte afirmação:

(...) não há o chamado “território eletrônico” ou o “mundo à parte” da Internet ou do espaço virtual. Os atos jurídicos praticados por meio da rede e que têm efeito em determinada jurisdição podem estar sujeitos às decisões daquelas cortes. Não há atos praticados dentro do espaço virtual que estejam fora do alcance de todas as jurisdições constituídas. (ROHRMANN, 2005, p. 38)

Afirma ainda Rohrmann:

(...) O Estado só é chamado a dizer o direito quando há alguma discordância, ou seja, em situações de exceção. Assim, dizer que o direito só existe quando há sua aplicação efetiva pelo Estado é negar a busca do bem comum e da justiça pelo consenso obtido na sociedade por meio do direito. (ROHRMANN, 2005, p. 36)

A corrente tradicionalista busca contrapor-se à idéia de que por haver dificuldades de aplicação do direito ao ciberespaço não seria este regulável pelo mesmo.

6 GOVERNANÇA DA INTERNET

6.1 Conceito

A governança da Internet já se tornou tema de discussão no cenário internacional.

Uma das iniciativas relevantes foi a criação em 21 de dezembro de 2001, pela Organização das Nações Unidas, da Cúpula Mundial da Sociedade da Informação, órgão composto por governos, sociedade civil, iniciativa privada, organizações não-governamentais e organismos internacionais e tem como objetivo a identificação dos principais desafios da sociedade da informação.⁶

Na Declaração de Princípios da Cúpula Mundial da Sociedade da Informação reconheceu-se que as tecnologias da informação e comunicação têm imensa repercussão em todos os aspectos da vida humana:

A Sociedade da Informação é por sua natureza intrinsecamente global e os esforços nacionais ***devem ser respaldados por uma cooperação eficaz, a nível internacional e regional entre os governos, o setor privado, a sociedade civil e os demais interessados, entre eles as instituições financeiras internacionais.*** (CÚPULA MUNDIAL DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO, 2003, tradução nossa, grifo nosso)⁷.

A primeira reunião da Cúpula Mundial da Sociedade da Informação (CMSI) realizada em 2003, na cidade de Geneve, resultou na criação do Grupo de Trabalho sobre a Governança da Internet (GTGI)⁸.

Em seu relatório final o GTGI definiu governança da internet:

Governança da Internet é o desenvolvimento e a execução pelos governos, sociedade civil e iniciativa privada, em seus respectivos papéis, de princípios, normas, regras, procedimentos decisórios e programas compartilhados que

⁶ Sobre a Cúpula Mundial da Sociedade da Informação ver: www.itu.int/wsis

⁷ La Sociedad de la información es por naturaleza intrínsecamente global y los esfuerzos nacionales deben ser respaldados por una cooperación eficaz, a nivel internacional y regional entre los gobiernos, el sector privado, la sociedad civil y los demás interesados, entre ellas, las instituciones financieras internacionales

⁸ Sobre o Grupo de Trabalho sobre a Governança da Internet ver www.wgig.org

delineiam a evolução e o uso da Internet. (GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA GOBERNANZA DE INTERNET, 2005, tradução nossa)⁹.

Em nível nacional, o órgão responsável pela coordenação da Internet é o Comitê Gestor da Internet criado em junho de 1995 pela Portaria Interministerial nº. 147 dos Ministérios das Comunicações e Ciência e Tecnologia. (BRASIL, 1995)

Com relação a uma governança da Internet em termos jurídicos, adota-se no presente trabalho o entendimento da Corrente do Direito Internacional que compreende o ciberespaço como um ambiente internacional que seria regulada por normas advindas de tratados internacionais.

A Corrente do Direito Internacional compreende estritamente a dificuldade de aplicação do Direito advinda da falta de delimitações territoriais do ciberespaço e entende que os tratados internacionais são os meios mais adequados para o tratamento desse espaço, é o que afirma Rohrmann:

Os tratados internacionais tem sido utilizados pelo direito para normatizar situações que poderiam ocorrer em local em que o direito ainda seria, aparentemente, de difícil aplicação por falta do elemento territorialidade ou, de uma forma mais específica, por se tratarem de locais que não pertencem a nenhum Estado. (ROHRMANN, 2005, p. 28)

No aspecto jurídico, a política internacional no ciberespaço tem como objeto os possíveis fundamentos e delineamentos dos tratados internacionais relativos à regulação e gerenciamento do ciberespaço.

É preciso considerar que os tratados internacionais são a principal fonte do Direito Internacional e refletem a sociedade internacional existente quando da sua criação.

Castañeda citado por Celso D. de Albuquerque Mello afirma o seguinte sobre a relação do Direito Internacional e a sociedade internacional:

⁹ La gobernanza de Internet es el desarrollo y lá aplicación por los gobiernos, El sector privado y La sociedad civil, em lãs funciones que lês competen respectivamente, de principios, normas, reglas, prodedimientos de adopción de decisiones y programas comunes que configuran la evolución y la utilización de Internet.

“O Direito Internacional é uma variável na sociedade internacional e que deve evoluir acompanhando a infra-estrutura política econômica, social, cultural e tecnológica do qual ele tira seu fundamento.” (CASTAÑEDA *apud* MELLO, 2001, p. 50)

Não se pode conceber o Direito sem a sociedade, a política, a economia e as tecnologias, pois são esses que o legitimam. O Direito deve acompanhar as mudanças sociais, políticas, econômicas e tecnológicas, para que não se torne um instrumento incapaz de dar respostas efetivas as demandas da sociedade.

É certo que com relação às tecnologias a produção jurídica será sempre mais retardatária, pois as primeiras evoluem em ritmo mais acelerado que o Direito. Deve, porém, o Direito atentar para a regulação do ciberespaço, pois este é um espaço que se expande na atual sociedade internacional.

6.2 Fases da Governança

Conforme Hindenburgo Francisco Pires (2008), a governança da Internet pode ser dividida da seguinte forma:

FASES	1 ^a	2 ^a	3 ^a	4 ^a	5 ^a
ANOS	1958 - 1983	1984 - 1991	1992 - 1997	1998 até Hoje	2002 até Hoje
TIPOS DE GI	Unilateral Militar	Unilateral Militar e Acadêmica	Unilateral Militar e Comercial	Unilateral Civil e Comercial	Multistakeholders ou Independente
GESTORES	ARPANET/DoD	NSFNET/DoD	IANA/DoD	ICANN/DoC/Verisign	ORSN, OpenDNS

TABELA 1: Fases da Governança da Internet. FONTE: <http://www.ub.es/geocrit/-xcol/415.htm>

Na primeira fase a governança é unilateral, sendo exercida pelo Departamento de Defesa dos Estados Unidos por meio da ARPANET.

Na segunda fase o gerenciamento da Internet continuou a ser exercido pela ARPANET, todavia, instituições acadêmicas vinculadas a NSF passaram a participar dessa regulação.

A terceira fase é marcada pela expansão da Internet e por uma governança exercida pelos setores acadêmicos, comercial e civil. O controle da Internet era feito pela Autoridade de Números IP Designados da Internet (IANA).¹⁰

Na quarta fase o Departamento de Comércio dos Estados Unidos passa a exercer, através da Corporação Internet para Nomes e Números Designados (ICANN) o gerenciamento da Internet.¹¹

A quinta fase coexiste com a quarta fase e é marcada pela proposta de uma governança global da Internet e pelo fim da governança corporativa. Tal fase iniciou-se com criação Rede Aberta de Servidor Raiz (ORNS), uma rede europeia independente.¹²

É evidente, portanto, que os Estados Unidos da América, através de seu Departamento de Defesa participa da governança da Internet desde sua criação.

Contudo, a governança que desponta atualmente é baseada numa participação de mais países no gerenciamento da Internet.

6.3 Governança unilateral

No cenário mundial a governança da Internet é exercida quase que exclusivamente pelos Estados Unidos da América, através da ICANN. Essa organização é responsável pelo gerenciamento da infra-estrutura lógica da Internet, coordena e administra os nomes de domínio e números de Protocolo Internet (IP).¹³

Apesar de muitos defenderem que a ICANN é uma organização global, o que se demonstra é o contrário, pois esse órgão está sujeito às leis federais dos Estados Unidos e às leis do estado da Califórnia. Além do mais, tem seu poder de governança

¹⁰ Internet Assigned Number Authority (IANA)

¹¹ Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN)

¹² Open Root Server Network (ORSN). A ORNS funcionou de 2002 a 2008.

¹³ Internet Protocol (IP).

limitado por diversos contratos celebrados com os Estados Unidos da América e Verisign, uma empresa privada, principal operadora do sistema global de nomes de domínio.

Mesmo que essa governança seja exercida com relação às questões técnicas é necessário considerar que com isso abre-se margem à que esse país seja o único a definir as diretrizes das políticas de gerenciamento da Internet.

Saliente-se o que Hindenburgo Francisco afirma:

Os parâmetros do sistema hierarquizado de concessão de nomes de domínios, concebidos por Jon Postel, permitem a articulação e o mapeamento geográfico dos servidores regionais interconectados no ciberespaço, **fortalecendo e reforçando o controle geopolítico e a concentração dos servidores de zona raiz pelos EUA.** (PIRES, 2009, p. 6, grifo nosso)

A preocupação vai além das definições dos termos de gerenciamento técnico. É preciso considerar que os Estados Unidos da América é o berço da Internet e possivelmente o definidor dos tratamentos jurídicos a serem dados ao ciberespaço.

É preciso atentar ainda para a afirmação de Pires:

O controle e a extrema centralização da **Governança da Internet por um só país colocam em risco a soberania das nações**, abre margem para que se continue a por em dúvida a capacidade dos países de se fazerem representar politicamente na era da sociedade do conhecimento colaborativo. (PIRES, 2009, p. 13, grifo nosso)

Sendo a informação um dos fundamentos principais da atual sociedade – Sociedade da Informação – o seu domínio revela o poderio de um Estado e se exercido de forma ilimitada e exclusiva pode violar a soberania de outras nações.

Ao enfatizar as significações do controle sobre a Internet, Manuel Castells afirma:

(...) a noção de redes de computadores inseguras é literalmente insustentável para os poderes vigentes em nosso mundo – tudo depende dessas redes, e **o controle sobre elas é um princípio essencial da manutenção de uma posição de controle.** (CASTELLS, 2003, p. 146, grifo nosso).

É fato que o gerenciamento da Internet é devido, porém esse gerenciamento não pode ser exercido por um único Estado.

Ressalte-se também que é indício da governança unilateral, o fato de que dos 13 (treze) principais servidores da zona raiz da Internet, que compõe o sistema de endereçamento de todo ciberespaço, 10 (dez) encontram-se nos Estados Unidos da América, conforme figura abaixo:



MAPA 1: Localização Geográfica dos 13 principais Servidores da Zona Raiz da Internet. Fonte: http://www.cibergeo.org/artigos/Geografia_das_RedesAnpege2009.pdf

O sistema de zona raiz é administrado por entidade estabelecida no estado da Califórnia em conjunto com a Verisign, portanto, se sujeita às leis federais dos Estados Unidos da América e daquele estado.

Dentre os servidores que se encontram nos Estados Unidos da América, está o servidor mestre, que contém o único arquivo de dados de domínios de primeiro nível globais.

Pode-se considerar que a atual governança da Internet é unilateral e tem a principal potência econômica mundial, Estados Unidos da América, em sua direção.

A governança unilateral é totalmente contrária à essencialidade da Internet que é um meio de comunicação global e pressupõe a multilateralidade de participação para o seu gerenciamento. Portanto, é preciso que os demais países passem a questionar essa unilateralidade e reivindiquem a participação, assim como os Estados Unidos, do gerenciamento da Internet.

6.4 Governança multilateral

A partir da criação da Open Root Server Network (ORNS), uma rede europeia independente, passou-se a efetivamente questionar a governança unilateral exercida pelos Estados Unidos.

Ademais a Organização da Nações Unidas (ONU) passou a promover Fóruns de Governança da Internet para a discussão da criação de um sistema de zona raiz independente dos Estados Unidos.

A proposta atual é que a governança da internet seja exercida de forma multilateral.

Afirma Júnior Nehemias Gueiros que “é justamente por ser um recurso planetário que o controle da Internet precisa ser internacional.” (NEHEMIAS GUEIROS, 2006, p. 1).

No mesmo sentido afirma Castells:

Dado o caráter global da Internet, torna-se necessário para os governos mais importantes agir de maneira conjunta, criando um novo espaço global de vigilância. (CASTELLS, 2003, p. 146)

Segundo Carlos A. Afonso, “um dos principais argumentos para discutir a governança da Internet em âmbito mundial é estabelecer uma organização verdadeiramente global que tenha autonomia com relação a qualquer governo, inclusive o dos EUA.” (AFONSO, 2005, p. 11).

O gerenciamento da Internet exercido ICANN limita-se à fatores técnicos que dizem respeito a coordenação da infra-estrutura lógica, contudo, é preciso entender que a governança da internet não envolve questões meramente técnicas.

Durante a CMSI em Genebra no ano de 2003 definiu-se que a governança da Internet deve ter um caráter mais abrangente. Através do Relatório Final do GTGI esclareceu-se que a governança da Internet diz respeito não somente a infra-estrutura lógica, mas também abrange questões como proteção aos dados pessoais, proteção ao

consumidor, participação na formulação global de políticas, cibercrime e cibersegurança e outros.¹⁴

Saliente-se que a partir do momento que se considera que o ciberespaço é constituído por intensas relações não definidas em termos espaciais é preciso que o Direito Internacional se posicione a fim de que sejam definidas as normas jurídicas que regularão o ciberespaço.

¹⁴ Sobre o Grupo de Trabalho sobre a Governança da Internet ver www.wgig.org.

7 DIREITO INTERNACIONAL

7.1 Sociedade internacional

Conforme Celso D. de Albuquerque Mello (2004), sociedade e direito relacionam-se, haja vista que este é reflexo daquela e uma vez constituído passa a ser um fator condicionante e modificador, sendo a sociedade um fenômeno social e jurídico.

Os entes que atuam na esfera internacional são os Estados, as organizações internacionais governamentais, intergovernamentais e não governamentais.

Sobre a sociedade internacional atual, Albuquerque Mello enfatiza:

A sociedade internacional dos nossos dias é completamente diversa da do século anterior em virtude de um fator principal: ***os Estados compreenderam que existem certos problemas que não podem ser resolvidos por eles sem a colaboração dos demais membros da sociedade internacional.*** (ALBUQUERQUE MELLO, 2004, p. 53, grifo nosso).

O Direito Internacional Clássico regula a coexistência pacífica dos Estados, “é um direito de coexistência que regula as rivalidades e os conflitos de poder com uma sanção que é a guerra” (ALBUQUERQUE MELLO, 2004, p. 58)

Porém, na sociedade internacional atual, envolvida pela globalização e pela conseqüente quebra de fronteiras, a pretensão é de que haja um direito de cooperação que pretenda a conciliação de interesses.

Segundo Albuquerque Mello (2004) a tendência atual é para o “associacionismo internacional”, pois sendo o Direito Internacional reflexo da sociedade internacional, pode-se afirmar que esse será um direito da Cooperação que tratará do desenvolvimento e da interdependência dos Estados.

Segundo Albuquerque Mello a existência do Direito Internacional da Cooperação não implicaria no desaparecimento do Direito Internacional da Coexistência, “vez que sempre existirão conflitos de poder, mas significa que sua importância tende a diminuir.” (ALBUQUERQUE MELLO, 2004, p. 62)

7.2 Direito internacional e ciberespaço

Atualmente a sociedade tem sido denominada por muitos como a Sociedade da Informação. Essa denominação indica um de seus elementos essenciais, a informação, e denota a evolução dos meios de comunicação e o conseqüente avanço das tecnologias.

Segundo Castells “a soberania do Estado sempre começou com o controle da informação”. (CASTELLS, 2003, p. 146) Tal afirmativa ressalta a relevância da informação para um Estado.

É certo que todas as relações sociais são baseadas na comunicação de forma que o advento de novas tecnologias, tais como a Internet, que é considerada a base tecnológica da Sociedade da Informação, transforma a forma de comunicação, é o que enfatiza Castells:

Como nossa prática é baseada na comunicação, e a Internet transforma o modo como nos comunicamos, nossas vidas são profundamente afetadas por essa nova tecnologia da comunicação. (CASTELLS, 2003, p. 10)

O Direito, como regulamentador das condutas humanas e pacificador social, necessariamente precisa fazer-se presente na atual sociedade imersa nas tecnologias globalizantes. Neste sentido, Gustavo Testa Corrêa afirma:

O grande desafio para o direito é a compreensão e o acompanhamento dessas inovações, garantindo assim a pacificação social, o desenvolvimento social, o desenvolvimento sustentável dessas novas relações e, acima de tudo, a manutenção do próprio Estado Democrático de Direito. (CORRÊA, 2002, p. 3)

Sidney Guerra afirma que “a passagem para uma Era da Informação vem exigindo a constituição de novos espaços e instrumentos de regulação política e jurídica que respondam as múltiplas questões que estão sendo suscitadas em sociedade.” (GUERRA, 2010, p. 3a).

Partindo-se da afirmação de Castells (2003) de que o controle da Internet é essencial para que os países mantenham seu governo e considerando que a Internet é

um meio de comunicação global é mais adequado que os mecanismos de controle sejam tomados sob uma perspectiva do direito internacional.

O que se pretende não é instituir a censura da Internet, conforme enfatiza Guerra (2010a), mas a idéia é que se entenda que é necessário regulamentá-la.

Segundo Guerra, “a difusão da informação na Internet foram programadas para que se processassem de forma ilimitada, mas na medida em que o Estado somente pode exercer jurisdição sobre seu território problemas diversos têm ocorrido.” (GUERRA, 2010, p. 5a).

Silva Neto citado por Guerra descreve a seguinte situação que serve aqui como ilustração para a dificuldade de aplicação do Direito ao ciberespaço?

O que acontece na grande rede, acontece em todo o planeta. Logo os atos e fatos jurídicos que ocorrem na internet ocorrem com uma nítida faceta de transnacionalidade. Se, por exemplo, o senhor X (que mora aqui no Brasil e que tem um site hospedado na Holanda) passar a ofender a senhora Y (que mora na Melanésia), o ilícito ato se consumará em todos os lugares onde ele deixar traços que evidenciam os bits da discórdia. Observada a *lex loci*, poderão ser tomadas medidas judiciais. O senhor X poderá ser processado no Brasil, civil e criminalmente. Entretanto, nenhum juiz brasileiro poderá determinar o fechamento do site que se encontra na Holanda, pela mais simples razão de direito: ele não possui jurisdição sobre aquele lugar. O senhor X poderá, ainda, ser processado na Melanésia; entretanto, como se executar a sentença? Será que o País de nossos antípodas mantém um acordo com o nosso para a execução de rogatórias? Finalmente, o senhor X poderá ser processado na Holanda. Contudo, o que além do fechamento do site poderá ser feito no País de baixas terras? ***Como pragmaticamente positivamos, a tutela jurisdicional objetivada pela senhora Y só pode ser lograda parcialmente nos padrões existentes, eis que, em tese o ato ilícito foi seccionado em termos planetários, cabendo uma parte de sua apreciação a cada um dos países citados, ou seja, um verdadeiro quebra cabeça jurídico (...). Nos moldes como praticamos o direito, a reparação plena do ato ilícito tornou-se impossível em razão da pulverização absoluta do direito.*** (NETO apud GUERRA, 2010, p. 5a, grifo nosso).

Portanto, conforme Sidney Guerra, “a natureza transnacional da Internet terá que ter uma resposta coordenada em nível internacional.” (GUERRA, 2010, p. 7a).

O direito internacional é o instrumento para a consecução de uma segurança jurídica no ciberespaço. Todavia, é necessário considerar que não deve ser pretensão jurídica a normatização de todas as questões relativas à Internet, haja vista que isso se torna impossível devido a natureza do objeto a ser regulado. Deve-se levar em conta

que a Internet e o ambiente por ela gerado, o ciberespaço, estão em constantes mutações em ritmo diverso do Direito.

7.3 Delineamentos dos tratados internacionais

É preciso inicialmente entender que a pretensão dos tratados internacionais que versem sobre o ciberespaço não deve ser a de regulamentar especificamente possíveis condutas existentes nesse espaço, mas de ser uma diretriz de tratamento da questão pelos os países signatários.

Tais tratados devem nortear-se primordialmente pelo princípio da cooperação entre os países, bem como pelo entendimento de que a Internet não deve ser gerenciada unilateralmente por qualquer um deles.

Segundo Castells, “para exercer a regulação global, os Estados tem de fundir e compartilhar poder.” (CASTELLS, 2003, p. 147)

A pretensão não é de que seja constituído um governo mundial, mas que os mecanismos para a regulação do ciberespaço sejam tratados pelo direito internacional e, conseqüentemente, não tenham uma aplicação limitada ao território.

A corrente do direito internacional faz analogia do ciberespaço ao espaço sideral. Em tratado internacional sobre o espaço sideral, firmado em 1960, entre os Estados Unidos, a União Soviética e mais outros 95 países, dispunha-se que esse espaço não era sujeito a apropriação nacional, bem como a declaração de soberania por qualquer Estado.

O mesmo tratamento quanto a não possibilidade de declaração de soberania é adotado com relação ao fundo do mar, depois da plataforma continental.

Tal analogia é adequada, haja vista que, por mais que se trate de situações específicas, tem elas ponto comum no que diz respeito ao fato de que não é possível definir delimitações territoriais e assim o poderio de cada Estado nesses espaços, sendo também insuscetíveis de apropriação exclusiva por parte de um Estado.

A partir desse entendimento é possível contrapor-se à governança unilateral da Internet exercida pelos Estados Unidos da América.

A discussão sobre a necessidade de uma governança multilateral da Internet já surgiu no cenário mundial e em discussões promovidas pela ONU através dos Fóruns de Governança da Internet, cogita-se a criação de um novo sistema de zona raiz a fim de que se acabe com a hegemonia dos Estados Unidos da América no gerenciamento da Internet.

Saliente-se também que o GTGI reconheceu que com relação a governança da Internet, nenhum governo deve ter papel de destaque, devendo ser a governança multilateral, transparente e democrática.¹⁵

Os mencionados norteadores da governança da Internet são coerentes com um tratamento jurídico internacional a ser aplicado ao ciberespaço.

Segundo Albuquerque Mello “a norma jurídica internacional deve surgir da convivência social internacional levando em consideração o maior número de Estados e de indivíduos aí existentes.” (ALBUQUERQUE MELLO, 2004, p. 59)

Ora, a cooperação internacional não diz respeito somente ao Direito, pois este está totalmente vinculado às questões políticas e sociais. Portanto, a mera criação de tratados internacionais sobre o ciberespaço não implica em sua eficácia.

São muitos os interesses políticos existentes no cenário mundial, sendo que os relativos a Internet, conforme já apresentado, referem-se em parte ao seu gerenciamento e questionamento da governança unilateral.

O gerenciamento da Internet envolve em boa parte questões políticas, haja vista que a própria tentativa de manter-se uma governança unilateral visa manter o poderio político de umas das maiores potências mundiais, os Estados Unidos da América.

É um bom sinal em termos políticos e conseqüentemente jurídicos, o questionamento da governança unilateral da Internet, sendo isso um dos primeiros passos para a governança multilateral e para a regulamentação da Internet pelo Direito Internacional.

Essa discussão traz à baila o imperativo de que a Internet, sendo um sistema de comunicação global, deve ser gerenciada de forma multilateral. Portanto, o discurso de

¹⁵ Relatório Final do GTGI, disponível em www.wgig.org.

unilateralidade da governança da Internet vem perdendo legitimidade à medida que os demais países passam a se considerar capazes de participar do gerenciamento do ciberespaço.

A elaboração de tratados internacionais sobre o ciberespaço prescinde da multilateralidade no gerenciamento da Internet, ou seja, é preciso que estejam envolvidos governos, sociedade civil, organizações intergovernamentais e organizações internacionais, que participem de forma democrática das decisões relativas a esse meio de comunicação global. É preciso também que dessa multilateralidade advenha à cooperação para que seja possível uma atuação conjunta no ciberespaço.

Não cabe no presente trabalho aprofundar sobre o assunto de como esses tratados internacionais se efetivarão, sendo somente objeto, o delineamento dos mesmos. Todavia, para fins de incentivo a novas pesquisas pode-se mencionar que os tratados internacionais sobre o ciberespaço podem se efetivar na execução de sentenças de país diverso, no compartilhamento de informações para rastreamento de dados, na formação de sistemas de vigilância da Internet e outros.

8 CONCLUSÃO

Cumprido ressaltar que o tema que aqui foi abordado é complexo e demanda estudos mais aprofundados pelos juristas.

Não há definições concretas sobre o tratamento jurídico do ciberespaço, mas somente posicionamentos que tendem ao amadurecimento e reconhecimento pelo meio jurídico.

No presente trabalho foi adotado o posicionamento da corrente doutrinária que considera ser o ciberespaço um ambiente internacional que deva ser regulado pelo Direito Internacional.

As discussões no cenário mundial quanto à uma governança multilateral contribuem para o entendimento que o ciberespaço deve ser regulamentado por meio de tratados internacionais que impliquem na cooperação entre os Estados e na participação democrática da sociedade civil, entidades intergovernamentais e internacionais.

Na atual conjuntura internacional em que os Estados Unidos da América exercem a governança unilateral da Internet é preciso atentar-se para as implicações políticas e jurídicas que essa exclusividade gera.

Um meio de comunicação global como a Internet deve ser gerenciado por diversos países a fim de que nenhum deles se julgue soberano sobre esse espaço e queira dominá-lo.

A elaboração de tratados internacionais sobre o ciberespaço não tem a pretensão de regular cada conduta nele concretizada, mas objetiva elencar princípios que possibilitem o tratamento conjunto dos Estados nesse espaço.

Além do mais, é preciso considerar que a criação desses tratados não importa em sua efetividade, pois o direito vincula-se às questões de cunho político, econômico e social que também são legitimadores desses tratados.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Carlos A. Governança da Internet: uma análise no contexto da CMSI. In: AFONSO, Carlos A. (Org). **Governança da Internet: contexto, impasses e caminhos**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Rits, 2005. Disponível em: <http://www.nupez.org.br/downloads/Livro_Governanca_Internet.pdf> Acesso em: 29 abr.2010

ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. de. **Curso de direito internacional público**. 13ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. **Processo eletrônico e teoria geral do processo eletrônico - a informatização judicial no Brasil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ALVES MARTINS, Thiago Penzin. **A relativização do princípio da soberania no direito internacional**. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2009/Discentes/A%20relativizacao%20do%20principio%20da%20soberania%20no%20Direito%20Internacional.pdf > Acesso em 10 mai. 2010.

AMORIM ARAÚJO, Luis Ivani de. **Curso de direito Internacional público**. 10ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ARAÚJO, Wagner Frederico Gomes de; GOMES, Marco Paulo Soares. **Governança eletrônica na América latina: podemos esperar uma democracia eletrônica?** Disponível em: <http://neic.iuperj.br/GovernancaEletronicaNaAmericaLatina_Final.doc> Acesso em 25 ago. 2009.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito da internet e da sociedade da informação: estudos**. São Paulo: Forense, 2002.

ATHENIENSE, Alexandre. **A jurisdição no ciberespaço**. **Revista CEJ**, Brasília, n. 20, p. 74-81, jan/mar. 2003. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero20/artido.pdf>> Acesso em 29 abr. 2010.

ATHENIENSE, Alexandre. **Internet e o direito**. Belo Horizonte: Inédita, 2000.

BARRETTO, Ana Carolina Horta. **O direito e a internet**. São Paulo: Forense Universitária, 2002.

BEM-VINDO aos dados do século XXI. **Informática Exame**, v.11, n.122, p.100-104, maio 1996.

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

DALARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

CÂNDIDO DA SILVA, Michéle. **A territorialidade do ciberespaço**. Disponível em <<http://www.tamandare.g12.br/ciber/territoriovirtual.PDF>> Acesso em 29 abr. 2010.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. Tradução de Maria Luiza de X. de A. Borges. 1ª. Ed. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2003.

CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos jurídicos da internet**. São Paulo: Saraiva, 2000.

CUMBRE MUNDIAL SOBRE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN. **Documentos oficiales de cumbre mundial sobre la sociedad de la información**, Diciembre de 2005. Disponível em <<http://www.itu.int/wsis/outcome/booklet-es.pdf>> Acesso em 28 set. 2009.

FREY, Klaus. **Governança eletrônica: experiências de cidades européias e algumas lições para países em desenvolvimento**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/5151/4720>> Acesso em 25 ago. 2009.

FURNIVAL, Ariadne Chlöe. Algumas considerações sobre as tecnologias de informação como força integradora para o MERCOSUL: desafios de uma nova era. **Informação And Informação (Londrina)**, Londrina, PR UEL, Departamento de Ciências da Informação v.6, n.2, p.99-108, jul./dez. 2001.

GOIS JÚNIOR, José Caldas. Internet, direito e transformação sociais – conseqüências sociais da revolução cibernética. In: FILHO, Demócrito Reinaldo (Org.) **Direito da Informática** – Temas Polêmicos. 1ª ed. São Paulo: Edipro, 2002.

GRECO, Marco Aurélio. **Internet e direito**. São Paulo: Dialética, 2000.

GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA GOBERNANZA DE INTERNET. **Informe del grupo de trabajo sobre la gobernanza de internet, de 4 de agosto de 2005**. Disponível em <<http://www.wgig.org/docs/WGIG-Report-Spanish.pdf>> _Acesso em 28 set. 2009.

GUERRA, Sidney. **A internet e os desafios para o direito internacional**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/32792/public/32792-40572-1-PB.pdf>> Acesso em 10 mai. 2010a.

GUERRA, Sidney. **A quarta onda globalizante**. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto1017.rtf> Acesso em 10 mai. 2010b.

GUSTIN, Miracy B. S.; DIAS FONSECA, Maria Tereza. **(Re) Pensando a pesquisa Jurídica**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HOESCHL, Hugo C.; BARCELLOS, Vânia. **O ciberespaço e o direito**. Disponível em: <www.iadis.net/dl/final_uploads/200405L021.pdf> Acesso em 29 abr. 2010.

HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque de. **Mini Aurélio século XXI escolar**. 4ª. Ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

LARANGEIRA, Álvaro. A imersão da humanidade no universo online. **FAMECOS: mídia, cultura e tecnologia**, Rio Grande do Sul, n. 9, p. 167-172, dezembro 2008.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Tradução de Carlos Irineu Costa. 2ª ed. São Paulo: Trinta e Quatro, 2000.

LITRENTO, Oliveiros. **A ordem internacional contemporânea. Um estudo da soberania em mudança**. 1ª. Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

MARZOCHI, Marcelo de Luca. **Direito.br: aspectos jurídicos da internet no Brasil**. São Paulo: LTr, 2000.

MENCONI, Darlene. Alguma ordem no caos. **Info Exame**, São Paulo, SP, v.12, n.141, p.66-67, dez.1997.

MENKE, Fabiano. Assinatura eletrônica no direito brasileiro. 1ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MIRANDA, Napoleão. **Globalização, soberania nacional e direito internacional**. **Revista CEJ**, Brasília, n. 27, p. 86-94, out/dez. 2004. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/638/818>> Acesso em 10 mai. 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NEGROPONTE, Nicholas. **A vida digital**. Tradução de Sérgio Tellaroli. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

NEHEMIAS GUEIROS, Júnior. **O Controle da Internet. Eterna governança americana?** Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/19901_09/05/10> Acesso em 09 mai.2010.

PEREIRA, Helena B. C. **Michaelis: pequeno dicionário espanhol-português, português-espanhol**. 28ª. ed. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 2004.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PINHEIRO, Paulo. Além do Bem e do Mal no mundo virtual. **Revista FAMECOS: Mídia, Cultura e Tecnologia**, Porto Alegre, n.21, p.80-89, ago. 2003.

PIRES, Hindenburgo Francisco. **A nova geografia das redes no ciberespaço: impasses na gestão dos sistemas de zona raiz e de DNS**. In: VIII Encontro Nacional da ANGEPE, 10, 2009, Curitiba - PR. Disponível em: <http://www.cibergeo.org/artigos/Geografia_das_RedesAnpege2009.pdf > Acesso em 29 abr. 2010.

PIRES, Hindenburgo Francisco. **Governança global da internet: a representação de topônimos de países no ciberespaço**. In: X Colóquio Internacional de Geocrítica, 05,

2008, Barcelona – ES. Disponível em: < <http://www.ub.es/geocrit/-xcol/415.htm>> Acesso em 29 abr. 2010.

OLIVO, Luis Carlos Cancellier de. **Direito e internet: a regulamentação do ciberespaço**. 2. ed. Florianópolis: UFSC, 1999.

ROHRMANN, Carlos Alberto. **Curso de direito virtual**. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

RUEDIGER, Marco Aurélio. Governança democrática na era da informação. **Revista de Administração Pública**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 37, n. 6, p. 1257-1280, nov./dez. 2003.

SCORZELLI, Patrícia. **A comunidade cibernética e o direito**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1997.

SILVA, Roberto Luiz. **Direito internacional público**. 2ª. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SWENSSON, Walter Cruz; SWENSSON NETO, Renato; SWENSSON, Alessandra Seino Granja. **Direito e internet**. São Paulo: Themis, 2001.

TEMER, Michel; DAOUN, Alexandre Jean. **Direito & internet: aspectos jurídicos relevantes**. Bauru: EDIPRO, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 37ª ed. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

TOLENTINO, Suyanne. A informação e o ciberespaço. **Estudos da Comunicação**, Paraná, v. 2, n. 3, p. 35-37, março 2001.

WALD, Arnoldo. **Direito e internet: relações jurídicas na sociedade informatizada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

WERTHEIM, Margaret. **Uma história do espaço de Dante à internet**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. 1ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.



PUC GOIÁS

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
ESCOLA DE DIREITO E RELAÇÕES INTERNACIONAIS
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO
MONOGRAFIA JURÍDICA

MANDADO DE SEGURANÇA

DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO EM CONCURSOS PÚBLICOS

Orientando: José de Deus Alves Souza

Orientadora: Prof^ª. Ms. Sílvia Maria Gonçalves Santos de Lacerda Santana Curvo

JOSÉ DE DEUS ALVES SOUZA

MANDADO DE SEGURANÇA
DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO EM CONCURSOS PÚBLICOS

Monografia Jurídica apresentada à disciplina de Trabalho de Curso I, do Departamento Ciências Jurídicas, curso de bacharel em direito da Pontifícia Universidade Católica de Goiás-PUCGOIÁS.

Orientadora: **Prof^a. Ms. Silvia Maria Gonçalves Santos de Lacerda Santana Curvo**

SUMÁRIO

RESUMO

INTRODUÇÃO

CAPÍTULO I

HISTÓRICO DO MANDADO DE SEGURANÇA NO BRASIL

1.1 CONCEITO	9
1.2 BREVE HISTÓRICO.....	11
1.3 EVOLUÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA NO BRASIL	15
1.4 PROCEDIMENTOS APLICADOS AO MANDADO DE SEGURANÇA.....	18

CAPÍTULO II

CONCURSOS PÚBLICOS

2.1 HISTÓRICO	25
2.2 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	29
2.2.1 Princípio da Legalidade.....	30
2.2.2 Princípio da Isonomia.....	31
2.2.3 Princípio da Impessoalidade	32
2.2.4 Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório.....	33
2.2.5 Princípio da Publicidade.....	34
2.2.6 Princípio da Proibição da Quebra da Ordem Classificatória	35
2.2.7 Princípio do Duplo Grau de Jurisdição	36

CAPÍTULO III

DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO

3.1 MERA EXPECTATIVA DE DIREITO.....	38
3.2 ABERTURA DE NOVO CONCURSO PÚBLICO COM CONCURSO ANTERIOR EM VIGÊNCIA	39
3.3 CONTRATAÇÃO PRECÁRIA	41
3.4 DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO.....	42
3.5 CANDIDATO APROVADO FORA DAS VAGAS OFERTADAS	44
3.6 EXCEÇÕES À REGRA	48

CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS

RESUMO

A pesquisa relaciona-se com a questão da omissão da Administração Pública frente aos concursados aprovados e classificados em concursos públicos. O Mandado de Segurança é demonstrado como um meio viável pelo qual estes candidatos podem utilizar-se para que façam valer seu direito que fora outrora disponibilizado por meio do edital que a própria administração pública elaborou e publicou, dando ciência a todos que se interessasse em concorrer às vagas disponíveis no serviço público. Eis que o problema surge quando estes então candidatos, após a aprovação ficam no aguardo da tal convocação, que muitas vezes, nem ocorre. Busca-se então, com essa pesquisa, proporcionar um maior conhecimento, tanto dos acadêmicos do curso de Direito quanto à comunidade como um todo, da utilização do Mandado de Segurança para a obtenção de seu direito líquido e certo.

Palavras-chave: Concurso. Mandado de Segurança. Direito líquido e certo.

INTRODUÇÃO

Este estudo visou analisar o Mandado de Segurança e o direito à nomeação do candidato aprovado em concurso público, em face dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública e do entendimento jurisprudencial.

Fez-se uma abordagem quanto a utilização do Mandado de Segurança como meio de impugnação frente a omissão da Administração Pública na recusa em nomear o candidato aprovado em concurso público, sendo este instituto uma ação constitucional, de natureza cível, prevista no art. 5º, LXIX, da Constituição da República e na Lei 12.016/2009, que visa a proteção de direito líquido e certo lesado ou que sofra ameaça de lesão, em decorrência de ato de autoridade, praticado com ilegalidade ou abuso de poder.

Demonstrou-se que direito líquido e certo é aquele demonstrado de plano, por meio de provas pré-constituídas, pois tendo em vista que a estreita via do Mandado de Segurança não comporta dilação probatória. Desse modo, pretendendo-se o reconhecimento do direito à nomeação pela aprovação em concurso público utilizando-se do Mandado de Segurança, é necessário que seja o mencionado direito demonstrado por prova pré-constituída, não admitindo-se qualquer produção de prova durante o procedimento.

Deve-se, portanto, ser claramente demonstrado que o ato ou omissão que se pretende impugnar é ilegal ou abusivo, por ser estreita a via desta ação mandamental. Observar-se-á que outra peculiaridade que merece destaque refere-se ao prazo para impetração da ação mandamental. Nos termos do art. 23, da Lei 12.016/2009, o Mandado de Segurança deve ser impetrado no prazo decadencial de 120 dias, contados da ciência do ato impugnado.

Entretanto, em se tratando de omissão da Administração Pública, o referido prazo inicia seu decurso ao fim do prazo que possui a Administração para praticar o ato ou, caso não haja previsão de prazo legal para a prática do ato, “não se cogita decadência para o mandado de segurança, por inexistência de um termo a quo; enquanto persistir a omissão, é cabível o mandado” (DI PIETRO, 2005, p. 689).

Prova-se, desse modo, que, no caso em questão, o prazo para impetração do *mandamus* inicia-se ao término do prazo de validade do concurso, previsto no art.

37, III, da Constituição da República, oportunidade em que se encerra o questionado dever da Administração Pública em nomear os candidatos aprovados.

Utilizou-se de pesquisa bibliográfica e doutrinária para que se ter um conhecimento mais aprofundado do tema proposto. Será abordada a questão histórica deste instituto, permeando deste a sua primeira constitucionalização, em 1934, sendo inicialmente instituído pela Lei 1.533 de 31 de dezembro de 1951, que perdurou por certo período, sendo posteriormente revogada, entrando em vigor a Lei n. 12.016/2009.

O método de pesquisa adotado foi o dedutivo, pois partiu-se do geral para o específico, abordando o mandado de segurança como instrumento de garantia do cidadão frente aos abusos ilegais perpetrados pelo poder público ou autoridade equiparada.

Quanto ao procedimento técnico, utilizou-se a pesquisa bibliográfica, recorrendo a livros, leis, jurisprudência e doutrinas correlatas ao tema para que a pesquisa seja devidamente fundamentada.

No Capítulo I desenvolveu-se o histórico do Mandado de Segurança no Brasil, a origem de sua nomenclatura, a necessidade da instituição de um procedimento que fosse célere capaz de solucionar prontamente os anseios da sociedade frente às ilegalidades abusivas do Poder Público. Verifica-se também a equivocada utilização do *Habeas Corpus* como instrumento hábil a solucionar litígios que não envolviam questões relativas à liberdade de locomoção, pois, em seu início, este instrumento não era delineado de forma correta quanto ao seu cabimento. Abordamos também a utilização das ações anulatórias, que não tinham as características necessárias frente à solução dos litígios envolvendo a Administração Pública.

No Capítulo II abordou-se o histórico dos Concursos Públicos, desde meados do Século XIX, demonstrando que inicialmente os cargos públicos eram ocupados de forma hereditária, além de outras espécies como sorteio, compra e venda, arrendamento, dentre outras modalidades. As mudanças que ocorreram após a Constituição Federal de 1988, passando a exigir concursos públicos de provas ou provas e títulos para os cargos e empregos públicos. Ênfase também deve ser dada à questão dos princípios que a administração pública tem que obedecer, principalmente em questões relacionadas aos concursos públicos, como: legalidade, isonomia, impessoalidade e o mais importante de todos, o princípio da vinculação ao

instrumento convocatório, sendo que a administração pública ao lançar o edital já tem previsto o quantitativo de vagas e o orçamento que será gasto com as referidas contratações.

Por fim, no Capítulo III chegou-se ao cerne da questão ora levantada, traz o Mandado de Segurança como garantia ao Direito Subjetivo à Nomeação do Candidato Aprovado em Concursos Públicos, sendo este instrumento apto à garantir, de acordo com o art. 1º da Lei 12.016/2009:

o direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

No Capítulo III analisou-se ainda a evolução histórica dos direitos ameaçados e protegidos por meio do Mandado de Segurança indo desde a expectativa de direito à nomeação até à recente decisão do Supremo Tribunal Federal do Recurso Extraordinário (RE) 227480, tendo como relatora a Min. Cármen Lúcia, DJe 21.8.2009.

Sendo assim, pretendeu-se, portanto, com esta pesquisa elaborada acerca do Instituto Mandado de Segurança, abordar sua utilização como instrumento apto a garantir o direito subjetivo à nomeação em concursos públicos.

CAPÍTULO I

HISTÓRICO DO MANDADO DE SEGURANÇA NO BRASIL

1.1 CONCEITO

É necessário que, antes de adentrar-se no histórico do mandado de segurança, seja feita uma explanação, examinando, inicialmente o significado das palavras que compõem sua nomenclatura, ou seja, “mandado” e “segurança”.

O vocábulo mandado vem originariamente do latim *manus* que apresentava dois sentidos principais: designava a “mão”, parte do corpo, e indicava o poder que é exercido por alguém sobre uma pessoa ou coisa. Da palavra *manus*, com a acepção de poder, vem o mandato, autorização, concessão de poderes. No sentido de parte do corpo, vem mandado. Inicialmente, mandado era a ordem dada com a mão, por meio de gestos, normalmente acompanhada de palavras. Posteriormente, a palavra mandado passou a designar o instrumento inscrito da ordem. (TORNAGHI, 1975, p. 172).

Tem-se então, que o significado, de início, relacionava-se à mão que concede a outrem o poder sobre determinada coisa ou pessoa, passando posteriormente a ser representado por um instrumento, ao qual trazia em seu bojo uma ordem emanada de quem a concedia.

Da mesma forma, para Pacheco (1998, p. 153) a palavra mandado provém do latim *mandatum* ou *mandatus*, significando ordem ou determinação. Quanto à palavra segurança, esta “tem o sentido de estado em que se encontra livre de risco, perigo, dano ou incerteza, exprimindo a carência de transtorno ou a remoção de suas causas”.

Já “segurança”, traz em sua acepção o sentido de tornar segura a coisa ou pessoa, livre de perigo ou dano causado por outrem.

De acordo com Fiúza (1990, p. 42): quanto à expressão Mandado de Segurança “pode-se encontrar diversas definições, umas são mais sintéticas, outras mais analíticas, algumas são literalmente políticas e outras técnicas jurídicas”.

Assim sendo, o Mandado de Segurança é definido por diversos autores, nas mais diversas formas, podendo ser de forma analítica ou sintética, com caráter

político ou também jurídico.

Para Meirelles (1999, p. 21) Mandado de Segurança é:

o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

Depreende-se então, que o mandado de segurança é colocado à disposição da sociedade, podendo ser utilizado tanto por pessoa física como jurídica, observando-se a capacidade processual, quando a autoridade pública ou investida com esses poderes venha a lesar seus direitos.

Pacheco (1998, p. 153), por sua vez, é mais sintético: “Mandado de segurança é a ordem para remover os óbices ou sustar seus efeitos a fim de fluir a paz, com o tranqüilo gozo de seus direitos subjetivos”.

Veja-se então, que o mandado de segurança consiste em uma ordem apta a retirar todos os obstáculos ou impedir que seus efeitos atinjam a pessoa que o maneja, de forma a garantir a paz e a tranquilidade dos direitos pertencentes a cada cidadão na sociedade.

Cretella Júnior (1992, p. 21) compreende que a conceituação de mandado de segurança não apresenta maiores dificuldades, pois a própria lei brasileira dá os elementos para o delineamento conceitual. O autor define:

Mandado de Segurança é a ação civil de conhecimento, de rito sumaríssimo, pela qual todo aquele que, por ilegalidade ou abuso de poder, proveniente de autoridade pública, sofra violação de direito líquido, certo e incontestável, não amparado por *habeas corpus*, ou tenha justo receio de sofrê-la, tem o direito de suscitar o controle jurisdicional do ato ilegal editado, ou a remoção da ameaça coativa, a fim de que se devolva, in natura, ao interessado aquilo que o ato lhe ameaçou tirar ou tirou.

É necessário que se observe o rito correto para a propositura do instituto, pois pode ocorrer de não ser admitido. Pode ser repressivo ou preventivo, desde que se observe o seu caráter residual, podendo ser manejado contra atos de autoridade pública ou pessoa jurídica equiparada.

Para Ackel Filho (1991, p. 63) reafirma o caráter tutelar dos direitos subjetivos incontestáveis contra a ilegalidade ou abuso de poder executado por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica investido das atribuições do Poder

Público.

1.2 BREVE HISTÓRICO

O mandado de segurança teve seu início no período do Brasil-Colônia, onde não havia uma garantia efetiva contra os abusos provenientes principalmente da Coroa portuguesa. As Ordenações portuguesas estavam muito distantes do povo nativo, pouco valendo aqui no Brasil. (FIUZA, 1990, p. 54-55).

No período Imperial (1824-1889) não havia um procedimento bastante rápido e eficaz que pudesse garantir a imediata proteção dos direitos do indivíduo contra o poder do Estado. O instituto do *habeas corpus* foi criado com o Código Criminal de 1830 e disciplinado pelo Código de Processo Criminal de 1832. (FERREIRA, 1984, p. 137), sendo constitucionalmente introduzido no Brasil em 1891 (art. 72, § 22.). Por ser tipicamente criminal, essa ação destinava-se a proteger, preventiva ou repressivamente, o direito de locomoção.

Faltava um remédio constitucional próprio para defender eficaz e rapidamente os direitos civis flagrantemente ameaçados ou feridos pela autoridade pública. Ferreira (1984, p. 137) diz que com a proclamação da República foi editada a Lei n. 221, de 20 de novembro de 1894, que criou a ação anulatória de atos administrativos, apresentando um procedimento sumário contra “as lesões de direitos individuais por atos ou decisões das autoridades administrativas da União” (art. 13).

Esta ação anulatória é de extrema importância, uma vez que era o único instrumento hábil a impugnar atos lesivos civis do poder público frente a seus cidadãos, uma vez que o instituto do *habeas corpus* era utilizado como forma de garantia somente em área criminal.

Pacheco (1998, p. 140) discorre:

A Lei n.º 221, de 20.11.1894, que completou a organização da justiça federal, no art. 13, atribuiu aos juizes e tribunais federais o processo e julgamento das causas que se fundassem em lesão de direitos individuais por ato ou decisão de autoridades administrativas da União. As ações, nesse caso, poderiam ser proposta pelas pessoas ofendidas ou seus representantes. A autoridade administrativa, de que houvesse emanado a medida impugnada, seria representada pelo ministério público. A requerimento do autor, poderia ser determinada a suspensão do ato, se não opusessem as razões de ordem pública. Verificando o juiz a ilegalidade do ato ou decisão administrativa, anulava-o. Consideravam-se ilegais os atos ou decisões administrativas decorrentes da não-aplicação ou indevida aplicação do direito vigente.

Como se verifica, em causas relativas a lesão de direitos individuais ou por decisões de autoridades administrativas fora atribuído pela Lei n.º 221, de 20.11.1894 aos juízes e tribunais federais a competência para o processo e julgamento das causas em que envolvam interesses da União. Esta ação poderia ser proposta pelas pessoas ofendidas ou por seus representantes, sendo a autoridade coatora representada pelo Ministério Público. Podendo, o autor pedir a suspensão do ato, cabendo ao juiz, caso o pedido fosse procedente anular o ato dele decorrente.

Conforme Pacheco (1998, p. 140), a Lei n.º 1.939, de 28/08/1908, trouxe algumas inovações à ação anulatória de atos administrativos:

a) cessava o direito de usar dessa ação após o decurso do prazo de um ano de publicação ou da ciência do ato; b) estendia-se tal processo aos atos e decisões de autoridades administrativas dos Estados e Municípios, sempre que a ação tivesse de ser proposta no juízo federal por ser fundada em dispositivos da Constituição; c) cabia a apelação necessária ex officio quando a sentença fosse contrária ao Poder Público.

Como se observa, nas ações anulatórias de atos administrativos cessava o direito da propositura da ação no prazo de um ano a partir do momento em que se tivesse a ciência do ato, cabendo apelação *ex officio* caso a sentença fosse contrária ao Poder Público.

Vários códigos estaduais adotaram os mesmos princípios, como por exemplo, o de São Paulo (arts. 491 a 494), o do Distrito Federal (arts. 673 a 681), o da Bahia (arts. 556 e 557), e o de Minas Gerais (arts. 902 a 911). (BARBI, 1980, p. 55).

No entanto, na prática, a ação anulatória de atos administrativos não produziu resultados satisfatórios. Vários motivos foram apontados: despreparo dos juízes, a inércia dos interessados ou defeitos do sistema, que possibilitava a suspensão inicial do ato impugnado, mas não levava a uma breve decisão do feito, o que ocasionava desvantagem à Administração. (NUNES, 1987, p. 4).

Pela ausência de um meio judicial que permitisse afastar o perigo iminente de violação ou restabelecer de pronto a situação anterior, quando já consumada a violência, os prejudicados começaram a usar o instituto do *habeas corpus* para esse fim. (NUNES, 1987, p. 4-5).

Como se observa, embora a ação anulatória fosse instituída para ser utilizada na área cível, devido a diversos problemas, que vão desde o despreparo dos juízes e a não celeridade do procedimento, começou-se a lançar-se mão do instituto

do *habeas corpus*.

De acordo com Fiúza (1990, p. 56), foi assim que surgiu a “Doutrina Brasileira do *Habeas Corpus*”, pela qual o instituto passou a ser utilizado também na defesa dos direitos individuais civis.

Vê-se que, a ação anulatória não estava cumprindo sua função na área cível, pois os juízes não estavam preparados para a utilização do procedimento de forma célere e satisfatória, pois o ato, apesar de ser suspenso, não tinha o feito solucionado, ensejando então, a utilização do *habeas corpus* para suprir suas deficiências.

Nunes (1987, p. 5) diz que “não há de se estranhar que, na ausência de providências mais adequadas, os nossos tribunais se tenham valido do *habeas corpus*, para acudir a situações que exigem socorro imediato”.

Como as providências jurisdicionais não eram adequadas, os tribunais utilizavam-se do instituto do *habeas corpus*, pois a ação anulatória não era um procedimento célere, fazendo com que os tribunais utilizassem-se da via do *habeas corpus* em área cível, pois no caso, este instrumento era mais efetivo, além de célere.

No entanto, conforme Nunes (1987, p. 5) havia vários inconvenientes dessa solução jurisprudencial:

O maior estava na incerteza, quanto ao raio de ação do *habeas corpus*. Nunca o Supremo Tribunal se decidiu a estendê-lo a todos os direitos individuais, indistintamente. Alguns ficaram assim ao desamparo. Qual o critério, para distinguir uns dos outros? Nenhum havia, decisivo e inconteste. O que prevaleceu durante algum tempo foi o de PEDRO LESSA, que só admitia o recurso constitucional, quando estivessem em lide a liberdade corpórea ou um direito líquido e incontestável, cujo exercício dependesse daquela faculdade natural. A doutrina do grande juiz sofreu, todavia, impugnações ardentes. (...) Outro inconveniente de gravidade manifesta era a eventualidade, que amiúde se verificava, de se resolverem de plano questões que envolviam direitos de terceiros, sem que estes últimos pudessem defender-se. Ouviam-se apenas as autoridades. Não eram ouvidos aqueles que, em verdade, eram os maiores interessados na decisão.

A utilização ampliativa do *Habeas Corpus* trazia alguns inconvenientes como se observa, dentre eles o fato de que este instituto não estava bem delineado quanto ao seu raio de atuação, podendo, então, sofrer uma interpretação equivocada quanto ao seu cabimento.

Em 1926, a reforma constitucional quis acabar com esse *habeas corpus* civil, recolocando-o na sua função original e precípua: a proteção constitucional da liberdade física de ir, de vir ou de permanecer. (FIUZA, 1990, p. 56).

O *habeas corpus* estava descaracterizado, pois sua função primordial inicial era garantir o direito à liberdade, sendo oportunamente, na falta de um instituto adequado, que resolvesse de plano as questões pertinentes, fazia-se seu uso, mas tudo era confuso, não se sabia ao certo quanto ao seu cabimento.

Essa restrição ao uso do *habeas corpus* veio ressaltar a necessidade de criação de outras ações rápidas e seguras para atender às situações urgentes, não atendidas por aquele instituto. (PACHECO, 1998, p. 142).

Devido a ação anulatória não cumprir seu papel de forma célere, utilizou-se o *habeas corpus*, descaracterizando-o totalmente, eis que com a reforma constitucional agora, já se procura reconstituí-lo, para que voltasse a ter as mesmas características originais, buscando-se a satisfação dos direitos civis por meio de instrumento que fosse célere e eficaz. Sendo assim, apareceram diversas sugestões para criação de institutos visando a proteção dos direitos individuais contra atos ilegais da administração.

Relembra Ferreira (1984, p. 137):

(...) o nome de Alberto Torres no livro 'A organização nacional', publicado em 1914, onde propunha o nome de "mandado de garantia" destinado à proteção de direitos individuais ou coletivos (públicos e privados) lesados por atos do Poder Público ou de particulares, aplicável quando não houvesse outro remédio especial.

Inicialmente, como é comum, houve várias propostas de nomenclatura ao recém-proposto instituto, dentre eles "mandado de garantia", o que não prosperou. O Ministro Muniz Barreto, em 1922, propôs a criação de um remédio equivalente ou assemelhado ao recurso de amparo do México. (FERREIRA, 1984, p. 138).

Percebeu-se a necessidade da criação de um novo instituto que fosse capaz de garantir os direitos civis contra a ilegalidade dos atos administrativos do poder público, surge, então diversas nomenclaturas para o então instituto.

Foi apresentado pelo Deputado Gudesteu Pires, em 1926, projeto de lei criando um instituto duplex, mandado de proteção/mandado de restauração, para proteger "todo direito pessoal, líquido e certo, fundado na Constituição e em lei federal", visando combater os atos lesivos de autoridades administrativas. Eis alguns dos nomes propostos como sugestão de institutos para resguardar o indivíduo contra os atos ilegais do Poder Público de acordo com Ferreira (1984, p. 138):

(...) mandado de reintegração, de manutenção ou proibitório, por Afrânio de Melo Franco; manutenção por Matos Peixoto; ordem de garantia por Odilon Braga; Clodomir Cardoso propõe o nome sugerido por Afrânio de Melo Franco; Sérgio Loreto preferiu a designação mandado assecuratório ou recuperatório.

Apesar do grande número de contribuições apresentadas pelos Deputados à Câmara e dos debates brilhantes que ocorreram, nenhum projeto foi transformado em lei. A Revolução de 1930 encerrou os trabalhos legislativos e o assunto somente voltou a ser discutido por ocasião da Constituinte de 1934. (BARBI, 1980, p. 58).

Embora houvesse empenho por alguns Deputados, não houve aprovação do Instituto, pois os trabalhos legislativos foram encerrados devido a Revolução de 1930, sendo posteriormente levado à discussão na Constituinte de 1934.

Sendo assim segundo Barbi (1980, p. 58):

João Mangabeira sugeriu à Comissão elaboradora do Anteprojeto Constitucional a criação de um processo sumaríssimo, para proteção de direito incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente ilegal do Poder Executivo. Se julgasse procedente o pedido, o juiz expediria um “mandado de segurança”, proibindo a Administração a prática do ato ou determinando o restabelecimento da situação anterior.

Pois então, com João Mangabeira surge a nomenclatura utilizada até hoje, o instituto do Mandado de Segurança, sendo desta vez, um instrumento célere para proteção de direitos incontestáveis ilegalmente violados pelo Poder Executivo, sendo procedente o pedido, proibia a Administração a praticar o ato, restabelecendo *status a quo*.

1.3 EVOLUÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA NO BRASIL

Com a aprovação da nomenclatura do instituto sugerida por João Mangabeira, coube à Constituição Federal de 1934 inserir no seu art. 113, §33, sob a rubrica de “garantias de direitos”. De acordo com Buzaid (1989, p. 30), o mandado de segurança nestes termos: “Dar-se-á mandado de segurança para a defesa de direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade”.

Instituído e regulamentado estava então o mandado de segurança, por meio da Constituição Federal de 1934 e da Lei 191, de 16 de janeiro de 1936, só que este instituto teve um período de modificações e várias restrições, como o Decreto-

Lei 6/1937 em seu art. 16:

Continua em vigor o remédio do mandado de segurança, nos termos da lei n. 191 de 16 de janeiro de 1936, exceto a partir de 10 de novembro de 1937, quanto aos atos do Presidente da República e dos ministros de Estado, Governadores e Interventores.

Como se observa o mandado de segurança não foi extinto, mas porém está restrito, ficando fora de sua abrangência os atos do Presidente da República, dos ministros de Estado, Governadores e Interventores, o que demonstra a ilegalidade frente aos cidadãos, o poder executivo agindo de forma arbitrária, deixando a sociedade sem ter meios para garantia de seus direitos, características do período ditatorial.

O Decreto-Lei Nº 1.608, de 18 de Setembro de 1939 (Código de Processo Civil) traz em seu art. 319:

Dar-se-á mandado de segurança para defesa e direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional, ou ilegal de qualquer autoridade, salvo do Presidente da República, dos Ministros de Estado, Governadores e Interventores.

O Código de Processo Civil de 1939 trouxe em seu teor as características mais marcantes ainda do período de obscuridade das garantias constitucionais, pois os atos do executivo não seriam mais amparados por tal instituto, ficando então neste período sem a devida proteção constitucional.

O mandado de segurança é reeditado na Constituição Federal de 1946 em seu Capítulo II – Dos Direitos e das Garantias individuais, art. 141, § 24: “Para proteger direito líquido e certo não amparado por habeas corpus, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder”.

Agora o mandado de segurança tem suas características iniciais, abarcando todos os poderes estatais, retirando o seu caráter de restrição expressos no texto constitucional de 1937, estando apto a ser utilizado contra qualquer autoridade pública que cause lesão com características de ilegalidade.

Faltava-lhe, portanto a regulamentação, que adveio com a Lei n.º 1.533 de 31 de dezembro de 1951 que trazia em seu art. 1º:

Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo,

não amparado por habeas-corpus, sempre que, ilegalmente ou com abuso do poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

Com a nova regulamentação o mandado de segurança agora estava com sua força inicial, sendo que, como se pode perceber, tem mais uma característica marcante, podendo ser preventivo, pois abarca as situações de quem estiver com receio de sofrer a ilegalidade do abuso de poder e não somente quando o indivíduo já havia sido lesado.

Diversas modificações foram feitas neste instituto, mas, porém a sua estrutura permaneceu intacta, ou seja, o essencial, as garantias não foram mais alteradas. Com o advento da Constituição Federal de 1988, a Constituição Democrática, o instituto do mandado de segurança foi totalmente recepcionado, garantindo os direitos individuais e ampliando para as situações em que houvesse a necessidade da segurança coletiva. Em seu artigo 5º a Constituição Federal de 1988:

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;
LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:
a) partido político com representação no Congresso Nacional;
b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

O instituto do mandado de segurança, recepcionado pela Constituição Federal de 1988 permaneceu intacto por longo período, desde a sua regulamentação pela Lei 1.533 de 31 de dezembro de 1951, embora tenha sofrido algumas alterações, mas nada tão substancial, preservando suas características essenciais. Até que em 2009, por meio da Lei n.º 12.016/2009 houve sua reedição:

Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

Como na seara do direito, sempre se questionava acerca do cabimento do mandado de segurança por pessoas jurídicas, a nova redação veio a esclarecer de forma definitiva o seu cabimento por tais pessoas, afastando de vez as divergências

acerca do instituto, preservando o seu caráter residual e as características de proteção e prevenção.

1.4 PROCEDIMENTOS APLICADOS AO MANDADO DE SEGURANÇA

Abordar-se-á neste momento a utilização do Mandado de Segurança na impugnação da omissão da Administração Pública em nomear candidatos aprovados em concurso público, o que implica em algumas particularidades. O Mandado de Segurança é ação constitucional, de natureza cível, prevista no art. 5º, LXIX, da Constituição da República e na Lei 12.016/2009, visando a proteção de direito líquido e certo lesado ou que sofra ameaça de lesão, em decorrência de ato de autoridade, praticado com ilegalidade ou abuso de poder.

Direito líquido e certo aquele demonstrado de plano, por meio de provas pré-constituídas, tendo em vista que o Mandado de Segurança não comporta dilação probatória. Desse modo, pretendendo-se o reconhecimento do direito à nomeação pela aprovação em concurso público, necessário que seja o mencionado direito demonstrado por prova pré-constituída, não se admitindo qualquer produção de prova durante o procedimento. Deve-se, portanto, ser claramente demonstrado que o ato ou omissão que se pretende impugnar é ilegal ou abusivo.

A petição inicial deve ser apresentada em duas vias, todas acompanhadas de documentos que sejam hábeis a sua impetração, sendo posteriormente distribuída. Ao receber a petição, o juiz deverá notificar a autoridade ao qual é atribuída a coação, remetendo-se a ele a cópia da petição, juntamente com os documentos que a instruírem, podendo o juiz também apreciar a análise de algum pedido liminar.

Caso verifique a ausência de requisito essencial, de pressupostos processuais ou inépcia da inicial, bem como o não cabimento do mandado de segurança, deve ser a petição indeferida, nos termos do art. 10, da Lei n.º 12.016/2009, decisão da qual cabe recurso de apelação.

Art. 10. A inicial será desde logo indeferida, por decisão motivada, quando não for o caso de mandado de segurança ou lhe faltar algum dos requisitos legais ou quando decorrido o prazo legal para a impetração.

§ 1º Do indeferimento da inicial pelo juiz de primeiro grau caberá apelação e, quando a competência para o julgamento do mandado de segurança couber originariamente a um dos tribunais, do ato do relator caberá agravo para o órgão competente do tribunal que integre.

O mandado de segurança pode ser indeferido, caso a situação fática não o comporte ou lhe falte alguns dos requisitos essenciais ou ainda, estiver fora do prazo legal de sua impetração. Esse indeferimento há que se ressaltar, deve ser sempre motivado. O recurso disponível para este indeferimento é a apelação em casos de juiz de primeiro grau, e, em caso dos tribunais, sendo do relator a decisão, caberá agravo para o órgão competente do tribunal.

Não sendo indeferida a petição inicial, prossegue-se o feito com a apresentação de informações da autoridade coatora, considerada a pessoa que praticou o ato abusivo ou ilegal, conforme ensinamento de Reis (2000, p. 61):

É a autoridade pública que emite ato como manifestação ou omissão (equipara-se a ato desde que provoque lesão a direito objetivo) do Poder Público ou de seus delegados que se encontrem no exercício e competência de suas funções e até mesmo 'a pretexto de exercê-la'(...)

Há de se salientar, que o ato deve ser praticado por autoridade pública, que tenha poder de decisão, mesmo que seja sob o pretexto de exercer a função pública. Assim, o coator segue sempre o representante da pessoa do polo passivo, mas jamais será ele parte da relação jurídico-processual. É mero informante. É agente administrativo.

Posteriormente, ouve-se o Ministério Público e os autos são conclusos para o magistrado, que deve proferir a sentença em trinta dias, tendo em vista que os processos de mandado de segurança possuem prioridade sobre os demais, exceto habeas corpus.

É ensinamento de Pacheco (2008, p. 221):

O juiz deve sentenciar com as informações, se houver, ou sem elas, sendo imprescindível o pronunciamento do Ministério Público. Descomportando diligência de índole probatória, a não ser a requerida pelo impetrante para pedir a exibição de atos, na forma do art. 7º, I, da Lei 1.533/51, não se há de designar audiência para instrução, nem de abrir dilação nesse sentido. (PACHECO, 2008, p. 221).

A manifestação do Ministério Público é essencial, devendo o juiz sentenciar logo em seguida, sendo que o mandado de segurança não comporta dilação probatória. Outra peculiaridade que merece destaque refere-se ao prazo para impetração da ação mandamental.

Nos termos do art. 23, da Lei n.º 12.016/2009: "O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados

da ciência, pelo interessado, do ato impugnado”. Conforme se observa, o Mandado de Segurança deve ser impetrado no prazo decadencial de 120 dias, contados da ciência do ato impugnado.

Entretanto, em se tratando de omissão da Administração Pública, o referido prazo inicia seu decurso ao fim do prazo que possui a Administração para praticar o ato ou, caso não haja previsão de prazo legal para a prática do ato. Di Pietro (2005, p. 689) diz que “não se cogita decadência para o mandado de segurança, por inexistência de um termo a quo; enquanto persistir a omissão, é cabível o mandado”.

Desse modo, no caso em questão, o prazo para impetração do *mandamus* inicia-se ao término do prazo de validade do concurso, previsto no art. 37, III, da Constituição da República, oportunidade em que se encerra o questionado dever da Administração Pública em nomear os candidatos aprovados.

A questão do prazo para impetração do Mandado de Segurança tem sido alvo de interpretações divergentes, como se observa no julgamento proferido pela Juíza Roberta Wolpp Goncalves,

NR. PROTOCOLO: 166223-34.2013.8.09.0139. AUTOS NR.: 143 NATUREZA: ORDINARIA REQUERENTE: HUGO DELEON RODRIGUES ALVARENGA. REQUERIDO: MUNICIPIO DE RUBIATABA ADV REQTE: 29972 GO - LEIDIANE DE MORAIS E SILVA ADV REQDO: 8198 GO - RUBENS FERNANDO MENDES DE CAMPOS. EMENTA: **Apelação cível aprovação em concurso público direito a nomeação concurso público com prazo de validade vencido decadência configurado expirado o prazo de validade do certame do concurso, opera-se a decadência do alegado direito a nomeação**, tendo como espeque o inserto no art 37, III e IV, CR/88 (Apelação Cível n 1011006015643-4/002 comarca de Campestre apelante (s): Jacira Aparecida Moreira apelado (a)(s): município Campestre) EMENTA: mandado de segurança concurso público prazo de validade expirado decadência deflagrada extinção do processo opera-se a decadência do eventual direito a nomeação do candidato aprovado em concurso público com a expiração do prazo de validade deste, o qual se submete as regras contidas no a RT 37, incisos III, IV, da Constituição da republica denegada a segurança (mandado de segurança n 1000008476138-6/000 relator: Exmo Sr Des Kildare Carvalho Corte Superior Pub 11 09 2009) ante o exposto, deflagrada a decadência, julgo extinto o processo, com resolução meritória, nos termos do art 269, IV, do CPC custas pelo requerente, suspensa a exigibilidade em decorrência da parte ser beneficiaria da assistência judicial gratuita (art 12 da lei n 1060/15) publique-se registre-se intimem-se cumpra das todas as determinações acima exaradas, apos o trânsito em julgado, certifique-se e archive-se os autos com as devidas baixas e cautelas de praxe Rubiataba GO, 09 de outubro de 2014 Roberta Wolpp Goncalves Juiza de Direito.

Para a Juíza Roberta Wolpp da comarca de Rubiataba-GO, o prazo para a impetração do Mandado de Segurança seria no prazo de validade do concurso, ou seja, caso o candidato deixe escoar esse prazo, estaria, então, decaído o direito à

utilização deste instrumento.

A decisão da Juíza Roberta Wolpp Gonçalves fora baseada no recurso 1000008476138-6/000, tendo como relator Kildare Carvalho do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - PRAZO DE VALIDADE EXPIRADO - DÉCADÊNCIA DEFLAGRADA -EXTINÇÃO DO PROCESSO. **Opera-se a decadência do eventual direito à nomeação do candidato aprovado em concurso público com a expiração do prazo de validade deste, o qual se submete às regras contidas no art 37, incisos III, IV, da Constituição da República.** Denegada a segurança. (TJ-MG 100000847613860001 MG 1.0000.08.476138-6/000 (1), Relator: KILDARE CARVALHO, Data de Julgamento: 12/08/2009, Data de Publicação: 11/09/2009)

Percebe-se que, de acordo com essa decisão, caso o candidato deixe expirar o prazo de validade do concurso, decairá, por consequência, o direito de impetrar o Mandado de Segurança, pois o direito não será mais líquido e certo.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais julgando a Apelação nº 280.549-7 – TJ-MG, tendo como Relator o Desembargador Eduardo Andrade decidiu:

ADMINISTRATIVO - CONCURSO PÚBLICO - PRAZO DE VALIDADE EXPIRADO - PRETENSÃO DE CANDIDATAS CLASSIFICADAS À NOMEAÇÃO PARA PROVIMENTO DE CARGOS - DECADÊNCIA DO DIREITO CONFIGURADA. A aprovação em concurso público produz mera expectativa de direito, ficando o provimento condicionado a juízo de oportunidade e conveniência da Administração Pública, no exercício do poder discricionário. Logo, no prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem direito à nomeação, apenas se o cargo for preenchido através de nomeação sem observância da classificação, hipótese não verificada nos autos. **Esgotado o prazo de validade do concurso, fica caracterizada a decadência, que tem por efeito extinguir o próprio direito sobre o qual se fundamenta o pedido exordial.** (grifos nossos) (Apelação nº 280.549-7 – TJ-MG. Relator: Desembargador Eduardo Andrade).

O posicionamento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais tem entendido que esgotado o prazo de validade do concurso, está caracterizada a decadência, extinguindo o direito sobre o qual se fundamenta o Mandado de Segurança, ou seja, direito líquido e certo.

Em que pese a decisão da Juíza Roberta Wolpp Gonçalves, baseada nas decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás tem decidido:

18.2012.8.09.0000(201292240920). EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. EMENDA À INICIAL. PRAZO DECADENCIAL. MARCO INICIAL. CADASTRO RESERVA. NOMEAÇÃO. DESISTÊNCIA DE CANDIDATO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO. 1 - Ordenada emenda à inicial para fazer constar como autoridade impetrada, a figura do Governador do Estado, legitimado a efetivar a nomeação de todos os concursos públicos no âmbito estadual, não há que se falar em ilegitimidade, face o advento da preclusão inserido na ausência de insurgência recursal a tal comando. 2 - **O prazo decadencial para impetração de mandado de segurança quando versa a questão sobre ato omissivo ínsito a não nomeação de candidato em concurso público, tem marco inicial no término do prazo de validade do certame.** 3 - A aprovação de candidato, em quantitativo destinado ao cadastro reserva, se transmuda de direito subjetivo à direito líquido e certo à nomeação, quando a Administração Pública promove a nomeação de candidatos, e dentre estes tem-se a desistência de candidato que antecede ao impetrante. Segurança Concedida. DECISAO: ACORDA o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, em sessão pelos integrantes da Corte Especial, à unanimidade de votos, em conceder a segurança, nos termos do voto do relator.

Então, percebe-se a divergência entre entendimentos do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais e o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, mas, para alívio dos concursados, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, julgando o AgRg no RMS 36.299/SP, tendo como Relator o Ministro Castro Meira decidiu que:

STJ - MANDADO DE SEGURANÇA MS 19227 DF 2012/0205561-8 (STJ)
 Data de publicação: 30/04/2013. Ementa: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CONTADOR DO QUADRO DE PESSOAL DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. EXISTÊNCIA. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS OFERTADAS NO EDITAL. SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS EM NÚMERO SUFICIENTE PARA ALCANÇAR A CLASSIFICAÇÃO DO IMPETRANTE. PRAZO PARA IMPETRAÇÃO. FIM DA VALIDADE DO CERTAME. NOTIFICAÇÃO DOS DEMAIS CANDIDATOS MELHORES CLASSIFICADOS QUE O IMPETRANTE. DESNECESSIDADE. CONTRATAÇÃO DE NOVOS SERVIDORES. NECESSIDADE DA ADMINISTRAÇÃO. COMPROVAÇÃO. REQUISICÃO DE SERVIDORES/EMPREGADOS PÚBLICOS. ABUSO. EXISTÊNCIA. RETROAÇÃO DOS EFEITOS DA NOMEAÇÃO À DATA DE EXPIRAÇÃO DA VALIDADE DO CONCURSO (29/6/12). IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO. MANDAMUS UTILIZADO COMO SUCEDÂNEO DE AÇÃO DE COBRANÇA. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. REQUISITOS. PRESENÇA. SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. Para fins de impetração de mandado de segurança, entende-se por Autoridade "a pessoa física investida de poder de decisão dentro da esfera de competência que lhe é atribuída pela norma legal" (MEIRELLES, Hely Lopes et al. Mandado de Segurança e ações constitucionais. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 33). 2. **O "término da validade do concurso marca o termo a quo da contagem do prazo decadencial para a impetração de mandado de segurança dirigido contra ato omissivo da autoridade coatora, que se furtou em nomear o candidato no cargo para o qual fora aprovado"** (AgRg no RMS 36.299/SP, Rel. Min. CASTRO MEIRA, Segunda Turma, DJe 21/8/12). 3. Nos termos do art. 131, caput, da CRFB/88 c.c. 4º, I e XVII, e 49, § 2º, da Lei Complementar

73/93, é do Advogado-Geral da União a competência para promover a investidura de servidores em cargos públicos do quadro de pessoal da Advocacia-Geral da União, sendo irrelevante que a tenha delegado ao Secretário-Geral de Administração daquele órgão público pois, por estar autorizada pela referida lei complementar, torna-se inaplicável a regra contida...

Para o Superior Tribunal de Justiça o prazo para Impetração do mandado de Segurança inicia-se com a expiração do prazo do concurso público, ou seja, do período em que a administração teria que ter nomeado os candidatos aprovados e classificados, mas, por omissão do poder público, ainda não foi efetivado, cabendo ao interessado utilizar-se deste instrumento como garantia de seu direito líquido e certo.

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região pautando-se nas decisões recorrentes do Superior Tribunal de Justiça decidiu que:

TRF-1 - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA AMS 277918420114013300 (TRF-1). Data de publicação: 26/11/2014. **Ementa:** PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. CONCURSO PÚBLICO. PRETENSÃO DE NOMEAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPETRAÇÃO APÓS O PRAZO DE VALIDADE DO CONCURSO: POSSIBILIDADE. MÉRITO. APROVAÇÃO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. REFORMA DA SENTENÇA. I - **O Colendo Superior Tribunal de Justiça possui entendimento firme no sentido de que o termo inicial do prazo decadencial para se impetrar mandado de segurança contra ausência de nomeação de candidato aprovado em concurso público é a data de expiração da validade do certame, razão pela qual possível não se revela a extinção do processo sem resolução de mérito, por falta de interesse de agir, sob o fundamento de que impetrado o mandado de segurança apenas após escoado o prazo de validade do concurso público.** Reforma da sentença. Exame da matéria por força do § 3º do art. 515 do Código de Processo Civil . II - O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE 598099/MS, com repercussão geral reconhecida, firmou orientação no sentido de que, "dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público". III - Aprovado o impetrante dentro do número de vagas previsto no edital, deve ser concedida a segurança a fim de que lhe sejam assegurados nomeação e posse no cargo respectivo, não havendo que se falar em incidência da Portaria MPOG nº 39, de 25 de março de 2011, pela qual foram suspensas, por prazo indeterminado, as nomeações no âmbito da Administração Pública Federal, vez que não mais vigente, tendo a própria Universidade Federal da Bahia, no corrente ano, realizado nomeações referentes a concursos posteriores ao realizado pelo impetrante. IV - Recurso de apelação interposto pelo impetrante a que se dá provimento....

Tendo como referência as decisões anteriores proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, fica demonstrado que o prazo inicia-se a partir do momento em que fora expirada a validade do concurso, sendo então, garantida a Segurança à

nomeação do candidato então aprovado e classificado, ficando a administração pública obrigada ao certame, uma vez que está vinculada.

CAPÍTULO II

CONCURSOS PÚBLICOS

2.1 HISTÓRICO

Tem-se como surgimento do concurso público em meados do século XIX, sendo objeto de diversas mudanças, principalmente ocorridas devido às constantes reformulações da Administração Pública, sendo inicialmente ocupados os cargos públicos de forma hereditária. Essas reformulações eram importantes e se faziam necessárias, pois a população pressionava por direitos de igualdade nos cargos públicos, além da não aplicabilidade de distinções, mas de acordo com a aptidão e mérito de cada indivíduo, abrindo-se assim, oportunidades a todos que tivessem o conhecimento e o talento necessário para preenchimento das vagas existentes.

As seleções públicas tiveram seu desenvolvimento na França, por meio de Napoleão. As espécies eram sorteio, compra e venda, herança, arrendamento, nomeação, eleição e concursos, definidos da seguinte forma, segundo Cretella Junior (1992):

- 1- sorteio: meio utilizado na Antiguidade clássica, pelas Comunas Italianas da Idade Média e, em especial, pelos gregos de Esparta e de Atenas ficou famoso pelas circunstâncias especiais em que cargos de natureza política eram sorteados. Existia o sorteio puro (que se aplicava a pessoas que passavam pelo crivo de um processo seletivo) e o sorteio condicionado (aplicado a pessoas que reuniam determinadas condições apreciáveis dentre os que poderiam ser escolhidos para os cargos públicos);
- 2- compra e venda: consiste na alienação, pelo Estado a particular, a título oneroso, dos empregos públicos. Sistema utilizado na Idade Média, principalmente na França;
- 3- herança: também instituído na Idade Média, tratava-se de um sistema de ingresso nos cargos públicos por meio de hereditariedade;
- 4- arrendamento: meio pelo qual o Estado cedia cargos públicos aos particulares, por prazo determinado e mediante uma quantia arrecadada aos cofres públicos. Teve origem feudal;
- 5- livre nomeação absoluta: forma de designação para o cargo público

efetuado por um só indivíduo, sem a interferência de qualquer poder;

6- livre nomeação relativa: ao contrário da livre nomeação absoluta, este sistema perfaz-se em ato administrativo complexo, onde o ato para se tornar perfeito e acabado necessita da manifestação de vontade de um poder sob a aprovação de outro poder;

7- eleição: consiste a eleição na escolha do funcionário pelo sufrágio, direto ou indireto;

8- concurso: processo normal de provimento da maioria dos cargos públicos na época moderna. Série complexa de procedimentos para apurar as aptidões pessoais apresentadas por um ou vários candidatos que se empenham na obtenção de uma ou mais vagas e que submetem voluntariamente seus trabalhos e atividades a julgamento de comissão examinadora.

Já no Brasil, a Constituição do Império de 1824 foi a primeira a fazer referência aos cargos públicos, em seu artigo 179, inciso 14: "que todo cidadão pode ser admitido aos cargos públicos civis, políticos ou militares, sem outra diferença que não seja a de seus talentos e virtudes".

Percebe-se que Dom Pedro I, ao instituir as regras de acesso aos cargos públicos, deixa claro que estes poderiam ser preenchidos por qualquer cidadão, sendo irrelevantes outras distinções que não sejam referentes aos talentos e virtudes de cada cidadão.

Mas foi na Constituição Federal de 1934, no entanto, que ficou expressa a forma de admissão aos cargos públicos por meio de concurso público. A Magna Carta trazia em seu artigo 170 a forma de investidura em cargos públicos: "a primeira investidura nos postos de carreira das repartições administrativas, e nos demais que a lei determinar, efetuar-se-á depois de exame de sanidade e concurso de provas ou títulos". Na prática, o concurso era aberto aos candidatos para a primeira investidura, em alguns cargos em específico, sendo os demais cargos providos apenas através de concurso interno.

Como fica evidente no trecho apresentado, ficou desde então, instituído que o concurso seria o meio apto a investir o cidadão em cargo público, mas deixa claro também, que seria objeto de concurso público somente a primeira investidura, deixando então, de regular a forma de ascensão ou de promoção nos cargos públicos.

Adveio então a Constituição Federal de 1988, com diversas modificações em relação às anteriores, passando-se a exigir, concurso de provas ou provas e títulos para os cargos e empregos públicos, com exceção dos elencados na Emenda Constitucional nº 19 de 04 de Junho de 1998, estando entre eles, os cargos em comissão, de confiança (já sendo servidor efetivo), membros de tribunais, aproveitamento de ex-combatentes da segunda guerra mundial e os denominados

servidores contratados temporariamente, com base no art. 37, IX, da CF/88.

Desde a promulgação da nossa atual Carta Magna, até os dias atuais, muito vem se modificando a sistemática dos concursos públicos. O entendimento jurisprudencial acerca da nomeação de candidatos aprovados vem evoluindo ou se "positivando", o que representa um alento para aqueles que sonham com a tão sonhada nomeação em um cargo público.

Segundo Carvalho Filho (2001):

Concurso Público é o procedimento administrativo que tem por fim aferir as aptidões pessoais e selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos e funções públicas. Na aferição pessoal, o Estado verifica a capacidade intelectual, física e psíquica de interessados em ocupar funções públicas e no aspecto seletivo são escolhidos aqueles que ultrapassam as barreiras opostas no procedimento, obedecidas sempre à ordem de classificação. Cuida-se, na verdade, do mais idôneo meio de recrutamento de servidores públicos. (FILHO, 2001, p. 472).

Como pode ser observado, o concurso público tem o objetivo de fazer com que a administração pública preencha as vagas disponíveis em seu quadro funcional, devendo ser feito de acordo com a lei, ou seja, por meio de uma seleção aberta a todos os interessados, sem preferências individuais, onde possa escolher dentre os inscritos os que preencham de forma mais adequada as vagas ofertadas.

Para Meirelles (2003, p. 319), levando em conta os fins do Estado, ele considera como serviço público "todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniência do Estado".

Nesta definição fica clara a definição de serviço público, podendo ser ele prestado tanto pela administração direta ou por delegação às pessoas jurídicas incumbidas de exercer determinada atividade, desde que sejam regidos por normas e controladas por meio do Estado, de forma a satisfazer da melhor forma possível os anseios da sociedade, podendo esta delegação ser efetivada por conveniência ou necessidade do poder público.

Os Servidores públicos subdividem-se em regime estatutário, celetista e temporária, pois são remunerados por meio do erário público, prestando serviços nas mais diversas esferas administrativas do Estado.

Os estatutários são regidos por estatuto próprio do servidor público, já os celetistas ou empregados públicos, embora estejam prestando os mesmos serviços e atribuições, são regidos pelas normas trabalhistas que regulam as relações de

empregos da iniciativa privada, podendo estar presentes nas mais diversas repartições do poder público.

Meirelles (2006, p. 434), define o concurso público como sendo:

[...] o meio técnico posto à disposição da administração pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos da lei, fixados de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, consoante determina o art. 37, II, da CF.

Observa-se que o concurso público tem o condão de tornar o ato de provimento de cargos públicos idôneo para a administração pública, efetivando o princípio da igualdade, pois a oportunidade fica aberta para todos os interessados, desde que atendam aos requisitos presentes no edital, de acordo com a complexidade do cargo. Fica evidente também que a seleção pública busca, também, a maior eficiência e eficácia do serviço público, além de estar moralmente revestida de legalidade, sem privilegiar uns em detrimento de outros. Sendo assim, a Administração Pública utiliza-se do concurso público como instrumento para prover cargos e empregos públicos necessários ao funcionamento da estrutura pública administrativa.

Trata-se de exigência constitucional inserida no artigo 37, inciso II, da Carta Magna. Tendo esta norma força vinculativa, posto que, para o ato de provimento de cargo ou emprego público, na administração direta ou indireta, o concurso público deverá ser previamente realizado pelo gestor público, como se infere abaixo:

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:

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;" (BRASIL, 1998).

Os princípios da administração pública são a base do poder estatal, não podendo em nenhum momento estar revestido de ilegalidade, devendo o administrador público estar sempre atento aos seus mandamentos. Sendo estes, não uma mera disposição à vontade do administrador, mas um dever da administração

pública, seu cumprimento é norma cogente. Fica claro a forma de acesso aos cargos públicos, não podendo ser obstaculizada por mero desleixe ou favorecimento pessoal do administrador público, ficando os cargos existentes vinculados à força do edital, dependendo a nomeação do candidato da prévia aprovação em concurso público, observando a natureza do cargo e a sua complexidade.

Numa breve análise, pode-se verificar que o instituto do concurso público se confunde com o surgimento do Estado de Direito, pois com ele surgiram princípios basilares, como o princípio da legalidade, que atribui ao Estado o que lhe é vedado ou permitido fazer.

Há que se fazer uma necessária distinção existente, pois o candidato pode ser aprovado, mas não classificado. Explica-se, é considerado "aprovado" num concurso público, aquele candidato que consegue obter a pontuação mínima necessária prevista em edital - instrumento que rege o concurso - para sua não eliminação, além do preenchimento dos demais requisitos. Já o candidato "classificado", é aquele que além de aprovado no concurso público, figura dentro do número de vagas previsto inicialmente em edital. Faz-se necessário essa distinção, uma vez que ela poderá ser determinante para garantir a futura nomeação do candidato.

Quanto ao prazo de validade de um concurso público, conforme o art. 37, III da Constituição poderá ter validade de até dois anos, podendo ser prorrogado por igual período.

2.2 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Os princípios são a base de todo o ordenamento jurídico, devendo ser observados pela administração pública direta, de qualquer dos poderes da União, Estados, Distrito Federal, Municípios, e as indiretas, como Autarquias, Fundações Públicas, Empresas Públicas, Sociedade de Economia Mista. São regras necessárias à interpretação das diversas normas jurídicas, indicando os caminhos a serem seguidos, eliminando lacunas, trazendo coerência e harmonia.

Os princípios previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 são:

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.

Fica evidente que a Administração Pública deverá estar sempre em busca da atenção primordial a tais princípios, não podendo agir discricionariamente sem a sua observância. Ao tomar qualquer decisão deve estar sempre atenta, pois está totalmente submissa a esses princípios.

Para Guimarães (2003, p. 85):

Os princípios jurídicos são uma forma de representação da vontade de um povo; dão início de qualquer interpretação constitucional, buscando uma melhor concepção do sistema de normas legais; estando interligados entre si, podendo o interprete organizá-los focalizado o caso concreto para a devida aplicação, podem estar postos ao ordenamento de forma expressa ou implícita, tendo ambas as formas a mesma relevância no sistema.

Fica claro que os princípios são a representação da vontade do povo, servindo de base à interpretação do texto constitucional, devendo ser aplicado da forma adequada ao caso concreto, podendo estar disposto no ordenamento jurídico de forma implícita ou explícita.

Para Moraes (2003, p. 14):

Os Direitos e as Garantias Constitucionais, além de significarem a positivação de Princípios Jurídicos, também formalizam uma variada gama de elementos que ficam disponibilizados a qualquer cidadão, para que este busque a tutela que se faz necessária.

Vislumbra-se que os direitos e as garantias constitucionais fazem parte da positivação dos princípios jurídicos, sendo o Mandado de Segurança um desses instrumentos aptos a garantir os direitos elencados na Constituição Federal de 1988, podendo ser manejado sempre que o cidadão sentir-se violado em seu direito ou na ameaça de sê-lo, desde que seja a prova-pré constituída e não seja cabível *habeas corpus* ou *habeas data*.

2.2.1 Princípio da Legalidade

Este princípio é a base de todo concurso público, onde todas as ações da Administração Pública devem ser pautadas no cumprimento do ordenamento jurídico, e não meramente na lei. Sendo assim, Meirelles (2006, p. 87) conceitua o princípio da legalidade no âmbito administrativo:

A legalidade como princípio de administração (Cf. art. 37, caput), significa que o administrador está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e à exigências do bem comum, e deles não pode se afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal.

O princípio da legalidade possui dois âmbitos de aplicação. Quando é voltado à atuação dos particulares, na seara privada, o sentido é de que aos particulares é lícito fazer tudo que a lei não proíba. Quando busca regular a atuação administrativa do Estado, tem um enfoque mais restritivo, pois para a Administração Pública representa a garantia constitucional de que sua atuação será limitada aos ditames legais (MEIRELLES, 2006, p. 88).

Fica demonstrado que a administração pública em seus atos decisórios tem que estar plenamente vinculada à lei. Ampliando esta visão, o princípio da legalidade diz que os atos públicos quanto aos concursos públicos têm que estar vinculada ao edital que a própria administração pública redigiu, não podendo se esquivar de suas obrigações frente aos concursados, utilizando-se de diversas artimanhas ocasionais.

2.2.2 Princípio da Isonomia

Este princípio é extremamente importante, pois foi sendo moldado aos poucos em nossa sociedade, para ser mais específico, em nossas Constituições anteriores, restando a previsão de forma expressa na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, quando diz que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza".

Este princípio faz com que o cidadão tenha direito a acesso igualitário nos cargos e empregos públicos oferecidos pelos Estados, Municípios, Distrito Federal, Autarquias, Fundações e Empresas Públicas, através de concurso público.

Gasparini (2003, p. 18) explica este princípio:

A Constituição Federal, no artigo 5º estabelece que, sem distinção de qualquer natureza, todos são iguais perante a lei. É o princípio da igualdade ou isonomia. Assim, todos os iguais em face da lei também o são perante a Administração Pública. Todos, portanto, tem o direito de receber da Administração Pública o mesmo tratamento, se iguais. (GASPARINI, p. 18).

Todos são iguais perante a lei, não podendo a administração agir de forma diferente, não podendo, a Administração Pública, utilizar-se de instrumentos que façam com que determinados candidatos sejam privilegiados em detrimento de outros,

pois a Constituição Federal de 1988 traz em seu bojo o princípio da Isonomia, tornando todos os candidatos com os mesmos direitos, sem ser possível que haja a prevalência de uns sobre os outros.

2.2.3 Princípio da Impessoalidade

Neste princípio fica demonstrado que a administração pública deverá pautar-se por critérios objetivos em suas decisões, não podendo dar margem ao subjetivismo, favorecendo determinados candidatos. Por este princípio tem-se a obrigação constitucional de que os atos da Administração devem ser dirigidos e praticados visando a todos indistintamente, e não há alguns individualizados, posto ser interesse público a prática dos atos de forma a não favorecer um em detrimento de outros que estejam na mesma situação jurídica, em igualdade.

Alexandrino e Paulo (2005, p. 111) afirmam esse entendimento:

A impessoalidade da atuação administrativa impede, portanto, que o ato administrativo seja praticado visando a interesses do agente ou de terceiros, devendo ater-se à vontade da lei, comando geral e abstrato por essência. Impede, o princípio, perseguições ou favorecimentos, discriminações benéficas ou prejudiciais aos administrados. Qualquer ato praticado em razão de objetivo diverso da tutela do interesse da coletividade será inválido por desvio de finalidade.

Percebe-se claramente a questão da invalidade do ato administrativo que, estando, em sua essência, eivado de desvio de finalidade, pois não estará de acordo com a coletividade, privilegiando alguns poucos em detrimento dos demais. Os atos devem ser vinculados à lei, o que impede tanto favores pessoais, quanto perseguições a determinados indivíduos. Fica, portanto, caracterizado, que eventuais "subjetivismos" e/ou favorecimentos a determinados candidatos, constituem flagrante violação ao princípio da impessoalidade.

No princípio da impessoalidade se traduz a ideia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimenotas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia.

Neste princípio observa-se o fato de que a Administração Pública não pode

fazer discriminação em relação a certos candidatos, nem mesmo ter preferência entre um ou outro, devendo estar a decisão isenta de favoritismo ou perseguições. O candidato que tiver melhor desempenho durante as fases concursais deverá ser o detentor da vaga outrora ofertada, sem que seja preterido a outros candidatos em razão de simpatias ou amizades pessoais.

2.2.4 Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório

O edital é a lei que rege o concurso público, pois o princípio da vinculação ao edital diz que a Administração Pública deve ter as regras, impostas através do instrumento convocatório do certame. É o instrumento no qual estão descritas as regras para a admissão ao cargo público como provas, quantidade de vagas, remuneração, idade limite e etc. Devido ao princípio constitucional da vinculação ao edital, tanto a Administração Pública, quanto o candidato devem irrestrita obediência às regras, sob pena de nulidade do certame.

Bacellar Filho (1998, p. 47) define:

O edital é ato normativo editado pela administração pública para disciplinar o processamento do concurso público. Sendo ato normativo editado no exercício de competência legalmente atribuída, o edital encontra-se subordinado à lei e vincula, em observância recíproca, Administração e candidatos, que dele não podem se afastar a não ser nas previsões que conflitam com regras e princípios superiores e que por isso são ilegais ou inconstitucionais.

O concurso público é todo delineado por meio do edital, suas fases, seus requisitos, qual a finalidade. Sendo assim, a administração está vinculada à ele, sendo por ele subordinada, podendo ser objeto de discussão somente em questões que sejam ilegais ou inconstitucionais. Verifica-se previsão legal deste princípio, quando a Lei 8.666/93, que versa sobre os contratos administrativos da Administração Pública, em seu artigo 44, explica que "A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada".

Ao administrador compete o estabelecimento de condutas que visem à lisura e o bom andamento do certame. É primordial a obediência bilateral das partes concorrentes, onde a Administração impõe previamente as condições que deseja, e o candidato concorda com as respectivas regras, quando se inscreve para o certame, estabelecendo uma relação jurídica entre estes.

Nesse sentido, manifestam-se os Tribunais:

MANDADO DE SEGURANÇA. PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CONCURSO PARA A MAGISTRATURA DO ESTADO DO PIAUÍ. CRITÉRIOS DE CONVOCAÇÃO PARA AS PROVAS ORAIS. ALTERAÇÃO DO EDITAL NO CURSO DO PROCESSO DE SELEÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. O Conselho Nacional de Justiça tem legitimidade para fiscalizar, inclusive de ofício, os atos administrativos praticados por órgãos do Poder Judiciário (MS 26.163, rel. min. Carmem Lúcia, DJe 04.09.2008). 2. Após a publicação do edital e no curso do certame, só se admite a alteração das regras do concurso se houver modificação na legislação que disciplina a respectiva carreira. Precedentes. (RE 318.106, rel. min. Ellen Gracie, DJ 18.11.2005). 3. No caso, a alteração das regras do concurso teria sido motivada por suposta ambiguidade de norma do edital acerca de critérios de classificação para a prova oral. Ficou evidenciado, contudo, que o critério de escolha dos candidatos que deveriam ser convocados para as provas orais do concurso para a magistratura do Estado do Piauí já estava claramente delimitado quando da publicação do Edital nº 1/2007. 4. A pretensão de alteração das regras do edital é medida que afronta o princípio da moralidade e da impessoalidade, pois não se pode permitir que haja, no curso de determinado processo de seleção, ainda que de forma velada, escolha direcionada dos candidatos habilitados às provas orais, especialmente quando já concluída a fase das provas escritas subjetivas e divulgadas as notas provisórias de todos os candidatos. 5. Ordem denegada" (grifei). Isso posto, denego a ordem (art. 205 do RISTF). Cassada, pois, a medida liminar deferida às fls. 75-77. Publique-se. Brasília, 27 de julho de 2009. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI - Relator - 1 (BRASIL, 2009).

Portanto, fica configurado que tanto o Administrador quanto o candidato, devem total e irrestrita obediência ao edital, não sendo admitidas alterações posteriores para evitar possível escolha "direcionada" de candidatos ou margem para subjetivismos. A mudança nas regras do edital apenas é admitida, quando houver alteração na legislação que discipline a carreira, uma vez que o edital de um concurso público sempre está majoritariamente subordinado a lei.

2.2.5 Princípio da Publicidade

Os concursos públicos promovidos pela Administração Pública tem um caráter público, sendo que seus atos devem estar amplamente publicizados, conforme podemos constatar na leitura do art. 5º da Constituição Federal de 1988:

XIV - assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.
XXXIII - todos têm direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Vedadas as ressalvas, que exijam sigilo, a administração pública tem que ter todos os seus atos divulgados por meio de imprensa oficial, além de outros meios de comunicação adequados, fazendo com que seus atos e decisões sejam o mais transparente possível, não dando, assim, margem às dúvidas por parte da sociedade.

Silva (2000, p. 653) diz que:

A publicidade sempre foi tida como um princípio administrativo, porque se entende que o Poder Público, por ser público, deve agir com a maior transparência possível, a fim de que os administrados tenham, a toda hora, conhecimento do que os administradores estão fazendo.

Conforme se observa, o poder público deve agir de forma transparente, devendo pautar suas ações de forma legal, estando sempre apta a prestar informações aos cidadãos sempre que seja necessário.

2.2.6 Princípio da Proibição da Quebra da Ordem Classificatória

Este princípio traz em seu bojo a garantia de que o candidato aprovado e classificado dentro do número de vagas ofertadas não terá sua vaga sendo objeto de preferências ilegais, pois poderia ocorrer de a Administração Pública colocar um candidato que tivera classificação inferior em vaga que seria por ele ocupada. Mas caso isto ocorra, o candidato que obtiver uma colocação mais elevada e não nomeado terá adquirido o direito subjetivo à sua nomeação.

Conforme a jurisprudência do TRT da 7ª Região:

TRT-7 - RECURSO ORDINÁRIO RECORD 758200802407005 CE 00758/2008-024-07-00-5 (TRT-7)

Ementa: CONCURSO PÚBLICO CANDIDATO CLASSIFICADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. NOMEAÇÃO SEM A OBSERVÂNCIA DA ORDEM CLASSIFICATÓRIA. DIREITO SUBJETIVO. A aprovação em concurso público gera, em princípio, mera expectativa de direito. Contudo, o candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas previstas no edital, adquire direito subjetivo à nomeação. Isso porque, nesse caso, estaria a administração adstrita ao que fora estabelecido no edital do certame, razão pela qual a nomeação escaparia ao campo da discricionariedade, passando a ser ato vinculado. Em assim, malgrado tenha a reclamante sido nomeada em desarmonia com a ordem de classificação, não se há falar em nulidade de tal ato, considerando sua aprovação dentro das vagas ofertadas e a existência de vagas remanescentes reservadas a eventuais candidatos preteridos.

Está claro que a quebra da ordem classificatória do concurso público, estando a Administração Pública plenamente vinculada ao edital, gera para o

candidato o direito subjetivo à sua nomeação.

Tal princípio está positivado através da Súmula 15 do Supremo Tribunal Federal: "Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da ordem de classificação."

Fica claro que o candidato aprovado em concurso público ao qual não tenha sido observada a ordem classificatória terá direito à sua nomeação frente à administração pública, desde que o prazo do concurso público ainda esteja em vigor.

2.2.7 Princípio do Duplo Grau de Jurisdição

O candidato tem o direito de recorrer administrativamente da decisão proferida pelo Poder Público, devendo ser feito o reexame de tal decisão pelo ente que a proferiu, não podendo ser objeto de obstáculos ou denegação, pois caso haja assim, a Administração Pública fere o princípio da ampla defesa.

Conforme Carvalho Filho (2007, p. 818):

Com efeito, o texto do art. 5º, LV, da Constituição Federal deixa claro que o princípio da ampla defesa não estará completo se não se garantir ao interessado o direito de interposição de recursos. As hipóteses de arbitrariedades e condutas abusivas por parte de maus administradores devem ser corrigidas pelos agentes superiores. Cercear o recurso, portanto, é desnaturar indevidamente o fundamento pertinente ao próprio direito defesa (CARVALHO FILHO, p. 818).

Como se observa o princípio da ampla defesa não estará totalmente delineado caso não se tenha acesso aos recursos, pois as arbitrariedades por parte do poder público devem ser corrigidas, não podendo tal instrumento ser afastado da utilização pelo cidadão que teve seu direito ameaçado ou violado pelo Poder Público.

Para Meirelles (2003, p. 81), "os recursos administrativos são um corolário do Estado de Direito e uma prerrogativa de todo administrador ou servidor atingido por qualquer ato da Administração".

Sendo assim, a Administração Pública não pode obstaculizar a utilização dos recursos por parte do candidato ao certame, pois é um direito subjetivo amparado pelo Estado de Direito, devendo, então, sujeitar-se ao princípio da ampla defesa, além de estar vinculada ao instrumento instituidor do concurso público.

Carvalho Filho (2005, p. 764) menciona, ainda, que:

A noção que encerra o direito de petição é ampla e logicamente abrange também os pedidos revisionais como são os recursos administrativos. Podemos, assim, concluir que os recursos são uma forma de exercer o direito de petição, não podendo os indivíduos, em consequência, encontrar óbices para sua interposição.

Não pode ser objeto de óbices por parte da Administração Pública a interposição de recursos, sendo que o direito de petição é regularmente instituído pela Constituição Federal de 1988 em seu art. XXXIV, alínea “a”, “o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder” uma vez que busca a revisão de um ato praticado que pode estar eivado de irregularidades, devendo, portanto, serem sanadas.

CAPÍTULO III

DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO

3.1 MERA EXPECTATIVA DE DIREITO

Inicialmente o candidato aprovado e classificado dentro do número de vagas ofertadas no edital não detinha direito algum em relação à sua nomeação, pois a legislação à época não previa o direito deste candidato ao acesso aos cargos públicos, ficando totalmente dependente da discricionariedade do Poder Público. Neste período, mesmo o candidato estando nas primeiras colocações ficava dependendo do ato discricionário, de acordo com a conveniência e oportunidade do Poder Público, gerando para este candidato insatisfação e descrédito nas ações advindas dos administradores públicos.

A aprovação em concursos públicos esteve por muito tempo presa à ideia de que "a aprovação em concurso não gera direito a nomeação, constituindo mera expectativa de direito", conforme se observa, o Supremo Tribunal Federal, no MS 21870/DF:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CONCURSO PÚBLICO. DIREITO A NOMEAÇÃO. Súmula 15-STF. I. - **A aprovação em concurso não gera direito a nomeação, constituindo mera expectativa de direito.** Esse direito somente surgirá se for nomeado candidato não aprovado no concurso ou se houver o preenchimento de vaga sem observância de classificação do candidato aprovado. Súmula 15-STF. II. - Mandado de Segurança indeferido. (STF - MS: 21870 DF, Relator: CARLOS VELLOSO, Data de Julgamento: 07/10/1994, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: DJ 19-12-1994 PP-35181 EMENT VOL-01772-02 PP-00394).

Fica evidente a posição do STF quanto aos direitos dos candidatos, ficando, então, somente com o direito subjetivo à nomeação, constituindo uma mera expectativa de direito, a não ser que haja quebra na ordem classificatória,

convocando-se por privilégio outros candidatos que não seguissem a ordem estabelecida.

Ainda Súmula 15 do STF - editada em 13.12.1961, veio a solucionar diversas demandas judiciais e administrativas - prevendo que "Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem direito à nomeação quando o cargo for preenchido sem observância da classificação.". O direito de o candidato ser nomeado surgia apenas quando ficava demonstrada a não observância da ordem classificatória do concurso.

Vale ressaltar que a preterição comentada ocorre quando a Administração Pública por conta própria, resolve nomear candidato em posição inferior a algum que ainda não teria sido nomeado. Segundo o Superior Tribunal de Justiça, não existe abuso de autoridade ou ilegalidade pelo Poder Público na quebra de ordem classificatória por decisão judicial, pois mesmo durante o prazo de validade do concurso, "as nomeações realizadas por decisão judicial não geram preterição, uma vez que a Administração Pública não pode se eximir de cumprimento de determinação judicial." (EMBARGOS DE DECLARAÇÃO no RMS 39906 PE 2012/0270940-5 (STJ)).

3.2 ABERTURA DE NOVO CONCURSO PÚBLICO COM CONCURSO ANTERIOR EM VIGÊNCIA

Os candidatos aprovados em concursos vigentes têm prioridade em relação àqueles provenientes de novos concursos, conforme a Constituição Federal de 1988 em seu art. 37, IV "durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira."

Sendo assim, os Tribunais tomaram outro posicionamento, passando a decidir que, a abertura de novo edital para o mesmo cargo, contendo candidatos aprovados com concurso em vigência, também gerava direito ao candidato, conforme AC 200733000185470 BA - TRF 1:

APELAÇÃO CÍVEL. REMESSA OFICIAL. CONCURSO PARA DOCENTE DO MAGISTÉRIO SUPERIOR. CANDIDATOS APROVADOS EM CERTAME COM PRAZO DE VALIDADE EM VIGOR. PUBLICAÇÃO DE NOVO EDITAL PARA CONTRATAÇÃO DE PROFESSOR SUBSTITUTO PARA IDÊNTICA ÁREA. COMPROVAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE VAGAS E

DA NECESSIDADE DA ADMINISTRAÇÃO. PRETERIÇÃO CONFIGURADA. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. ART. 37,IV, DA CF. SENTENÇA MANTIDA.

Evidenciada a existência de vagas e restando candidatos que ainda não foram nomeados para ocupação de vagas existentes, sendo que a administração pública ainda tenha necessidade, há o direito subjetivo à nomeação. Logo, com exceção da abertura de novo concurso, com concurso anterior em vigência, ou da quebra da ordem classificatória, o candidato aprovado e classificado dentro das vagas ainda detinha mera expectativa de convocação.

O Tribunal de Justiça do Estado do Piauí ao julgar a APL 200800010003255 tendo como Relator o Desembargador Haroldo Oliveira Rehem decidiu:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – APELAÇÃO – AÇÃO COMINATÓRIA C/C PEDIDO DE LIMINAR DE TUTELA ANTECIPADA - CONCURSO PÚBLICO – ABERTURA DE NOVO CERTAME NA VIGÊNCIA DE CONCURSO ANTERIOR – CRIAÇÃO DE VAGAS – NOMEAÇÃO DE NOVOS CANDIDATOS – PRETERIÇÃO DOS CANDIDATOS JÁ APROVADOS – DIREITO À NOMEAÇÃO – POSSIBILIDADE DE INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO – PRINCÍPIO DA LEGALIDADE - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ESTABELECIDOS DE ACORDO COM OS PARÂMETROS LEGAIS - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA MONOCRÁTICA. 1. **Sendo aberto novo concurso, na vigência de concurso anterior, com candidatos aprovados para o mesmo cargo, a nomeação dos novos concursados acarreta a preterição dos concursados aprovados no certame anterior, gerando direito à nomeação destes. Nesse caso, a mera expectativa de direito transmuda-se em direito subjetivo à nomeação, posto que demonstrada a necessidade do serviço com a criação de novas vagas, passando os candidatos outrora aprovados a ter direito de preferência em relação aos novos concursados.** 2. Desse modo, com a abertura de novas vagas em um novo concurso, quando não expirado o prazo de validade do concurso anterior, a nomeação dos candidatos aprovados fora do número de vagas nesse certame, deixa de ser discricionária para ser vinculada, posto que, como se disse, passam os aprovados a ter direito subjetivo à nomeação. 3. Cabe ao Poder Judiciário a tarefa de verificar a legalidade do ato e a vinculação ao edital, o que ficou prontamente comprovado no caso dos autos, uma vez que se buscou nesse feito verificar a legalidade do procedimento de contratação dos novos concursados em detrimento dos candidatos anteriormente aprovados em concurso que não teve seu prazo de validade expirado, de forma a tender ao disposto no art. 12, § 2º da Lei nº 8.112/90.3. O arbitramento dos honorários exige ponderação harmoniosa de inúmeros fatores, como a complexidade da questão, o tempo gasto pelo advogado e a necessidade de deslocamento para prestação de serviço. 4. Apelação conhecida e improvida. Sentença mantida. Data de Julgamento: 23/05/2012, 1a. Câmara Especializada Cível.

Fica demonstrado que ao candidato aprovado em concurso público cujo ainda haja cargos públicos vagos, não pode a autoridade pública nomear candidatos

do novo concurso em detrimento dos aprovados anteriormente, pois estes passariam a ter não apenas expectativa de direito, mas sim, o direito subjetivo a ter a sua nomeação efetiva.

O Superior Tribunal de Justiça ao julgar o Agravo Regimental no Recurso de Mandado de Segurança AgRg no RMS 27599 RJ 2008/0184534-8 decidiu:

Ementa: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO NÃO CLASSIFICADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. ABERTURA DE NOVO CERTAME NA VIGÊNCIA DO ANTERIOR. DECADÊNCIA CONFIGURADA. 1. A compreensão firmada por este Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, "**em se tratando de abertura de novo concurso público dentro do prazo de validade do certame anterior, o termo inicial do prazo decadencial para a impetração do mandado de segurança por candidatos remanescentes é a data de publicação do edital do novo concurso**" (AgRg no REsp 733.394/RR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 13/10/2009). 2. Na espécie, o edital do novo concurso é datado de abril de 2006, entretanto, a presente ação mandamental somente foi proposta em 28/2/2007, quando já transcorrido o prazo legal de 120 dias para a impetração. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. Data da publicação: 01/10/2013.

Questão interessante esta, pois demonstra de forma clara o momento certo para que o candidato aprovado pode se utilizar do mandado de segurança para garantir o seu direito líquido e certo. Veja-se que no caso de abertura de novo concurso com outro ainda em vigência, o prazo decadencial de 120 dias começa a se esgotar a partir do momento em que se toma conhecimento do ato administrativo, ou seja, quando há a publicação do edital do novo concurso.

3.3 CONTRATAÇÃO PRECÁRIA

Os Tribunais começaram a perceber que os administradores públicos, com o intuito de lesar os concursados, começaram a admitir de forma rotineira, servidores em cargos comissionados para as mais diversas esferas públicas, conforme a conveniência e oportunidade dos administradores, tanto por nepotismo como por clientelismo, eis que o Recurso Especial 744322 decidiu:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. MAGISTÉRIO DA REDE PÚBLICA DE ENSINO DO DISTRITO FEDERAL. **CONTRATAÇÃO PRECÁRIA DE TERCEIROS DENTRO DO PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. DIREITO SUBJETIVO DE CANDIDATOS APROVADOS À NOMEAÇÃO.** EXISTÊNCIA. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

Como se observa, o poder público utilizava-se da artimanha da contratação de terceirizados para a realização das atividades públicas em detrimento da convocação dos candidatos que foram aprovados, mas esta situação fora observada pelos tribunais superiores, que de forma correta passaram a garantir o direito subjetivo de nomeação desses candidatos aprovados.

Para Carvalho Filho (2007, p. 568), o candidato tem total direito a nomeação nesses casos, uma vez que se existe a vaga para determinado cargo e existe candidato aprovado com concurso em vigência, resta-se caracterizado o abuso:

Não obstante, se o candidato é aprovado no concurso e há omissão ou recusa para a nomeação, apesar de ficar comprovado que a Administração, certamente por incompetência ou improbidade, providenciou recrutamento através de contratação precária para exercer as mesmas funções do cargo para o qual o candidato foi aprovado, passa este a ter direito subjetivo ao ato de nomeação. Tal direito subjetivo tem fundamento na constatação de que a Administração tem necessidade da função e, por conseguinte, do servidor para exercê-la, não podendo suprir essa necessidade por contratação precária se há aprovados em concurso para supri-la. (CARVALHO FILHO, 2007).

Demonstrado está que caso a administração pública utilize contratações precárias em detrimento de candidatos aprovados e classificados em concurso público ainda em vigência, o direito subjetivo a estes na nomeação e efetivação em cargos públicos que estejam disponíveis.

Tal entendimento é verificado pelo STF no RE 273605/SP e no Agravo de Instrumento nº 44.0895, onde se entendeu que: "uma vez comprovada a existência da vaga, sendo esta preenchida, ainda que precariamente, fica caracterizada a preterição do candidato aprovado em concurso".

Mesmo ainda não se discutindo o direito à nomeação de candidato classificado dentro das vagas ofertadas em edital, percebe-se que existiu uma potencial evolução do entendimento dos Tribunais acerca do direito de nomeação, pois o que antes era "mera expectativa de direito", passou a ser direito subjetivo em diversas hipóteses.

3.4 DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO

Verifica-se que o candidato aprovado em concurso público, independente de classificação, detinha meramente a expectativa de direito de ser convocado,

conforme interesse e conveniência da administração pública que evoluiu consideravelmente com o direito subjetivo à nomeação quando se verificasse contratação precária de servidores, preterição, ou abertura de novo concurso.

Conforme jurisprudências consolidadas, o candidato aprovado em concurso público e classificado dentro do número de vagas previsto inicialmente em edital, passou a ter direito subjetivo a nomeação, pois quando a Administração Pública abre um concurso, é feito um estudo com análise da necessidade do preenchimento de vagas e do impacto no orçamento, logo não se poderia admitir o argumento de que as nomeações dependeriam meramente quando da conveniência da administração.

O Supremo Tribunal Federal ao julgar o AG.REG. no Recurso Extraordinário com Agravo ARE 807311 PE decidiu:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – O Plenário desta Corte, no julgamento do RE 598.099/MS, Rel. Min. Gilmar Mendes, **firmou entendimento no sentido de que possui direito subjetivo à nomeação o candidato aprovado dentro do número de vagas previstas no edital de concurso público.** II Agravo regimental a que se nega provimento.

A Suprema Corte confirma o direito subjetivo do candidato que seja aprovado e classificado dentro do número de vagas previsto em edital, tornando a nomeação ato administrativo vinculado, de modo que é ilegal o ato omissivo da autoridade pública.

Ao julgar o RMS 31.611/SP, tendo como Relator o Ministro Humberto Martins, Segunda Turma também decidiu:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o candidato aprovado dentro do número de vagas previsto no edital do certame não tem mera expectativa de direito, mas verdadeiro direito subjetivo à nomeação para o cargo a que concorreu e foi classificado.

2. Precedentes: AgRg no RMS 30.308/MS, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 15.3.2010; RMS 30.459/PA, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 8.2.2010; RMS 27.508/DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe 18.5.2009.

3. A administração pratica ato vinculado ao tornar pública a existência de cargos vagos e o interesse em provê-los. Portanto, até expirar o lapso de eficácia jurídica do certame, tem o poder-dever de convocar os candidatos aprovados no limite das vagas que veiculou no edital, respeitada a ordem classificatória (RMS 27.311/AM, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado

em 4.8.2009, DJe 8.9.2009).
Recurso ordinário provido.
(RMS 31.611/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA,
julgado em 4/5/2010, DJe de 17/5/2010)

O Superior Tribunal de Justiça, em decisão tendo como relator o Ministro Humberto Martins, reafirma o posicionamento deste Tribunal ao mencionar em seu relatório o fato de que os candidatos aprovados em concurso público que estejam dentro do número de vagas previsto, não tem mera expectativa de direito, mas sim, direito subjetivo à nomeação ao cargo ora pretendido.

Segundo o mesmo posicionamento ao julgar o RMS 23.331/RO a Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma no diz:

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. PRECEDENTES.
1. De acordo com entendimento consolidado deste Superior Tribunal de Justiça, o candidato aprovado dentro do número de vagas previsto no edital do certame não tem mera expectativa de direito, mas verdadeiro direito subjetivo à nomeação para o cargo a que concorreu e foi classificado. Precedentes. 2. Recurso ordinário provido. (RMS 23.331/RO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/3/2010, DJe de 5/4/2010)

Fica então consolidado que os concursados aprovados dentro do número de vagas ofertadas no edital tem direito subjetivo à sua nomeação, além da mudança de paradigma, pois agora não tem detêm apenas expectativas de direito, mas sim, direito adquirido, pois a administração pública está vinculada ao edital, não podendo ficar o cidadão dependendo tão somente de seu ato discricionário.

3.5 CANDIDATO APROVADO FORA DAS VAGAS OFERTADAS

Verifica-se que até o momento, o candidato que antes não detinha direito algum a nomeação, passou a ter direito líquido e certo à nomeação, além de nas hipóteses excepcionais, quando ele é aprovado dentro das vagas ofertadas em edital ou quando ele é aprovado fora das vagas, porém, com as desistências, a sua classificação é atingida com as vagas abertas.

A dúvida que surgiu era se o candidato imediatamente subsequente (fora das vagas inicialmente ofertadas) teria direito subjetivo a nomeação, em caso de eventual desistência. Se vingasse o entendimento anterior (mera expectativa de

direito), restaria a angustiante espera pela boa vontade, ou também chamada de conveniência e oportunidade do Administrador.

O STJ assim analisou e decidiu a questão:

ADMINISTRATIVO - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - NECESSIDADE DO PREENCHIMENTO DE VAGAS, AINDA QUE EXCEDENTES ÀS PREVISTAS NO EDITAL, CARACTERIZADA POR ATO INEQUÍVOCO DA ADMINISTRAÇÃO - DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO - PRECEDENTES. 1. **A aprovação do candidato, ainda que fora do número de vagas disponíveis no edital do concurso, lhe confere direito subjetivo à nomeação para o respectivo cargo, se a Administração Pública manifesta, por ato inequívoco, a necessidade do preenchimento de novas vagas.** 2. **A desistência dos candidatos convocados, ou mesmo a sua desclassificação em razão do não preenchimento de determinados requisitos, gera para os seguintes na ordem de classificação direito subjetivo à nomeação, observada a quantidade das novas vagas disponibilizadas.** 3. Hipótese em que o Governador do Distrito Federal, mediante decreto, convocou os candidatos do cadastro de reserva para o preenchimento de 37 novas vagas do cargo de Analista de Administração Pública - Arquivista, gerando para os candidatos subsequentes, direito subjetivo à nomeação para as vagas não ocupadas por motivo de desistência. 4. Recurso ordinário em mandado de segurança provido. (STJ, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 19/08/2010, T2 - SEGUNDA TURMA).

A administração pública, ao lançar um edital para concurso público, tem o quantitativo de cargos disponíveis ou que possivelmente venham a ficar vagos no decorrer do prazo de validade do concurso. Sendo assim, caso ocorra a desistência ou a desclassificação de candidatos ou o surgimento de novas vagas além do previsto no edital, desde que não esteja com seu prazo expirado, a administração pública tem o dever de convocar os candidatos remanescentes classificados, mesmo que não estejam dentro do número de vagas inicialmente ofertado, pois estes tem o direito subjetivo à sua nomeação.

Os Tribunais que antes enxergavam as nomeações meramente como atos facultativos do Administrador, passaram a aplicar mais veementemente os princípios do Direito Administrativo, garantido dessa forma a segurança jurídica.

Para o STJ, o candidato aprovado fora do número de vagas ofertadas inicialmente em edital tem direito de ser nomeado, quando durante o prazo de validade do concurso, surgirem novas vagas para o cargo: seja por falecimento, demissão, aposentadoria ou quando forem criadas novas vagas, através da lei que disciplina a carreira e a classificação do candidato, seja atingindo por essas vagas.

Veja-se oportunamente o julgamento do acórdão RMS 37882-AC:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO DENTRO DO CADASTRO DE RESERVA PREVISTO EM EDITAL. ABERTURA DE NOVAS VAGAS NO PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. (...) 4. **A aprovação do candidato dentro do cadastro de reservas, ainda que fora do número de vagas inicialmente previstas no edital do concurso público, confere-lhe o direito subjetivo à nomeação para o respectivo cargo, se, durante o prazo de validade do concurso, houver o surgimento de novas vagas, seja em razão da criação de novos cargos mediante lei, seja em virtude de vacância decorrente de exoneração, demissão, aposentadoria, posse em outro cargo inacumulável ou falecimento.** (...) 6. Os Tribunais Superiores têm reconhecido direito à nomeação de candidatos aprovados em cadastro de reserva nos casos de surgimento de novas vagas. Precedentes: RE 581.113/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 31.5.2011; MS 18.570/DF, 1ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 21/08/2012; DJe 29/05/2012; RMS 32105/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 30/08/2010.) (...) (STJ, 2ª Turma, RMS 37882-AC, Rel. Min. Mauro Campbell).

Candidatos que estejam em cadastro de reserva de concursos que ainda não tenham o prazo esgotado, tem direito subjetivo à sua nomeação, uma vez que por diversas formas é possível a vacância dos cargos públicos, seja por exoneração, demissão, falecimento, etc.

No mesmo entendimento, o STJ julgou o RMS30881-CE:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CONVOCAÇÃO DOS CANDIDATOS PARA APRESENTAR DOCUMENTOS PARA NOMEAÇÃO. **COMPROVADA A EXISTÊNCIA DE VAGAS. ATO ADMINISTRATIVO VINCULADO. INVESTIDURA NO CARGO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO CARACTERIZADO.** 1. A publicação de edital convocando os recorrentes para: "(...) tratarem de assunto relacionado ao processo de nomeação nos respectivos cargos efetivos", determinando, inclusive, a apresentação de diversos documentos a esse propósito, faz crer que há cargos vagos, o que, aliás, restou comprovado nos autos, e que a Administração necessita supri-los. Em outras palavras, a Administração obriga-se a investir os recorrentes no serviço público a partir da publicação desse instrumento convocatório, pois vinculada ao motivo do ato. 2. Seguindo a mesma linha de raciocínio, decidiu a eg. Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça que: "A vinculação da Administração Pública aos atos que emite combinada com a existência de vagas impõe a nomeação, posse e exercício dos recorrentes nos cargos de Inspetor de Polícia Civil de 1.ª Classe do Estado do Ceará" (RMS 30.110/CE, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, De 5.4.10). 3. Direito líquido e certo dos impetrantes à investidura nos cargos de Inspetor de Polícia Civil de 1.ª Classe do Estado do Ceará. 4. Recurso ordinário a que se dá provimento. (RMS 30.881/CE, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 20/04/2010)

Como se percebe o STJ tem decidido que a Administração Pública está vinculada ao edital previsto no concurso público ofertado, devendo convocar, em caso de desistência, demissão ou exoneração os candidatos aprovados na subsequência,

até o efetivo preenchimento das vagas mencionadas no edital.

Outrossim, ante o posicionamento adotado pelo STJ, o direito à nomeação passou a alcançar não apenas aqueles que foram habilitados em classificação compatível com as vagas ofertadas pelo instrumento convocatório, mas também aqueles aprovados além das vagas iniciais e na formação de cadastro de reserva, relativamente às vagas que vierem a surgir na validade do certame (seja por vacância, aposentadoria, falecimento ou criação de cargos por lei). Se existem vagas disponíveis e candidatos aptos para assumir o cargo, a Administração Pública deve proceder com a nomeação, só lhe cabendo decidir o momento em que devem ocorrer as nomeações. A Administração Pública com esse novo entendimento passa a ter o dever de se adequar a legislação que discipline as carreiras. Em caso de impossibilidade financeira, a lei que disciplina o efetivo da respectiva carreira pública deve ser alterada e adequada à realidade do Ente público.

A mudança em relação posicionamento dos Tribunais em relação aos direitos adquiridos pelos concursados pode ser observado também na recente decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) que, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 227480 tendo como relatora a Min. Cármen Lúcia, DJe 21.8.2009:

DIREITOS CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. NOMEAÇÃO DE APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO. EXISTÊNCIA DE VAGAS PARA CARGO PÚBLICO COM LISTA DE APROVADOS EM CONCURSO VIGENTE: DIREITO ADQUIRIDO E EXPECTATIVA DE DIREITO. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. RECUSA DA ADMINISTRAÇÃO EM PROVER CARGOS VAGOS: NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. ARTIGOS 37, INCISOS II E IV DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

1. **Os candidatos aprovados em concurso público têm direito subjetivo à nomeação para a posse que vier a ser dada nos cargos vagos existentes ou nos que vierem a vagar no prazo de validade do concurso.**
2. A recusa da Administração Pública em prover cargos vagos quando existentes candidatos aprovados em concurso público deve ser motivada, e esta motivação é suscetível de apreciação pelo Poder Judiciário.
3. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento.

Os candidatos que estejam dentro do número de vagas ofertadas no edital ao qual vincula a administração pública têm direito subjetivo à sua nomeação, assim como os candidatos que estão em cadastro de reserva, bem como o direito à ocupação dos cargos que por ventura vierem a ser criados ou venham a ficar vagos por alguma forma, devendo a recusa nessa nomeação ser motivada pelo poder público.

Oportunamente, a Min. Cármen Lúcia do Supremo Tribunal Federal

sustentou que “há o direito subjetivo à nomeação, salvo se sobrevier interesse público que determine que, por uma nova circunstância, o que acontecer na hora da convocação ponha abaixo o edital”.

Como se observa, o então aprovado em concursos públicos, de acordo com o novo entendimento, tem direito subjetivo à nomeação, fato este que pode ser afastado somente em caso de a administração pública provar que não pode nomear o candidato devido às circunstâncias excepcionais.

Houve alteração significativa no entendimento acerca do direito à nomeação dos candidatos aprovados em concurso público. Segundo o novo entendimento jurisprudencial, a Administração Pública se obriga a nomear os aprovados em concurso público, dentro do limite de vagas previsto no edital, no prazo de validade do certame, contrariando o entendimento anterior de que haveria tão-somente expectativa de direito quanto à nomeação.

3.6 EXCEÇÕES À REGRA

As exceções que o Poder Judiciário ressalta, nos casos que envolvem efetivamente a nomeação de candidatos aprovados em concurso, diz respeito ao caso fortuito, força maior e a lei de responsabilidade fiscal. Situações como enchentes, guerras ou de casos que fujam do controle estatal, podem justificadamente adiar a nomeação de candidatos.

A Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei nº 101/2000) que fixa um percentual da renda líquida dos entes públicos com folha de pessoal é considerada a principal exceção. Hoje em dia, ela representa um verdadeiro tormento para os candidatos aprovados, pois os gestores a utilizam como artifício para não realizar as nomeações.

Em virtude do grande percentual de endividamento dos Estados e Municípios – onde o limite máximo com despesa de pessoal é de 49% para os Estados e 54% para os Municípios (art. 20 II-c e III-b da LRF) – muitos gestores se abstém de realizar as nomeações, fazendo caducar a validade dos concursos.

Art. 20. A repartição dos limites globais do art. 19 não poderá exceder os seguintes percentuais:

II - na esfera estadual:

c) 49% (quarenta e nove por cento) para o Executivo;

III - na esfera municipal:

b) 54% (cinquenta e quatro por cento) para o Executivo.

Eis que a possibilidade da não convocação de candidatos aprovados em concursos públicos ainda em vigência pode ser alegada de forma legal por parte da administração, pois está assegurada a legitimidade da não convocação, sendo que a Lei de Responsabilidade Fiscal ratifica esta possibilidade.

Em verdade, o Administrador está tomando a postura correta, uma vez que a desobediência dos ditames da referida lei, impede que os Entes Públicos recebam verbas federais, financiamentos e empréstimos públicos, além de poder gerar futuros processos por improbidade administrativa, tornando os político-administradores inelegíveis (lei da ficha limpa).

Como toda regra há exceção, com a lei de responsabilidade fiscal não poderia ser diferente. Os candidatos que prestaram concurso para as áreas de educação, saúde e segurança pública possuem um alento: O art. 22, IV da lei nº 101/2000,

Art. 22. A verificação do cumprimento dos limites estabelecidos nos arts. 19 e 20 será realizada ao final de cada quadrimestre.

Parágrafo único. Se a despesa total com pessoal exceder a 95% (noventa e cinco por cento) do limite, são vedados ao Poder ou órgão referido no art. 20 que houver incorrido no excesso:

IV - provimento de cargo público, admissão ou contratação de pessoal a qualquer título, ressalvada a reposição decorrente de aposentadoria ou falecimento de servidores das áreas de educação, saúde e segurança;

Sendo assim, permite-se que seja feita a reposição com novos servidores aprovados em concurso público, destas áreas consideradas "essenciais", quando houver abertura de novas vagas em virtude de aposentadoria e falecimento de antigos servidores.

CONCLUSÃO

Buscou-se com esta pesquisa informações acerca do Mandado de Segurança em Concursos Públicos, pois os administradores atuais têm se valido de diversas artimanhas para a não convocação dos aprovados em concursos. Observou-se que o Mandado de Segurança é um instrumento eficaz e eficiente para que o candidato então aprovado, possa garantir o seu direito à nomeação frente às desmazelas do poder público, que muitas vezes agem de má-fé em relação a estes.

Fez-se uma busca histórica a respeito do instituto do Mandado de Segurança, desde a sua gênese, passando pelas ações anulatórias, pela utilização inadequada do *Habeas Corpus* como ação civil para as mais diversas lides, sendo posteriormente redefinido, tendo seu contorno delineado abarcando somente questões relativas à liberdade de locomoção.

Em seguida as discussões a respeito do então desejado instituto, que fosse célere, eficaz e que realmente solucionasse as demandas frente à ilegalidade ou abuso de poder público frente ao cidadão.

O essencial para que se utilize desse instrumento, garantindo constitucionalmente é que ele não permite dilação probatória, devendo, no ato da propositura da ação, que a prova seja pré-constituída, por ser um procedimento célere. Após a propositura da ação, o Judiciário pode decidir liminarmente a concessão do pedido, podendo, caso julgue necessário a oitiva do poder público para justificar a sua omissão.

Verificou-se que não existe legislação específica para o concurso público no Brasil, devendo o candidato à cargo público efetivo, além da aprovação, preencher e/ou identificar alguns requisitos objetivos, estando a administração pública vinculada ao instrumento convocatório.

Notou-se uma evolução jurisprudencial, que antes previa meramente a

expectativa de direito e passou a convalidação em direito subjetivo, dependendo das situações específicas. Observou-se também que a discricionariedade do Estado passou a ser mais limitada, onde o juízo de conveniência e oportunidade deixou de ser regra e passou a exceção.

O Administrador Público a partir de agora, tem a obrigação de se adequar a legislação que disciplinem os cargos públicos e em caso da impossibilidade imediata de adequação, alterar a legislação de maneira que a possa cumprir na sua integralidade. Ou seja, se existe uma lei que fixe o efetivo de uma determinada carreira e existe a carência no quadro, ela deve ser obrigatoriamente ser ocupada por pessoal devidamente aprovado em concurso público.

Abordou-se também o histórico dos concursos públicos, inicialmente sendo preenchido de forma hereditária, por sorteio até como compra e venda. Sendo, posteriormente regulamentada pela Constituição de 1934 a forma de acesso aos cargos públicos, muito embora até hoje, na vigência Constituição de 1988 ainda não fora suficientemente e corretamente aplicados tais dispositivos, pois a Administração Pública ainda consegue burlar algumas de suas disposições.

Passou-se posteriormente à análise dos princípios basilares do Direito Administrativo elencados na Constituição Federal de 1988, sendo os principais a legalidade, impessoalidade, publicidade e eficiência, além de outros que estão de presentes de forma implícita no texto legal.

Analisando o contexto histórico dos concursos públicos percebe-se uma positivação do direito de forma a beneficiar os candidatos a concursos públicos, pois a concorrência é acirrada e quando há a aprovação e a classificação dentre o quantitativo de vagas, nada mais natural e desejado do que este candidato ter o seu direito subjetivo à nomeação garantido, seja por livre manifestação da Administração ou por manejo do Mandado de Segurança, instrumento que é apto à garantir este direito adquirido.

Por fim, analisamos algumas decisões do Poder Judiciário em que os direitos dos concursados foram feridos, especialmente na questão de seu direito à nomeação após a aprovação de classificação nos concursos promovidos pelo Poder Público.

Fez-se um levantamento acerca do histórico das mudanças efetivas que ocorreram em relação a essas nomeações, passando inicialmente pela expectativa de direito, devendo a administração pública em caso de quebra classificatória,

convocar os candidatos que foram prejudicados. A questão dos candidatos que foram aprovados e não convocados, tendo a administração pública lançado novo concurso não convocando os anteriormente aprovados. Também há que se ter especial atenção às contratações precárias que cada vez mais tem estado presentes nos órgãos da administração pública, na maioria das vezes ocupando vagas que seriam dos então aprovados e classificados.

O direito à nomeação dos candidatos que estejam aprovados, porém não classificados caso haja necessidade de novas contratações superiores às previstas no edital, ou por questões de vacância dos cargos públicos seja por morte ou desistência de algum convocado, desde que no prazo de vigência do referido concurso.

Por fim, chega-se à recente decisão em que o candidato aprovado e classificado tem direito subjetivo à nomeação no cargo público, sendo que a administração pública está vinculada ao edital, tendo este candidato o direito adquirido à sua nomeação e não somente expectativa de direito como ocorrera a épocas anteriores.

Ainda mais, há que se ter atenção quanto às possibilidades de a Administração Pública, mesmo o candidato aprovado e classificado não ser convocado, podendo ser alegado oportunamente a exceção à regra ora elencada, pois a Lei de Responsabilidade Fiscal estipula os casos em que a Administração Pública poderá eximir-se da convocação de tais candidatos, ficando estes submissos à discricionariedade e conveniência do Poder Público.

Finalmente, observa-se que o Judiciário vem atuando de forma concreta, estando sempre presente em situações específicas, pois enquanto o legislador não elabora leis essenciais de proteção aos cidadãos, este está sempre de braços abertos, abarcando todas as situações em que o poder público se omite ou provoca atos que ferem os direitos adquiridos do cidadão.

REFERÊNCIAS

ACKEL FILHO, Diomar. **Writs Constitucionais** (habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data). 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 63.

ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. **Direito Administrativo**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. São Paulo, Editora Max Limonad, 1998, p.47

BARBI, CELSO AGRÍCOLA. **Do Mandado de Segurança**. 3 ed., 3 tiragem. Rio de Janeiro: Forense: 1980, p. 58.

BRASIL. **Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951**. Altera disposições do Código do Processo Civil, relativas ao mandado de segurança. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1533.htm

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 fev. 2014.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (de 24 de fevereiro de 1891). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (de 16 de julho de 1934). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil** (de 18 de Setembro de 1946). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm.

BRASIL. **Decreto No 1.939, de 28 de agosto de 1908**. Declara que a acção de que trata o art. 13 da lei n. 221, de 20 de novembro de 1894, só poderá ser exercida pelo processo estabelecido no mesmo artigo e prescreve dentro de um anno, e dá outras providencias. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DPL/DPL1939.htm.

BRASIL. **Decreto-Lei Nº 1.608, de 18 de setembro de 1939**. Código de Processo

Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De1608.htm.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 6, de 16 de Novembro de 1937**. Dispõe sobre a extinção da Justiça Federal e o andamento das causas em curso, e dá outras providências. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-6-16-novembro-1937-354233-publicacaooriginal-1-pe.html>

BRASIL. **Lei Complementar Nº 101, de 4 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 19/03/2015.

BRASIL. **Lei Nº 12.016, de 7 de agosto de 2009**. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm

BRASIL. **Lei Nº 221, de 20 de novembro de 1894**. Completa a organização da Justiça Federal da Republica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1851-1900/l0221.htm.

BRASIL. **STF. MS 21870 DF, de 6 de outubro de 1994**. MANDADO DE SEGURANÇA. MS 21870 DF, BSB, n. 0, p. JUS BRASIL, Outubro de 1994.

BRASIL. **Agravo de Instrumento, de 14 de setembro de 2011**. AI. AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.383.676 - AM (2011/0011631-6), Brasília, n. 1207, p. STF, Setembro de 2011.

BRASIL. **EC 19/1998**, de 4 de junho de 1998. Constituição Federal. EC 19/1998, Brasília, n. -, p. Brasil, Junho de 1998.

BRASIL. **Súmula 15 - STF**, de 13 de dezembro de 1963. Súmula 15. Supremo Tribunal Federal, Brasília, n. 1, p. JusBrasil, Dezembro de 1963.

BUZAID, Alfredo. **Do mandado de segurança**. São Paulo: Saraiva, 1989.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 7a ed. Revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris(2001).

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Lei do Mandado de Segurança** (de acordo com a Constituição de 5 de outubro de 1988). 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 21.

DI PIETRO, Maria Silvy Zanella. **Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FERREIRA, Luís Pinto. **Teoria e Prática do Mandado de Segurança**. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 136.

FILHO, J. S. C. **Manual de Direito Administrativo**. 7a edição. ed. Rio de Janeiro:

Lumen Iures, 2001. 472p.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. **Mandado de Segurança**: notícia histórica. In: Mandado de Segurança e Injunção. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 42.

GASPARINI, D. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2003. 8p.

GUIMARÃES, Arianna Stagni. **A importância dos princípios jurídicos no processo de interpretação constitucional**. SP: LTr, 2003. p. 85.

MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: atual, 2003. 792p.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 21-22.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 2 ed. SP: Atlas, 2003. 103 p.

NUNES, José de Castro. **Do mandado de Segurança e de outros meios de defesa contra atos do Poder Público**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 4.

PACHECO, José da Silva. **Mandado de Segurança e outras ações constitucionais típicas**. 3 ed. São Paulo: RT, 1998, p. 153.

PACHECO, José da Silva. **Mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

REIS, Nilson. **Mandado de Segurança**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2000.

TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. II – Arts. 154 a 269. São Paulo: RT, 1975, p. 172-173.