

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 799

(Ano IX)

(29/04/2017)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2017

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.588982>

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



27/04/2017 Warley Belo

» [O princípio de culpabilidade na sociedade de risco](#)

ARTIGOS

28/04/2017 Tadeu Furtado de Oliveira Alves

» [O constitucionalismo e os direitos fundamentais](#)

28/04/2017 Jesus Cláudio Pereira de Almeida

» [A ética nas relações de consumo](#)

28/04/2017 Anna Beatriz Pinheiro de Souza Abreu

» [Direito Eleitoral e a participação feminina na política: como melhorar o quadro atual](#)

28/04/2017 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Direitos humanos climáticos: a injustiça climática como potencializadora do alargamento dos Direitos Humanos](#)

27/04/2017 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Apontamentos ao Zoneamento Ecológico-Econômico: Comentários Inaugurais ao Decreto nº 4.297/2002](#)

27/04/2017 Eduardo Silva Lemos

» [Da teoria do adimplemento substancial nas relações negociais garantidas por alienação fiduciária](#)

27/04/2017 Marcelo André Iser

» [O efeito suspensivo atribuído aos embargos à execução no Processo do Trabalho](#)

26/04/2017 Nathália Guimarães Ohofugi

» [Análise crítica à Pec 171/1993](#)

26/04/2017 Bruno Joanone

» [Crimes virtuais e a necessidade de uma legislação específica](#)

26/04/2017 George Almeida Margalho

» [Controle do Conselho Nacional de Justiça sobre o Poder Judiciário](#)

26/04/2017 Tauã Lima Verdán Rangel

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

25/04/2017 Jesus Cláudio Pereira de Almeida

» [A desconsideração da personalidade jurídica à luz do Código de Defesa do Consumidor](#)

25/04/2017 Leonardo Sarmento

» [Acordão? Pizza? Políticos e alguns delatores prometem levar a Lava Jato para uma pizzaria](#)

25/04/2017 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Zoneamento Ambiental em Espécies: Tessituras à Classificação do Instrumento de Ordenação do Uso e Ocupação do Solo](#)

24/04/2017 Leonardo Sarmento

» [STF não reafirma título do Flamengo de 1987 - houve justiça com a decisão?](#)

24/04/2017 Taynara de Souza Januario

» [O Trabalho Escravo do Século XXI](#)

24/04/2017 Jesus Cláudio Pereira de Almeida

» [O papel do Estado diante da função de regular e fiscalizar as atividades das agências reguladoras à luz do Código de Defesa do Consumidor](#)

24/04/2017 Artur Barbosa da Silveira

» [Do depoimento pessoal, da confissão e da exibição de documento ou coisa no atual Código de Processo Civil \(arts. 385 a 404\)](#)

24/04/2017 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Apontamentos ao Sistema Federal de Cultura: Tessituras ao Decreto nº 5.520/2004](#)

MONOGRAFIA

24/04/2017 Lorena Ferreira de Araújo

» [Dia sagrado e educação: direito de liberdade religiosa no acesso à educação](#)

O PRINCÍPIO DE CULPABILIDADE NA SOCIEDADE DE RISCO

WARLEY BELO: Advogado Criminalista em Belo Horizonte / MG. Mestre em Ciências Penais / UFMG. Professor da Pós-graduação em Direito da UFJF (Universidade Federal de Juiz de Fora), UNESC (Centro Universitário Espírito Santo), FIC-Doctum (Caratinga / MG). Professor de Graduação da Faculdade Kennedy.

De nada vale a pena aplicada a um louco, inconsciente do que faz. A culpabilidade é pressuposto da pena nesse sentido porque a sua existência, apesar de ser uma *retribuição*, também induz à racionalidade *preventiva* da punição (Roxin). A ameaça da pena a um louco, por exemplo, não é capaz de satisfazer nenhum objetivo, por isso, inútil e desnecessária. O louco não possui culpabilidade, senão a periculosidade, inimputável que é. Entretanto, pressupõe-se que a *ameaça* da pena seja um importante mecanismo para contingência de comportamentos criminosos (prevenção geral negativa) para aqueles que possuem capacidade de discernimento.

A pena, desse modo, serve também para viabilizar a *convivência social*. O que nos conduz a concluir que a culpabilidade valora *ética e moralmente* o atuar em sintonia com o tempo e espaço determinado. Em sendo assim, é variável, relativa e volátil. A culpabilidade é um fator que possibilita medir os valores sociais em dado tempo e espaço. Reprova-se o indivíduo, mas com olhos nos *valores contemporâneos* de uma determinada sociedade. Isso, por si só, já seria bastante problemático no que tange a um simples equacionamento de valores preponderantes, mas tudo se torna muito mais complexo quando se observa que a sociedade não tem um *comportamento padrão*, antes pelo contrário, é composta por grupos sociais *heterogêneos* com expectativas distintas e valores amplamente diversos mesmo compartilhando determinado tempo e espaço.

Notabiliza-se a dificuldade quando se observa a ruptura de uma *sociedade industrial* em prol de uma *sociedade tecnológica* cujo cenário de velozes transformações acabam por gerar uma *sociedade da insegurança* (Beck). Essa sociedade é ávida por algo que é uma *ilusão*: a *segurança absoluta*, ou seja, a inevitabilidade do mal, a *antecipação* das forças do bem contra as forças do mal, como se fosse possível uma bivalência preventiva.

O sistema penal coloca em crise a culpabilidade muito em conta dessa *esquizofrenia* porque ontem se fomentava, com base na ciência, o desenvolvimento industrial, hoje, entretanto, se quer *punir* o que já fora considerado tecnologicamente adequado e desejado (exploração do meio ambiente).

Günther Anders chamava essa *esquizofrenia de confusão dos séculos*ⁱⁱⁱ. A principal consequência dessa confusão é a certeza de que a ciência e a lei *erram*, são mecanismos simbólicos e, muitas vezes, criam – elas próprias – os riscos que hoje querem debelar. Os *danos ambientais* são exemplos primários. Há bem pouco tempo, a ciência e a lei atuavam no sentido de acelerar a produção não se preocupando com os malefícios do desenvolvimentalismo potencialmente perigoso. Isso é prova irrefutável de serem poucas as certezas que nos cercamⁱⁱⁱⁱ, dentre essas, a de que sempre vivemos em uma *sociedade de riscos* e que esses riscos são *incontroláveis* por mecanismos puramente simbólicos como, por exemplo, o instituto da periculosidade.

A periculosidade, esse paladino do Estado preventivo, da hermenêutica perigosista, se contrapõe à culpabilidade, base do Estado *repressivo*, e se propõe a *antecipar* aos riscos para extirpá-los ou, quando pouco, minimizá-los^v. Se, por um lado, o sistema penal preventivo é mais aberto à realidade social, mais prático, mais adequado aos grandes riscos decorrentes da macrocriminalidade, da *criminalidade moderna* (Hassemer), por outro, esse sistema pressupõe a *flexibilização* das garantias individuais iluministas e a superação do *Welfare State* ou do *sozialen Rechtsstaates*^{vi}. Essa nova *expertise* criminal

arrasaria, por completo, a culpabilidade, como princípio, pois ela é, essencialmente, *repressiva*. Em seu lugar estaria o *princípio da precaução*^{vi} que se baseia na *suspeita*, na *prognose* de futuros riscos, na *incerteza* do dano, na indefinição, na *presunção*. Aqui, perigosamente, se sobrepõe a *política* ao Direito penal.

Os funcionalistas radicais sistêmicos acreditam que o direito possa ordenar a *sociedade* como um todo, como num truque político, prevenindo, antecipando-se ao crime e ao criminoso. O embate é sobre o *Direito penal do presente* e o *Direito penal visionário*, do *risco*. Essa *funcionalização* visionária coloca, o Direito penal, como *prima ratio* ao combate à criminalidade comum e da macrocriminalidade desvirtuando-o conceitualmente.

Silva Sánchez^{vii} com o seu *Direito penal de duas velocidades* procura um Direito penal para os crimes comuns (o Direito penal clássico) e outro, para a criminalidade moderna onde se possibilita a *flexibilização* dos princípios, mas, neste, sem a aplicação da pena privativa de liberdade. Teríamos a convivência entre o garantismo e o não-garantismo, em última análise, em um mesmo sistema.

Próximo ao sentido, Hassemer^{viii} defende a criação de um *novo ramo do direito*, o denominado de *intervenção*, onde, também, não haveria o *rigor* dos princípios porque se localizaria entre o Direito penal e o Direito administrativo e também não haveria a pena privativa de liberdade.

De qualquer forma, esse movimento de se pretender enfraquecer os princípios reitores do Direito penal – subdividindo-os, compartimentalizando-os, denominando-os diferentemente ou abrindo casos excepcionais – contraria a sua própria História e razão de existir que é, justamente, o de limitar o poder estatal, precipuamente em favor do *indivíduo*. O Direito penal, neste caminho, acaba por pretender proibir aquilo tudo que muitas vezes nem controlável é, invertendo a *presunção* de inocência e criando um modelo teórico-penal que sobrevive sem a culpabilidade e, por

isso, reproduz um discurso meramente retórico, simbólico, não obstante de forte viés prático.

De tudo, nos parece que qualquer forma de flexibilização de princípios na seara penal seria um retrocesso humanístico.

NOTAS:

[i] Citado por BECK, Ulrich. *World risk society*. Malden: Blackwell Publishers Inc., 2003, p. 56 (*Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*. Frankfurt: Suhrkamp, 1986).

[ii] Ver SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: Contra o desperdício da experiência*, 2 ed. São Paulo: Cortez, 2000.

[iii] Ver BARATTA, Alessandro. *Principios del Derecho penal mínimo (Para una teoría de los derechos humanos como objeto y limite de la ley penal)*. Doctrina penal. Buenos Aires, ano 10, p. 623-650, 1987 e, do mesmo autor, *Funciones instrumentales e simbólicas Del Derecho penal: una discusión en la perspectiva de la Criminología crítica*. Pena y Estado, Barcelona, ano 1, n. 1, p. 37-55, sep./dic. 1991.

[iv] Na sociologia, David Garland resumiu assim a ambiguidade da *modernidade tardia*: "As Criminologias da era do *Welfare State* tendiam a assumir a perfectibilidade do homem, a ver o crime como um signo de um processo incompleto de socialização e a perceber no Estado o papel de assistir aqueles que foram privados das condições econômicas, sociais e psicológicas necessárias para o adequado ajustamento social e para uma conduta respeitadora da lei. As teorias do controle começaram a formar uma visão muito mais obscura a respeito da condição humana. Elas assumem que os indivíduos são fortemente atraídos para condutas auto-referidas, anti-sociais e criminais a menos que sejam impedidos por controles robustos e efetivos, bem como veem na autoridade da família, da comunidade e do Estado estratégias de imposição de restrições e de limites. Onde a velha Criminologia encaminhava-se mais na direção do bem-estar e da assistência, a nova insiste no reforço dos controles e na aplicação da disciplina" (GARLAND, David. *Culture of crime control*. Chicago, The University of Chicago, p. 15, tradução livre).

[v] Ver CAMPIONE, Roger. *El que algo quiere algo le cuesta: notas sobre la kollateralschädengesellschaft*. In *La seguridad en la*

sociedad del riesgo. Un debate abierto. Cândido da Agra, et all (eds.). Bogotá: Atelier, Colección Política de Seguridad, p. 22 e ss.

[vi] SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do Direito penal.* São Paulo: RT, 2002.

[vii] HASSEMER, Winfried. *Perspectivas del Derecho penal futuro.* Revista Penal. Barcelona, no. 1, 1998, p. 37-41.

O CONSTITUCIONALISMO E OS DIREITOS 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 desenvolver o tema do constitucionalismo na perspectiva dos direitos fundamentais. Analise-se a perspectiva histórica justificadora desses direitos traçando uma interseção entre os institutos. Realizou-se pesquisa bibliográfica observando as contribuições trazidas por diversos autores como Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Bonavides, Alexandre de Moraes, dentre outros. Procurou-se enfatizar a necessidade inter-relacionar temas de grande importância a fim de estimular o debate acerca do tema, bem como esclarecer a natureza dos institutos, a sua evolução e a concepção filosófica no tema.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Constitucionalismo. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT: This brief work has the scope to develop the theme of constitutionalism in the perspective of fundamental rights. Analyze the historical perspective justifying these rights by drawing an intersection between the institutes. A bibliographical research was carried out observing the contributions brought by several authors such as Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Bonavides, Alexandre de Moraes, among others. It was sought to emphasize the need to interrelate issues of great importance in order to stimulate the debate on the theme, as well as to clarify the nature of the institutes, their evolution and the philosophical conception in the theme.

Keywords: Constitutional right. Constitutionalism. Fundamental rights.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Dos direitos fundamentais: 2.1. Evolução história dos direitos fundamentais; 2.2. Evolução história dos direitos fundamentais nas constituições brasileiras; 3. Concepções filosóficas justificadoras dos direitos fundamentais; 4. O constitucionalismo e os

direitos fundamentais; 5. Neoconstitucionalismo; 6. Conclusão; 7. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais e o constitucionalismo possuem estreito laço de afinidade. Sabe-se que o nascimento deste foi crucial para a materialização daquele. Assim, a delimitação e o estudo do tema é de fundamental ao jurista que deseja um entendimento mais aprofundado acerca desses institutos.

O constitucionalismo nasceu junto às revoluções francesa e americana do século XVIII, apesar da existência de outros inúmeros documentos que estabelecendo direitos e limitando o Estado. Nesses documentos constitucionais consagrou-se vários direitos individuais de extrema importância para a vida em sociedade e que deveriam ser amplamente respeitados.

Assim, o presente estudo tem por objeto ajudar aos aplicadores dos direitos e aos jurisdicionados a melhor delimitar o que vem a ser um direito humano fundamental e qual a sua relação com os movimentos constitucionais dos séculos XVIII e XX.

2. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Quando se concebe uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais se expressa um ideal teórico. Há o objetivo de se obter uma teoria integradora que busque englobar, de forma mais ampla possível, os enunciados gerais, verdadeiros ou corretos, passíveis de formulação nas dimensões analítica (dissecção sistemático-conceitual do direito vigente), empírica (cognição do direito positivo válido e premissas empíricas na argumentação jurídica) e normativa (a partir do direito positivo válido buscar qual a decisão correta ao caso concreto), combinando-os de forma otimizada.

2.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

O início dos direitos individuais do homem pode ser apontado no antigo Egito e Mesopotâmia (terceiro milênio a.C.), pois já havia alguns mecanismos para proteção dos indivíduos em face do Estado. O Código de Hammurabi (1690 a.C.), talvez a primeira codificação a consagrar uma lista de direitos comuns a todos os homens, a exemplo da vida, da propriedade, da honra, da dignidade, dentre outros. Alia-se a isso a supremacia das leis em face dos governantes.

Também há influências filosófico-religiosas nos direitos do homem, conforme enuncia Alexandre de Moraes (1991, p. 25-26):

“...A influência filosófica-religiosa nos direitos do homem pôde ser sentida com a propagação das idéias de Buda, basicamente sobre a igualdade de todos os homens (500 a.C.) (...) Posteriormente, a forte concepção religiosa trazida pelo Cristianismo, com a mensagem de igualdade de todos os homens, independentemente de origem, raça, sexo ou credo, influenciou diretamente a consagração dos direitos fundamentais, enquanto necessários à dignidade da pessoa humana...”

Surgem, na Grécia, vários estudos sobre a necessidade de liberdade e igualdade do homem. Pode ser destacada a participação política dos cidadãos (democracia direta de Péricles), a crença no direito natural prévio e superior às leis escritas, defendida no pensamento dos sofistas e estóicos.

Contudo, é o Direito romano quem estabelece um complexo mecanismo de interditos com vista a tutelar os direitos individuais em face dos arbítrios estatais. A origem dos textos escritos que consagram a liberdade, a propriedade e a proteção dos direitos do cidadão pode ser atribuída à Lei das XII Tábuas.

Na Idade Média, apesar da rígida separação de classes e a organização feudal, diversos documentos jurídicos reconheciam a existência de direitos humanos com um mesmo traço comum, qual seja, a limitação do arbítrio estatal.

Os mais importantes precedentes históricos acerca da declaração de direitos fundamentais do homem encontram-se, em primeiro lugar, na Inglaterra onde pode ser citada a “Magna Charta Libertatum”, outorgada por João Sem-Terra em 15 de junho de 1215, a “Petition of Right” de 1628, o “Habeas Corpus Acta” de 1679, o “Bill of Rights” de 1689, e o “Act of Settlement” de 1701.

A “Magna Charta Libertatum” trazia, dentre outras garantias, a liberdade da Igreja, restrições tributárias, proporcionalidade entre o delito e a sanção, devido processo legal, livre acesso à justiça e liberdade de locomoção.

A “Petition of Right” trouxe expressamente o que hoje ficou consagrado como o princípio da legalidade tributária, ou seja, ninguém seria obrigado a contribuir com qualquer dádiva, empréstimo ou benevolência e a pagar taxa ou imposto, sem o consentimento de todos, manifestado por ato do Parlamento. Vedou-se, ainda, a prisão ilegal e penas restritivas de liberdade ou atentatórias à dignidade do homem por causa de tributos ou da recusa em pagá-los.

Em seguida, o “Habeas Corpus Act” (1679) regulamentou o instituto que já era existente na “common law”. A lei estabeleceu que diante de requerimento ou reclamação por escrito de algum indivíduo em benefício próprio ou de terceiro detido ou acusado da prática de crimes (salvo algumas exceções como crime de traição ou felonía), o lorde-chanceler ou algum outro juiz dos tribunais superiores, caso aquele esteja de férias, depois de ter visto o mandado ou certificado de que a cópia foi recusada, poderia conceder a providência de “habeas corpus” em favor do preso (salvo a hipótese de própria negligência do próprio beneficiado que não solicitou o pedido por dois períodos) que será imediatamente cumprido na presença do próprio lorde-chanceler ou juiz.

Além de outras providências existia uma multa de 500 (quinhentas) libras àquele que voltasse a prender o liberado pelo mesmo fato.

Há, também, a “Bill of Rights”, de 1689, que decorreu da abdicação do Rei Jaime II e outorgada pelo Príncipe de Orange aumentando as restrições existentes em face do poder estatal. Estabeleceu-se: o fortalecimento do princípio da legalidade (o rei ficou impedido de suspender leis ou a execução de leis sem o consentimento do parlamento); houve a criação do direito de petição; a liberdade na eleição dos membros do Parlamento; as imunidades parlamentares; vedação à aplicação de penas cruéis. Apesar dos avanços existentes o diploma negava expressamente a liberdade e igualdade religiosa. Já o “Act of Seattlemente” (1701) basicamente serviu como um elo normativo reafirmador do princípio da legalidade.

Em seguida, a Revolução dos Estados Unidos da América trouxe documentos de grande importância na evolução dos direitos do homem podendo ser citados os seguintes documentos históricos: Declaração de Direitos de Virgínia (1776), Declaração de Independência dos Estados Unidos da América (1776) e Constituição dos Estados Unidos da América (1787).

No primeiro diploma citado fora proclamado o direito à vida, à liberdade, à propriedade, prevendo também a legalidade, o devido processo legal, o Tribunal do Júri, o Juiz natural e imparcial, a liberdade de imprensa, a liberdade religiosa.

Já a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, produzido por Thomas Jefferson, teve como principal vertente a limitação do poder estatal. Da mesma forma foi a Constituição dos Estados Unidos da América e suas dez primeiras emendas. Estabeleceu a separação dos poderes estatais e estabeleceu outros poderes estatais como a liberdade religiosa, inviolabilidade de domicílio, devido processo legal, julgamento pelo Tribunal do Júri, ampla defesa, impossibilidade de aplicação de penas cruéis ou aberrantes.

Contudo, a consagração normativa quanto aos direitos humanos fundamentais coube à França (1789) por meio da Assembleia Nacional que promulgou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão contendo 17 artigos. Dentre tantas importantes previsões podem ser destacados os seguintes direitos: princípio da igualdade, liberdade, propriedade, segurança, resistência à opressão, associação política, princípio da legalidade, reserva legal e anterioridade em matéria penal, presunção de inocência, liberdade religiosa, livre manifestação do pensamento. Tal rol de direitos foi seguido e ampliado por meio da Constituição Francesa de 1791.

Com o advento do Século XIX houve uma maior efetivação dos direitos fundamentais até então previstos com acréscimos decorrentes das evoluções sociais, tendo-se como exemplo a Constituição portuguesa de 1822, a Constituição belga de 1831 e a Declaração francesa de 1848.

Já o início do Século XX trouxe cartas constitucionais fortemente inspiradas pelas preocupações sócias como se percebe por seus principais textos: Constituição mexicana de 1917, a Constituição de Weimar de 1919, a Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado de 1918 seguida pela primeira Constituição Soviética também de 1918, e Carta do Trabalho editada pelo Estado Facista Italiano de 1927.

A Constituição do México de 1917 passou a garantir direitos individuais com acentuadas tendências sociais, como por exemplo direitos trabalhistas e efetivação da educação.

A Constituição de Weimar (1919) prescreveu na sua Parte II os Direitos e Deveres fundamentais dos alemães. A Seção I previa os tradicionais direitos e garantais individuais; na Seção II havia os direitos relacionados à vida social; a Seção III os direitos relacionados à religião e às igrejas; a Seção IV os direitos relacionados à educação; na Seção V havia os direitos referentes à vida econômica.

A Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado (1918), ante a revolução de 1917, visava suprimir toda e

qualquer exploração do homem pelo próprio homem, a abolir por inteiro a divisão da sociedade em classes, a “esmagar” de forma implacável todos os exploradores, a instaurar a organização socialista da sociedade e o fazer triunfar em todos os países. Tendo por base esses preceitos, foi abolido o direito de propriedade privada, sendo que todas as terras passaram a ser propriedade nacional e entregues aos trabalhadores sem qualquer espécie de resgate, como uma espécie de repartição igualitária em usufruto.

Em momento posterior, a Lei Fundamental Soviética (1918) proclamou o princípio da igualdade independentemente de raça ou nacionalidade determinando a prestação de assistência material aos operários e camponeses mais pobres, a fim de concretizar a igualdade.

A Carta do Trabalho (1927), em que pese a sua grande influência pela doutrina do Estado Facista Italiano também trouxe significativos avanços em relação aos direitos sociais dos trabalhadores. Trouxe, principalmente, a liberdade sindical, a magistratura do trabalho, a possibilidade de contratos coletivos de trabalho, uma maior proporcionalidade de retribuição financeira em relação ao trabalho, a remuneração especial ao trabalho noturno, a garantia do repouso semanal remunerado, a previsão de férias após um ano de serviço ininterrupto, a indenização em virtude de dispensa arbitrária ou sem justa causa, a previsão de previdência, a assistência, educação e instrução sociais.

2.2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

A primeira Constituição brasileira foi a Constituição do império jurada em 25/03/1824 que possuía extenso rol de direitos e garantias fundamentais dos cidadãos “brazileiros” (Título VIII) no seu art. 179 seguido por 35 incisos, tais como: princípios da igualdade e legalidade, livre manifestação de pensamento, impossibilidade de censura prévia, liberdade religiosa, liberdade de locomoção, inviolabilidade de domicílio, possibilidade de prisão somente em flagrante delito ou por ordem da autoridade competente, fiança, principio da reserva legal e anterioridade

da lei penal, independência judicial, principio do Juiz natural, livre acesso aos cargos públicos, abolição dos açoites, da tortura, da marca de ferro quente e todas as mais penas cruéis, individualização da pena, respeito à dignidade do preso, direito de propriedade, liberdade de profissão, direito de invenção, inviolabilidade das correspondências, responsabilidade civil do Estado por ato dos funcionários públicos, direito de petição, gratuidade do ensino público primário.

Seguindo essa mesma sistemática, a Constituição Republicana de 24/02/1981 também elencou um rol de direitos e garantias fundamentais (art. 72) respeitando aqueles já consolidados no ordenamento anterior, acrescente, dentre outros, os seguintes: gratuidade do casamento civil, ensino leigo, direitos de reunião e associação, ampla defesa (“§ 16 - Aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciaes a ella, desde a nota de culpa, entregue em vinte e quatro horas ao preso e assignada pela autoridade competente, com os nomes do accusador e das testemunhas”), abolição das penas das galés e do banimento judicial, abolição da pena de morte, reservadas as disposições da legislação militar em tempo de guerra, habeas-corpus, propriedade de marcas de fábrica, Instituição do Júri.

A previsão de um capítulo exclusivo para a consagração dos direitos e garantias constitucionais se tornou uma tradição nas constituições brasileiras de modo que tal forma de exposição foi mantida, também, na Constituição Federal de 1934. O seu art. 113 e seus 38 incisos acresceram os seguintes direitos: consagração do direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada; escusa de consciência, direitos do autor na reprodução de obras literárias, artísticas e científicas; irretroatividade da lei penal; impossibilidade de prisão civil por dívidas, multas ou custas; impossibilidade de concessão de extradição de estrangeiro em virtude de crimes políticos ou de opinião e impossibilidade absoluta de extradição de brasileiro; assistência jurídica gratuita; mandado de segurança; ação popular (“art. 113, inc. 38 - Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios”)

A Constituição de 10/11/1937, em virtude das características políticas da época, trouxe rol de direitos e garantias fundamentais em um capítulo específico (respeitando a tradição brasileira), porém em um rol de apenas 17 incisos trazendo consigo as seguintes novidades: impossibilidade de aplicação de penas perpétuas; maior possibilidade de aplicação da pena de morte, além dos casos militares (inc. 13); criação de um Tribunal especial com competência para o processo e julgamento dos crimes que atentarem contra a existência, a segurança e a integridade do Estado, a guarda e o emprego da economia popular.

A Constituição seguinte (18/09/1946) também incluiu capítulo próprio para consagração dos direitos e garantias fundamentais. Foi consagrado no seu texto inúmeros direitos sociais dos trabalhadores e empregados, pois uma tendência daquela época, bem como elencou títulos especiais para proteção da família, educação e cultura.

O seu art. 141 utilizou uma nova redação que depois foi seguida pelas demais constituições, inclusive a atual, estabelecendo que: “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes...”. A esse enunciado seguia 38 parágrafos com previsões acerca dos direitos e garantias fundamentais das quais podemos ressaltar: A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual; 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; contraditório; sigilo das votações, plenitude de defesa e soberania dos veredictos do Tribunal do Júri; reserva legal em relação a tributos; direito de certidão.

A Carta Constitucional de 24/01/1967 também trouxe um capítulo com os direitos e garantias fundamentais com um artigo prevendo direitos sociais aos trabalhadores, visando à melhoria de sua condição social. Trouxe como novidades: sigilo das comunicações telefônicas e telegráficas; respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário; previsão de competência mínima para o Tribunal do Júri

(crimes dolosos contra a vida); previsão de regulamentação da sucessão de bens de estrangeiros situados no Brasil pela lei brasileira, em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que lhes seja mais favorável a lei nacional do de cujus.

A Emenda Constitucional nº 01 de 17/10/1969 efetuou profundas alterações na Constituição de 1967 inclusive possibilitando excepcionais restrições aos direitos e garantias fundamentais sem uma alteração formal substancial na enumeração dos direitos fundamentais consagrados.

3. CONCEPÇÕES FILOSÓFICAS JUSTIFICADORAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Inúmeras são as teorias filosóficas que tentam justificar e esclarecer em que se funda os direitos fundamentais de modo que os tornem necessários e os reforce. Dentre outras, destacam-se a teoria jusnaturalista, a teoria positivista e a teoria moralista ou de Perelman.

A teoria jusnaturalista embasa seu fundamento no fato de que os direitos humanos fundamentais emanam de uma ordem superior universal, imutável e inderrogável. Estes direitos não seriam criados pelo legislador, tribunais ou doutrinadores, não podendo ser, por conseguinte, extirpado da consciência dos homens. Tais direitos são apenas reconhecidos pelo homem como uma materialização de algo preexistente.

Na Declaração e Programa de Ação de Viena, adotada consensualmente pela Conferência Mundial dos Direitos Humanos, em 25 de junho de 1993, proclama-se que "os direitos humanos e liberdades fundamentais são direitos naturais de todos os seres humanos; sua proteção e promoção são responsabilidades primordiais dos Governos".

De forma diversa, a teoria positivista fundamenta a existência dos direitos humanos com uma base puramente normativa, pois oriunda da vontade e soberania popular na realização das leis. Seriam direitos

humanos fundamentais aqueles assim estabelecidos pela legislação positivada.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (10/12/1948) evidencia a necessidade de que os direitos da pessoa humana sejam “protegidas pelo império da lei” de modo a evitar que as pessoas não sejam obrigadas a se rebelar contra a tirania e a opressão como um último recurso.

Por sua vez, a teoria moralista ou de Perelman busca fundar a existência dos direitos humanos fundamentais na própria experiência e consciência moral de determinado povo e não apenas uma vontade normativa ou do direito natural.

Conforme se depreende dessas teorias, percebe-se a difícil tarefa de harmonizar as diversas concepções filosóficas levando “alguns a recusar utilidade a estudo do embasamento filosófico dos direitos fundamentais” (MENDES, Gilmar; 2014, página 146).

A importância dos direitos fundamentais e o seu fundamento não conseguem ser embasadas de forma satisfatória por nenhuma das teorias de forma isolada.

Em verdade, há complementariedade entre as ideias apresentadas por essas teorias de modo que os direitos fundamentais seriam fruto de momentos históricos diversos e a sua própria variedade aponta para uma conveniência de não se concentrarem esforços na busca por uma base absoluta, aplicável a todos os direitos em todos os tempos da história da humanidade.

4. O CONSTITUCIONALISMO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS:

A origem dos direitos humanos fundamentais está atrelada a um emaranhado de circunstâncias e causas que culminaram com o seu surgimento. Dentre os principais, costuma-se falar ser resultado de

costumes arraigados em determinadas civilizações, acepções jurídico-filosóficas, dogmas cristãos e até mesmo o direito natural.

Há um traço comum em todas essas citadas fontes, qual seja, a necessidade latente de se impor limites à atuação do poder estatal, ao seu *ius imperi*. Também se soma à essa ideia a necessidade de se controlar e avaliar a atitude do Estado, consubstanciada nos atos dos governantes.

Portanto, no dizer de Alexandre de Moraes (1998, p.16):

“...Assim, a noção de direitos fundamentais é mais antiga que o surgimento da ideia de constitucionalismo, que tão somente consagrou a necessidade de inculpir um rol mínimo de direitos humanos em um documento escrito, derivado diretamente da soberana vontade popular...”

Não há como se separar a ideia de direitos fundamentais com a do constitucionalismo. Este é um termo bem recente, porém ligado a uma acepção bastante antiga, pois “todos os Estados – mesmo absolutistas ou totalitários – sempre possuíram uma norma básica, expressa ou tácita, responsável por legitimar o poder do soberano” (NOVELINO, Marcelo. 2014, pág. 17).

O surgimento do constitucionalismo, sob um aspecto formal, está umbilicalmente atrelado à independência dos Estados Unidos da América (1787) e à Revolução Francesa (1791), pois, acabaram por fazer surgir constituições escritas e rígidas. Há dois pontos marcantes que devem ser enaltecidos nesses documentos: a organização do Estado e a limitação do seu poder por meio de direitos e garantias fundamentais.

Paulo Bonavides (2004, pág. 40), em seu Curso de Direito Constitucional, de forma bastante lúcida ensina que:

“...As regras fundamentais de estruturação, funcionamento e organização do

poder, não importa o regime político, nem a forma de distribuição da competência aos poderes estabelecidos, são, por conseguinte, a matéria do Direito Constitucional. De modo que todo Estado ou toda sociedade politicamente organizada possui, como já assinalava Lassalle, uma Constituição ou um Direito Constitucional...”

Comunga-se, também, da doutrina de Jorge Miranda (1990, página 138) ao se dizer que o constitucionalismo norteamericano não surgiu apenas no ano de sua independência. Havia documentos que já consubstanciavam direitos fundamentais e limitações ao poder estatal desde antes, a exemplo da Declaração de Virgínia. Portanto, seria equivocado dizer que os direitos humanos fundamentais tiveram surgimento apenas com o advento do constitucionalismo.

Não se pode negar que a sua efetivação se deu com maior força e efetividade a partir de então, pois recebeu um tratamento específico e uma proteção mais ampla e eficiente em face de sua violação. Propiciou-se, também, um maior controle em face do Estado, pois fora estabelecido um rol de direitos de observância obrigatória que vincularia todo o ordenamento jurídico. Aquela rol de garantias estabelecidos pela vontade soberana do povo não mais poderia ser afrontada pelo *ius imperium* estatal.

Há que se ressaltar, ainda, que constitucionalismo não pode ser confundido com democracia, apesar de possuírem conceitos que se aproximam. O Ministro Barroso ensina que, de uma forma simples e didática. Pode-se definir esta como sendo a soberania popular e o governo da maioria. Porém, em muitas situações a Constituição se impõe como instrumento para preservar determinados valores das minores em face dessa maioria (2010, p.17). Esse seria um dos fundamentos que não pode haver essa confusão conceitual.

Portanto, observa-se que a existência de direitos fundamentais no bojo de uma constituição é elemento constitutivo e essencial nos dias

atuais não mais podendo se conceber a existência de uma constituição na qual inexistam direitos fundamentais positivados, bem como a existência de um Estado de Direito Democrático sem uma Constituição. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (França), em seu artigo 19, é claro ao estabelecer que “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

5. NEOCONSTITUCIONALISMO

O início do século XXI trouxe uma nova forma de se enxergar as normas constitucionais. A mera limitação do poder estatal atrelado à previsão de direitos fundamentais se tornou insuficiente para a doutrina constitucional. Buscou-se a eficácia da constituição expurgando o caráter meramente declaratório e retórico até então reinante na aplicação desse diploma. Essa nova etapa do Direito Constitucional passou a ser chamada de neoconstitucionalismo, constitucionalismo pós-moderno ou pós-positivismo.

MENDES, Gilmar (2014, página 59), ensina que:

“...O valor normativo supremo da Constituição não surge, bem se vê, de pronto, como uma verdade autoevidente, mas é resultado de reflexões propiciadas pelo desenvolvimento da História e pelo empenho em aperfeiçoar os meios de controle do poder, em prol do aprimoramento dos suportes da convivência social e política. Hoje, é possível falar em um momento de constitucionalismo que se caracteriza pela superação da supremacia do Parlamento. O momento atual é marcado pela superioridade da Constituição...”

Portanto, observa-se com a Constituição passa a ser o centro de todo o sistema jurídico atual de modo que toda e qualquer norma que

emane em algum Estado Democrático de Direito deve estar consentânea com a sua Constituição.

Também deve ser ressaltado que com essa evolução os Direitos Fundamentais previstos passaram a gozar de imediata aplicabilidade devendo ser observado de pronto pelo Estado. Mesmo que não se possa falar em gozo pleno de todos os direitos fundamentais, pois alguns carecem de norma regulamentar para o seu exercício (José Afonso da Silva intitulou esses direitos de “normas de eficácia limitada”), mas devem ser respeitadas no mínimo no sentido de não serem contrariadas pelo legislador e de revogação de tudo aquilo que for de encontro a ela.

Nas palavras de Walber de Moura Agra *apud* Pedro Lenza (2014, p. 72):

“...o neoconstitucionalismo tem como uma de suas marcas a concretização das prestações materiais prometidas pela sociedade, servindo como uma ferramenta para a implementação de um Estado Democrático Social de Direito. Ele pode ser considerado como um movimento caudatário do pós-modernismo. Dentre suas principais características podem ser mencionadas: a) positivação e concretização de um catálogo de direitos fundamentais; b) onipresença de princípios e regras; c) inovações hermenêuticas; d) densificação da força normativa do Estado; e) desenvolvimento da justiça distributiva;...”

O surgimento dessa nova etapa para o constitucionalismo tem como marco histórico para a Europa o constitucionalismo do pós-guerra. No Brasil, foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar. Como marco filosófico temos o pós-positivismo.

BARROSO, Luís (2010) ensina que:

“...O debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo. Opostos, mas, por vezes, singularmente complementares. A quadra atual é assinalada pela superação – ou, talvez, sublimação – dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de idéias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo...”

Continua, o eminente jurista:

“...O jusnaturalismo moderno, desenvolvido a partir do século XVI, aproximou a lei da razão e transformou-se na filosofia natural do Direito. Fundado na crença em princípios de justiça universalmente válidos, foi o combustível das revoluções liberais e chegou ao apogeu com as Constituições escritas e as codificações. Considerado metafísico e anti-científico, o direito natural foi empurrado para a margem da história pela ascensão do positivismo jurídico, no final do século XIX. Em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da 2ª. Guerra, a ética e os valores começam a retornar ao Direito...”

No plano teórico, o direito constitucional foi influenciado por três grandes transformações que subverteram o tradicional conhecimento relativo à aplicação do direito constitucional: a) o reconhecimento da força normativa da constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) desenvolvimento de uma nova hermenêutica constitucional.

Portanto, de uma mera carta de intenções o novo constitucionalismo não prevê apenas promessas vazias do legislador, mas estabelece regras e princípios dotados de normatividade própria e suficiente para gerar a obrigação do Estado na sua efetivação e proteção, sob pena de ver compelido a respeitar a Constituição.

6. CONCLUSÃO

Conclui-se que os direitos e garantias individuais do cidadão possuem ampla e umbilical afinidade com os movimentos constitucionais clássicos e contemporâneos (constitucionalismo e neoconstitucionalismo). Assim, não seria possível separá-los, pois o entendimento de ambos se complementam.

Analisou-se a interdependência dos institutos e a evolução do tema para que houvesse uma maior concreção e respeito às exortações constitucionais. Supera-se as meras cartas de intenções por mandamentos constitucionais.

Apesar de se tratar de um tema com vasta análise doutrinária sobre o tema, o aprofundamento existente ainda não encontra eco em todos os manuais e livros que debatem sobre o tema. Assim, esse trabalho se mostra fundamental para o amadurecimento e difusão do objeto desse estudo.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Disponível em: Acesso em: 29 de abril de 2016.

2. ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução/Organização de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed., 2ª tiragem. São Paulo: Editora Medeiros, 2015.
3. ANDRADE, Christiano José de. A hermenêutica jurídica no Brasil. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1991.
4. ANDRADE, Christiano José de. O problema dos métodos de interpretação jurídica. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1992.
5. BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2ª ed. São Paulo, Editora Saraiva, 2010.
6. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. Disponível em: . Acesso em: 13 de abril de 2017.
7. DA SILVA, José Afonso, Curso de direito constitucional positivo, São Paulo: Malheiros, 1992.
8. LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 18ª ed. São Paulo, Editora Saraiva, 2014.
9. MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
10. MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.
11. MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional – 32 ed. rev. e atual. até EC nº 91 de 18 de fevereiro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2016.
12. 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.
13. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Publicado em 11.2015. Disponível em:. Acesso em: 29 de abril de 2016.

A ÉTICA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

JESUS CLÁUDIO PEREIRA DE ALMEIDA:
Mestre e doutorando em Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC.

RESUMO: O presente artigo visa analisar a ética e sua aplicação nas relações consumeristas e os reflexos decorrentes de sua utilização na efetivação dos objetivos da República Federativa do Brasil, previstos no texto constitucional, bem como na Lei Consumerista. Para tanto, serão estudados inicialmente aspectos gerais sobre a ética, buscando o entendimento acerca do conceito atual do termo. Na segunda parte do trabalho farse-á um questionamento acerca da ética como instrumento de estudo nas escolas, especialmente, quanto aos princípios atrelados à educação e à informação, bem como seus reflexos na ética empresarial, no direito ambiental, em especial, à Lei Lei 10.305/2010, (denominada Política Nacional de Resíduos Sólidos), onde surgiu a exigência da rotulagem ambiental e da ecoeficiência de produtos e serviços, além do dispositivo do artigo 6º, X, desta a norma, que regulamenta o direito da sociedade à informação e ao controle social, o que viabilizou a utilização de alguns institutos do Código de Defesa do Consumidor, como o disposto do artigo 6ª, I, II, III, para a tutela do meio ambiente, vertendo o direito à informação e à educação em verdadeira política de sustentabilidade ambiental no âmbito nacional, para posteriormente enfatizar sua ligação com as relações de consumo e a construção de uma responsabilidade social e ética da empresa. Adotou-se na pesquisa a metodologia referencial bibliográfica, utilizando-se de livros, artigos e obras que versam a respeito do tema ora estudado e da legislação brasileira.

Palavras-chave: Ética. Direito à Informação e Educação. Meio ambiente. Consumo.

ABSTRACT: This article aims to analyze ethics and its application in the consumer relations and the reflexes arising from its use in the fulfillment of the objectives of the Federative Republic of Brazil, provided for in the constitutional text, as well as in the Consumer Law. To do so, we will initially study general aspects about ethics, seeking to understand the current concept of the term. In the second part of the work, a question will be asked about ethics as an instrument of study in schools, especially regarding the principles linked to education and information, as well as its references in business ethics, in environmental law, especially Law Lei 10.305 / 2010, (called the National Solid Waste Policy), where the requirement of environmental labeling and eco-efficiency of products and services arose, in addition to the provisions of article 6, X, of this standard, which regulates the company's right to information and to social control, which enabled the use of some institutes of the Code of Consumer Protection, such as the provisions of article 6, I, II, III, to protect the environment, violating the right to information and education in true politics of environmental sustainability at the national level, to later emphasize its connection with consumer relations and the construction of a corporate social and ethical responsibility. The bibliographical reference methodology was adopted in the research, using books, articles and works that deal with the subject studied and the Brazilian legislation.

Keywords: Ethic. Right to Information and Education. Environment. Consumer

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo visa analisar a ética e, conseqüentemente, sua aplicação nas relações consumeristas. Faz-se necessário ter em mente que a ética partiu dos estudos filosóficos e, somente com o passar do tempo, foi ganhando importância até chegar a ser uma disciplina autônoma. Inicialmente, a ética basicamente tratava de impor limites aos seres humanos, no sentido de ser necessário

que cada um cumprisse com aquilo que deve moralmente cumprir. Para tanto, procurou-se investigar dentro das relações de consumo, como o direito à informação e à educação são de extrema importância para conscientização dos consumidores sobre a utilização dos produtos e serviços e que podem servir como instrumento de política social à aplicação da ética nas relações de consumo. Num segundo momento, analisamos a aplicação da ética empresarial, bem como seus reflexos positivos e negativos acerca das indagações sobre os costumes e morais vigentes, no entanto, para que estas reflexões tenham valor para que todos possam saber qual a ética adotada pela empresa e se é necessária a institucionalização desta moral. Ou seja, que todos aqueles que façam parte daquela empresa saibam qual atitude tomar numa determinada tomada de decisões. Desta forma, a ética empresarial quando adotada de forma institucionalizada se torna o verdadeiro *modus operandi* e salutar daquela empresa. Assim, todas as decisões devem ser pautadas por aquilo que a corporação acredita ser o moralmente correto.

Num terceiro momento, tratamos do estudo da ética sobre a égide do direito ambiental e seus reflexos, especialmente, quanto ao impacto ambiental, no caso de colocação de produtos e serviços no mercado de consumo e sem que qualquer responsabilidade social, especialmente, ao consumidor, ou seja, à revelia dos princípios éticos. A partir daí surge a necessidade de entender a ética e qual a sua importância dentro das corporações? Quais seriam então os reflexos que a ética estria produzindo no mercado de consumo em geral? Como os consumidores estão reagindo às empresas que descumprem aos normativos em geral e, principalmente, como agem sem a devida ética esperada?

A ideia a ser avaliada é a de que, partindo-se das inovações constitucionais e legais e das ponderações de princípios constitucionais, a Lei Consumerista torna-se possível mediante a aplicação da técnica da hermenêutica sistemática, utilizando o direito à informação, da educação, não só como ferramenta

consumerista, mas também como instituto de tutela e de política social quanto à aplicação do estudo da ética nas relações de consumo.

A relevância do tema advém do agravamento de tais princípios que estão hoje debilitados em razão do individualismo e consumismo exacerbado que rege o mundo contemporâneo e acabam valorizando as vantagens pessoais em detrimento da coletividade, incitando, por exemplo, a violência, criminalidade e corrupção, o que acaba imperando a ausência de ética^[1] e de valores.

Portanto, o estudo da Ética busca as acepções gerais de certo e errado, justo injusto, adequado ou inadequado, enfim, é a reflexão perante a própria conduta humana, não estabelecendo condutas ou normas, mas filosofando perante o valor das mesmas. Dito isso, não é incorreto afirmar que a Ética tem, também, por objetivo, a busca por justificativas para as regras e normas construídas pela moral e pelo direito. Essa reflexão perante a ação humana é o que caracteriza fundamentalmente a ética (CABETTE, 2005, p. 220).

Nesse sentido, a ética conduz necessariamente a questões que forcem a faculdade de julgar e decidir como uma máxima geral deve ser aplicada aos casos particulares, ou seja, a trazer para esses casos uma máxima que os subordine (DELBOS, 1969, p.580).

Nessa toada, Kant (2004, p. 18) ensina:

Estas leis da liberdade, diferentemente das leis da natureza, chama-se morais. Se afetam apenas as acções meramente externas e sua conformidade com a lei, dizem-se jurídicas, mas se exigem que elas próprias (as leis) devam ser os fundamentos de determinação das acções, então são éticas e diz-se: que a coincidência

com as primeiras é a legalidade, a coincidência com as segundas, a moralidade da acção. A liberdade a que se referem as primeiras lei só pode se a liberdade no uso externo do arbítrio, mas aquela a que se referem as últimas pode ser a liberdade tanto no uso externo como interno do arbítrio, enquanto é determinado por leis da razão

No Brasil, por exemplo, são comuns a utilização de padrões não éticos quando envolvem fornecedores e consumidores e que também acabam refletindo nos direitos da classe trabalhadora, infanto-juvenil em total afronta à Lei 8.078 de 1990.

Neste cenário, as relações de consumo tem total condição de influenciar nas discussões acerca do tema, desde que o consumidor tenha consciência quando estiver usando o seu poder de compra de produtos, apoiando ou criticando as empresas que atuem com ou sem ética, buscando, desta forma, sempre incentivar a responsabilidade social.

A pesquisa, neste sentido, será qualitativa e terá carácter jurídico-dogmático, pautando-se pelo método interpretativo sistemático, bibliográfica e com consulta a fontes legislativas e científicas.

O trabalho, portanto, se desenvolve em duas seções. Inicialmente, serão expostos aspectos principiológicos do sistema jurídico-consumerista, enfatizando o acesso à informação e à educação como direito básico do Consumidor. Em seguida, serão abordados os efeitos restritivos que a concepção do conhecimento e da consciência consumerista quanto às questões que envolvem o estudo da ética, desde o papel ético do consumidor, bem como das empresas quanto: (i) responsabilidades sociais, (ii) exploração do trabalho infantil, (iii) prejuízos causados ao meio ambiente em afronta às alterações introduzidas pela Lei 12.305/2010 - Lei de Resíduos Sólidos, que possibilitou a interpretação sistemática do

direito à informação, previsto no artigo 6º, X, da norma, bem como ao artigo 6º, I,II,III, da Lei 8.078,1990, de modo a integrá-lo aos paradigmas da sustentabilidade, da ecoeficiência e da rotulagem ambiental, viabilizando-o como instrumento de política ambiental.

2. O DIREITO BÁSICO À EDUCAÇÃO E À INFORMAÇÃO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

De acordo com o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/1990, artigo 6º, II, “*a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, assegurados a liberdade de escolhas e a igualdade nas contratações*”. Assim, o legislador da época absorveu que a educação de que cuida o inciso correspondente da Legislação Consumerista deveria ser analisado (FILOMENO, 2007, p.145-146), sob dois aspectos: a) *a educação formal*, a ser dada nos diversos cursos desde o primeiro grau de escolas públicas ou privadas, aproveitando-se as disciplinas afins, como a educação moral e cívica, onde se tratará dos aspectos legais e institucionais, como ciência, onde se cuidará da qualidade dos alimentos, da água e outros produtos essenciais e, b) *a educação informal*, de responsabilidade desde logo dos próprios fornecedores quando, já mediante a ciência do marketing, como já acentuado e tendo-se em conta seus aspectos éticos, procurando bem informar o consumidor sobre características dos produtos e serviços já colocados no mercado, ou ainda os que serão colocados à disposição do público consumidor.

Na visão do renomado doutrinador, seria indispensável que houvesse uma ligação permanente, ou um elo de comunicação entre fornecedores e consumidores para que esses últimos pudessem efetivamente ter acesso às informações sobre os produtos e serviços.

Será que essa ligação seria apenas entre fornecedor e consumidor? Ao que parece não! Entendemos que a educação ao consumidor não se limita apenas aos fornecedores. Tal responsabilidade também se estende aos Órgãos Públicos, bem

como às entidades privadas, no sentido de promoverem debates, simpósios sobre os direitos dos consumidores, especialmente, a respeito do tema ética, como responsabilidade social, editando livros, cartilhas, enfim, tudo que esteja à disposição e ao alcance do consumidor, especialmente, quanto à educação e informação.

Portanto, a educação para o consumo deve ser incentivada e tratada desde cedo nas escolas, tanto pelos entes públicos como pelos entes privados e, em princípio, os consumidores estariam mais informados, conscientizados e preparados para o mercado de consumo e prontos para enfrentar temas de tamanha importância e relevância como à aplicação da ética nas relações de consumo, como responsabilidade social.

Tal esforço e vontade dos entes públicos e privados será possível alcançar os bons resultados, como, por exemplo, como ocorre na cidade de São José dos Campos-SP, onde o Município instituiu a educação específica aos consumidores mirins, de modo a conscientizar o jovem da importância de ser um cidadão crítico e criterioso na hora de comprar ou contratar algum serviço (FILOMENO, 2007, p.80).

Além disso, outro princípio que está diretamente ligado ao exemplo acima destacado, é o da informação adequada, que corrobora a necessidade de conscientizar o consumidor, mesmo que mirim. O consumidor deve ser educado e informado para ganhar conhecimento e adquirir uma real liberdade de escolha dos produtos e serviços que lhe interessam (MALFATTI, 2003, p. 250).

Aliás, o tema ética, na atualidade, tem despontado como grande importância no cenário social, político, principalmente, nas relações de consumo, sendo encarado com uma preocupação não somente nas escolas como nas próprias iniciativas privadas e que merece ser estudado constantemente e debatido perante aos entes públicos e privados no dia-a-dia.

Portanto, o objetivo deste estudo se pauta na preocupação e de que maneira deveremos enfrentar o tema em discussão, bem como procurar conscientizar essa classe vulnerável que às vezes sequer teve a oportunidade de obter informações, principalmente, quanto à ética que está sendo aplicada não somente por ele no momento de comprar um produto ou contratar um serviço ou pelo próprio fornecedor que coloca o produto ou serviço no mercado de consumo e acaba fazendo o uso de medidas irregulares não éticas em prejuízo aos direitos dos consumidores.

Para enfrentarmos o tema, de início, devemos analisar também o comportamento ético do consumidor que deve começar pelas suas próprias atitudes, já que deverá estar sempre atento para os sinais emitidos pelas empresas que podem revelar sua conduta ética ou não. Por exemplo, sinais exteriores como o tipo de embalagens ou mensagens e informações escritas ou omitidas nos rótulos dos produtos podem ser um indicativo.

O consumidor que procura se informar certamente saberá qual é o melhor fornecedor para que possa efetuar a compra dos produtos, bem como saber quais deles são éticos e socialmente responsáveis. Além disso, o consumidor tem ao seu favor os órgãos de proteção ao consumidor como os Procons e Associações que podem auxiliá-lo quanto à idoneidade das empresas, bem como da qualidade dos seus produtos ou serviços que são colocados no mercado de consumo.

Assim, as empresas que desrespeitam a lei, adulterando, por exemplo, instrumentos de medição, balanças, bombas de combustíveis, taxímetros ou falseando as informações de pesos e medidas, não são éticas e nunca poderão ser consideradas socialmente responsáveis.

Para tanto, para que o consumidor chegue a esse nível de conscientização, necessário será a realização e incentivo junto às Instituições de Ensino Fundamental de estudos acerca da importância da aplicação da ética nas relações de consumo, para

que estes consumidores mirins alcancem o nível de entendimento e possam exigir das empresas à aplicação de seus direitos previstos na Norma Consumerista.

Nos Estados Unidos, por exemplo, um grupo de consumidores norte-americanos que organizaram um boicote ao tênis NIKE em face da maior companhia de tênis do mundo, porque as fábricas licenciadas por ela, na Indonésia, haviam infringido 12 leis nacionais, incluindo as que regem o salário mínimo, trabalho infantil, hora extra, seguro, horário de trabalho, organização sindical, demissão, licença maternidade, férias, questões de segurança.^[2]

Na ocasião, o próprio movimento dos consumidores norte-americanos formou uma Associação de Consumidores que elaborou listas brancas com os nomes dos produtos que deveriam ser adquiridos pelos consumidores, tendo em vista que as empresas que os produziam e comercializavam respeitavam os direitos dos trabalhadores, Dessa forma, a Associação dos Consumidores norte-americanos se valiam do poder de compra para pressionarem as empresas a praticarem uma conduta ética e com responsabilidade social, caso quisessem colocar seus produtos no mercado de consumo.

Portanto, há meios de se exigir que as empresas ajam de forma ética e com responsabilidade social quando colocam seus produtos no mercado de consumo. No Brasil, por exemplo, lança-se o nome dos consumidores inadimplentes junto aos Órgãos de Proteção ao Crédito, como forma de impedi-los a ter acesso às linhas de crédito. Da mesma forma, tal política poderia ser perfeitamente implantada junto às empresas nacionais, como ocorre nos Estados Unidos, onde as chamadas listas negras tornam públicas as empresas não éticas e com isso seriam punidas quando colocam produtos ou serviços no mercado de consumo sem qualquer princípio ético e sem responsabilidade social, ficando assim sujeitas às sanções previstas na Lei.

Por ser o Código de Defesa do Consumidor Brasileiro uma Legislação nova, foi considerada muito avançada para sua época, porém ainda não é cultura do povo brasileiro fazer valer os seus direitos, principalmente, quando se trata de exigir do fornecedor a ética que dele se espera na colocação de seus produtos ou serviços no mercado de consumo.

Para que o consumidor brasileiro possa começar a pensar na exigência de seus direitos, já que a Lei Consumerista lhe garante isso, deve ele estar atento as suas garantias, ou seja, deverá procurar o consumidor informações juntos aos Procons, IDEC e às Associações de Consumidores que são órgãos preparadas e poderão ajuda-los neste momento.

Neste sentido, ele terá a plena condição de identificar quais são as empresas que agem de forma irregular, ou seja, sem ética e, uma vez identificadas, teriam seus nomes lançados nas chamadas listas negras, como forma de sanção pelos órgãos competentes.

Por exemplo, para fomentar o incentivo do uso da ética nas relações de consumo, poderiam os consumidores dar preferência ao consumo de produtos ou serviços das empresas que não exploram o trabalho infantil, que tenham uma posição pública de proteção de ajuda às crianças e recusando os das empresas que utilizam direta e indiretamente o trabalho infantil, conforme determina a legislação brasileira.

Da mesma forma ao dar preferência a compra de produtos de empresas que não exploram o trabalho infantil, também procurar fomentar o consumidor a prática da ética às empresas que tenham uma preocupação com o meio ambiente.

Ou seja, o consumidor compraria daquelas empresas que tenham consciência de que certos produtos causam mal à sociedade consumerista e poluem o meio ambiente, por exemplo, o descarte que causam danos terríveis ao solo e o lençol freático.

Portanto, o consumidor precisa estar atento e reconhecer quais são as empresas que tem a preocupação com meio ambiente, já que, de forma ética e com responsabilidade social, procuram minimizar as ações agressivas, utilizando processos produtivos ou de prestação de serviços que economizam energia e água. Além disso, desenvolvem produtos e embalagens recicláveis, retornáveis ou biodegradáveis, contribuindo assim para a redução da poluição. Ou se estas empresas apoiam e desenvolvem campanhas, projetos e campanhas educativas, voltados para os trabalhadores, comunidade e toda a sociedade.

Desta forma, a ética empresarial quando adotada de forma institucionalizada se torna o verdadeiro *modus operandi* daquela empresa. Assim, todas as decisões devem ser pautadas por aquilo que a corporação acredita ser o moralmente correto. É importante entender a ética e qual a sua importância dentro das corporações. Quais os reflexos que a ética está produzindo no mercado em geral e como os consumidores estão reagindo às empresas que descumpre aos normativos em geral e principalmente age sem a devida ética esperada (BEGA;VIVIANE, 2016, p. 456).

Quando se fala em ética nas relações de consumo, a qualidade de vida, aspectos como saúde e espírito comunitário são citados, o que evidencia que o desenvolvimento sustentável não se assenta apenas no binômio economia/ambiente. Na verdade, os aspectos citados são manifestações de todos os fundamentos sistêmicos da sustentabilidade. Se um aspecto relevante para a qualidade de vida não for alcançado, haverá uma lacuna a ser preenchida. De nada faria sentido ter em mente o desenvolvimento sustentável, se não fosse para alcançar excelência no bem-estar, por meio da ética. Excelência sustentável do bem-estar é excelência possibilitada e ofertada a todos, de forma inclusiva (RIBEIRO, 2013, p. 113).

O motivo de estudar a ética desde o Ensino Fundamental está diretamente ligado ao motivo pelo qual a sustentabilidade no meio ambiente deve ser urgentemente inserida como uma

necessidade prioritária nas Instituições de Ensino, seja no ensino Fundamental, Médio ou Superior.

Ademais, construir uma sociedade ética e sustentável não implica apenas uma mudança de atitude, mas também uma mudança de mentalidade e também de mentalidade jurídica. Estruturar o compromisso do Direito à ética com a sustentabilidade significa, assim, alargar os horizontes de efetividade da Constituição, como dispõe o artigo 225, VI, CF/88: *“promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente”*.

Aliás, o tema ética e sustentabilidade, na atualidade, tem ganhado grande relevo no cenário social, político e, principalmente, nas relações de consumo, despontando como grande preocupação mundial e que merece destaque.

O ideal é tratá-lo como tema e objeto de estudo obrigatório nas escolas, já que é de vital importância para que se alcance o êxito esperado. Necessariamente, há de constar do conteúdo programático das Instituições de Ensino. Além disso, outro tema de vital relevância e importância e estudo é do princípio da informação e educação adequada aos consumidores, também inserido como forma de conscientização dos indivíduos para um consumo ético e sustentável.

Dentro dos objetivos da Política Nacional das Relações e Consumo, destaca-se princípio da transparência, na qual resulta em outro princípio de vital importância que é o princípio da informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas a melhoria do mercado de consumo (BRASIL, 1990).

A partir de tal cânone, o artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor relaciona dentre os direitos básicos do consumidor a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características,

composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem (BRASIL, 1990).

Entretanto, todos os princípios do CDC que se relacionam diretamente ao direito de informação e educação do Consumidor, são tradicionalmente considerados instrumentos exclusivos das políticas consumeristas, não sendo utilizados como ferramentas de política ético/ambiental. A visão restrita sofreu influência de uma ultrapassada concepção epistemológica do direito do consumidor (RIBEIRO, 2013, p. 115).

O direito do consumidor é estudado de maneira isolada e restritiva, não considerando os graves impactos éticos/ambientais decorrentes dos processos de produção e descartes de produtos e serviços. Esta visão hermética e instantânea de consumo, como algo alheio ao desequilíbrio ecológico por si causado, é em grande parte resultado da arcaica concepção cartesiano-baconiana do conhecimento (RIBEIRO, 2013, p. 115).

Neste diapasão, percebemos que o paradigma metódico-epistemológico impôs uma visão isolada e hermética do Direito do Consumidor, impossibilitando, assim, a utilização de seus institutos, principalmente o direito de informação e educação na proteção do meio ambiente. Tal contexto contribuiu para elevar o nível de consumo a patamares insustentáveis, o que reforça cada vez mais a necessidade da aplicação do princípio da informação associado ao princípio da educação aos futuros consumidores em Instituições de Ensino, como modelo de conscientização ao consumo sustentável.

Um dos grandes problemas enfrentados para a eficácia de um consumo ético/sustentável é o desconhecimento do consumidor – seja de seus direitos, seja de seus deveres. Portanto, o consumidor tem o direito de informar e ser informado.

Nesse contexto, a informação tem a sua importância reiterada, já que é a base para o consumidor realizar escolhas ecologicamente conscientes.

Com efeito, o consumidor tem o “direito a conhecer” na visão de Aragão (1999, p. 2-4), o primeiro momento de contato direto com o produto (que na maior parte das vezes é um resíduo futuro) corresponde ao ato da compra. Logo, a responsabilidade daquele por criar uma demanda pela qualidade ambiental dos produtos ou serviços e pela prevenção de resíduos se inicia com a compra responsável, cuja primeira condição é o conhecimento das consequências de sua aquisição, a fim de avaliar objetivamente os seus efeitos.

Nesse sentido, cada vez mais se poderá afirmar um direito à informação ambiental do consumidor, tendo em vista que, por vezes, a decisão pela aquisição ou não de um determinado produto ou serviço poderá ser determinada pela sua avaliação ambiental. Com efeito, se o consumidor é chamado a realizar uma compra responsável e se lhe apresentam deveres ambientais, os aspectos ecológicos dos produtos e serviços deveriam ser considerados seus elementos de qualidade e até mesmo dados essenciais (ARAGÃO, 1999, p. 3-5).

Há, portanto, respaldo para tanto no CDC, a partir de sua interpretação ética e ecologicamente ponderada em princípios constitucionais, além da informação da incursão da questão ambiental no direito dos consumidores.

Outro aspecto interessante acerca do dever de informar a ser passado ao consumidor recai sobre o tema da preservação ambiental e que encontra fulcro no Código de Defesa do Consumidor que é a durabilidade de produtos e o modo de utilização para que se prolongue a sua vida útil ou contribua para a redução de impactos sobre o ambiente

Nesse sentido, cada vez mais se poderá afirmar que é um direito básico à informação e educação ambiental do consumidor, bem como quanto à ética que ele mesmo poderá adotar e às empresas que colocam produto no mercado de consumo que, por vezes, a decisão pela aquisição ou não de um determinado produto ou serviço poderá ser determinada pela sua avaliação ética/ambiental.

Com efeito, se o consumidor é chamado a realizar uma compra responsável e se lhe apresentam deveres éticos e ambientais, bem como os aspectos ecológicos dos produtos e serviços que deveriam ser considerados em seus elementos de qualidade e até mesmo dados essenciais, certamente se cumprirá o que se espera da empresa quanto aos deveres éticos, bem como se aplicará a responsabilidade social.

Portanto, a ética no consumo está diretamente ligada à ética ambiental e também ao poder de escolha dos consumidores, isto no tocante às opções e os impactos negativos e positivos que elas tem para toda a coletividade e para a consecução de seus próprios direitos (CAVASSIM; LIMA, 2016. P. 15).

Por isso que a educação, complementada com devida informação, está diretamente ligada à ética adequada, que deve ser incentivada e obrigatória nas Instituições de Ensino aos consumidores, a fim de que o estudo da ética e sustentabilidade, por exemplo, faça parte da vida do consumidor.

A partir daí podemos exigir dos consumidores e também dos fornecedores uma ampla interpretação do princípio da ética ecologicamente ponderada, acerca da questão ambiental, especialmente, da sustentabilidade. Longe disso, o esforço torna-se sem qualquer sentido.

Outro direito tutelado pela Lei Consumerista é a proteção aos bens jurídicos invocados – como a vida, saúde e segurança – contra riscos e está diretamente relacionada com os aspectos

éticos e ambientais. De modo geral, produtos considerados perigosos para o consumidor também o são para o meio ambiente, como é o caso de produtos tóxicos e químicos. O referido inciso revela expressamente a teoria da qualidade (BENJAMIM, 2007 – p. 245), ou seja, produtos e serviços à disposição do consumidor devem trazer qualidade em relação à adequação para o consumo e à sua segurança. O descumprimento desse dever acarreta consequências jurídicas para o fornecedor, a saber, a responsabilização por vício ou defeito do produto.

A produção, o crescimento populacional, o aproveitamento das fontes de energia, o desenvolvimento de novas tecnologias e massificação da produção e do consumo, tem afetado diretamente a sustentabilidade ambiental e exposto o planeta e seus habitantes a alguns riscos que não faziam parte do cotidiano da civilização até a metade do século XX (CAVASSIM; LIMA, 2016. p. 15).

Na visão de BECK (2010, p. 23) surgem vários riscos incertos e incontroláveis provocados pelo desenvolvimento e modernização da sociedade atual, a sociedade de risco global. Trata ele também da modernização reflexiva da sociedade, alertando que:

Na sociedade de risco o reconhecimento da imprevisibilidade das ameaças provocadas pelo desenvolvimento técnico-industrial exige a auto-reflexão em relação às bases da coesão social e o exame das convenções e dos fundamentos predominantes da “racionalidade”. No autoconceito de sociedade de risco, a sociedade torna-se reflexiva, o que significa dizer que ela se torna um tema e um problema para ela própria.

Nesse cenário, vale mencionar que o CDC disciplina rigorosamente nos seus artigos 8º e 10º a colocação de produtos e serviços no mercado que tragam riscos à saúde ou à segurança do consumidor, permitindo apenas para aqueles cujos riscos

sejam considerados normais e previsíveis em função de sua natureza ou utilização.

Reitera, portanto, nesses casos, a obrigatoriedade do fornecimento de informação, ostensiva e adequada aos consumidores e também por parte dos fornecedores acerca da sua periculosidade do produto e serviços no mercado de consumo.

Neste sentido, ainda sob o aspecto ambiental, a ética deve ser vista como um dever de todos e pautada no princípio da prevenção e, no caso de mitigar riscos potenciais graves e cientificamente incertos, ambos corolários tanto do Direito Ambiental quanto do Direito do Consumidor.

O princípio da precaução, por exemplo, é um dos mais relevantes que estão inseridos no estudo do meio ambiente, diante dos riscos que se apresentam aos bens socioambientais, como também o princípio da responsabilidade compartilhada, bem como o da solidariedade, ao se falar em meios para o consumo de se tornarem ambientalmente e éticos adequados, segundo padrões de sustentabilidade.

Portanto, o direito à informação, bem como à educação tem como contrapartida o dever de informar não somente o consumidor, mas, principalmente, o fornecedor acerca da conscientização e o reconhecimento à ilicitude de sua eventual omissão quanto colocação de produtos ou serviços no mercado de consumo, sem levar em consideração à ética que dele se espera.

Faz-se, ainda, necessário destacar que a mera disposição de dados socioambientais sobre o produto, serviço ou seus resíduos não basta para o cumprimento desse dever, pois se disposto de modo estritamente técnico ou em excesso, impossibilitando a sua compreensão pelo consumidor, também haverá violação desse seu direito (MARZAGÃO, 2005, p. 200-242).

Frise-se, ainda, que a proteção conferida ao consumidor diante da oferta e da publicidade de bens e serviços, conforme estabelecido nos arts. 30 a 37 do CDC, também se aplicam no caso do marketing verde, que configura a publicidade prevista no Código de Defesa do Consumidor, o que dirá da ética?

A importância de educar o consumidor, desde jovem, quanto ao comportamento ético vinculado ao princípio informação ambiental, nos moldes do Código de Defesa do Consumidor, seja por meio de publicidade, seja por simples informação sobre o produto ou serviço, tem respaldo não apenas na observância de direitos do consumidor “ecocidadão”, como também na eficácia social da mensagem transmitida.

A ética ambiental está voltada para a busca de uma qualidade de vida melhor para a sociedade, a fim de permitir a sobrevivência de todas as espécies num ambiente sustentável. Para tanto, é imprescindível que ocorra a positivação dos valores éticos necessários para a consecução do bem estar da coletividade, assim como do papel dos cidadãos no que tange ao cumprimento dos seus deveres e responsabilidades, visando à concretização de um desenvolvimento econômico sustentável do ponto de vista ambiental, o “sociambientalismo” (CAVASSIM; LIMA, 2016. p. 11).

Portanto, educar e informar são princípios fundamentais para que se alcance a conscientização do consumidor e, principalmente, do fornecedor quanto à circulação de produtos ou serviços no mercado de consumo, bem como da aplicação da ética e seus reflexos no meio ambiente, como responsabilidade social.

3. O DIREITO À INFORMAÇÃO A PARTIR DA LEI 10.305/2010

A atual disposição do inciso VI do artigo 170 da Constituição Federal de 1988, ao elencar a defesa do meio ambiente dentre dos Princípios Gerais da Ordem Econômica, reconheceu expressamente o impacto ambiental dos processos de elaboração

de produtos e serviços, estabelecendo em sua parte dispositiva, a vinculação entre o consumo e o meio ambiente.

Com o advento da Lei 10.305/2010, criou-se a Política de Resíduos Sólidos, incluiu, conforme dispõe o artigo 3^a, X, o consumo como atividades geradoras de tais externalidades, submetendo às suas disposições.

A Lei estabeleceu que padrões sustentáveis de produção e consumo são aqueles que atendem as necessidades das atuais gerações, garantindo-lhes melhores condições de vida, sem comprometer a qualidade ambiental e ao atendimento das necessidades das gerações futuras.

Nesse contexto, estão inseridos todos os consumidores, além dos demais agentes geradores de resíduos sólidos, que tem responsabilidade pelo ciclo da vida e dos produtos e pela redução dos rejeitos e resíduos sólidos, sempre com o objetivo de minimizar os impactos que o consumo causa à sociedade humana e ao meio ambiente.

A partir daí surge a necessidade da aplicação dos princípios que norteiam a Política Nacional de Resíduos Sólidos, pela relação direta que mantém com o direito à informação, como o princípio do Desenvolvimento Sustentável, oriundo das Declarações de Estocolmo de 1972 e o princípio da Ecoeficiência que resulta da compatibilização entre o fornecimento a preços competitivos de bens e serviços qualificados que satisfaçam as necessidades humanas e tragam a qualidade de vida e a redução do impacto ambiental (REIS, SASSI E ANDRADE, 2012).

Aliás, a Lei 10.305/2010, no artigo 6^o, X, previu a tutela do direito de informação dos consumidores como um princípio fundamental, sendo, portanto, um direito da sociedade à informação e ao controle social.

Essa preocupação com o pós-consumo interessa particularmente à tutela dos direitos básicos dos consumidores (art. 6º, I, II e III, do CDC), cuja proteção da vida, saúde, bem-estar e segurança dependerá da adequada gestão de riscos diante da potencial nocividade ou periculosidade dos diferentes resíduos e rejeitos a serem gerados pela atividade de consumo, sendo essencial nesse processo que os possíveis consumidores estejam suficientemente educados, informados e esclarecidos sobre as características e riscos dos produtos e serviços ora fornecidos, inclusive sobre as condições apropriadas de descarte de seus respectivos resíduos.

Sobre estes impactos do consumismo na questão dos resíduos sólidos discorrem SINGH; CAVASSIN; POP, 2013, p, 165-167):

O consumismo é algo ignóbil, servindo para os empresários como fomento ao lucro, e para as pessoas físicas como um cano de escape para a busca da felicidade. Sabendo disso, as empresas investem importes altos em campanhas publicitárias a fim de convencer o consumidor a comprar utensílios desnecessários para a manutenção da vida, tendo como principal consequência o lixo.

Educar o consumidor é fundamental para que ele tenha plenas condições de exercer um juízo de valor ético a respeito de suas condutas, de forma que elas convirjam para a realização do bem comum. Ela é, sem dúvida, premissa tanto para que o consumidor tenha plena ciência de seus direitos, como também de seus deveres e do impacto de suas condutas no meio ambiente.

Só o consumidor consciente de seus deveres tem condições de fixar suas escolhas de forma a coibir abusos e de consumir produtos que não afetem o meio ambiente, assim como de exigir do Poder Público a adoção de condutas compatíveis com a proteção ambiental e a melhoria da qualidade de vida dos cidadãos (CAVASSIM; LIMA, 2016. p. 15).

Portanto, educar e informar são princípios fundamentais e imprescindíveis para o estudo do tema ora proposto, ou seja, a ética nas relações de consumo, bem como ao da sustentabilidade relacionado ao impacto no meio ambiente, sendo, portanto, de vital responsabilidade de todos e dos entes públicos e privados.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente artigo podemos asseverar que a epistemologia moderna, resultou no monismo metodológico e na unidisciplinariedade característicos da teoria consumerista tradicional, impossibilitando a utilização do direito à educação e da informação previsto no CDC, como instrumento de política social ambiental atrelada ao estudo e à aplicação da ética nas relações de consumo, como política de responsabilidade social.

O estudo, por sua vez, fez com que os atuais padrões de produção e consumo ultrapassassem a capacidade de resiliência do ecossistema global, afetando-lhe o equilíbrio ecológico e comprometendo a existência e o bem-estar das gerações futuras, conforme se tentou demonstrar no enfrentamento do estudo do tema sustentabilidade à luz da ética.

A partir daí emergiu a Epistemologia ético/ambiental que trouxe novos parâmetros metódico-epistemológicos para as ciências em geral, com efeitos na teoria consumerista, ao invés de conceber analítica e retrospectivamente a realidade, aborda-a de maneira sistemática e prospectiva o estudo e a aplicação da ética nas relações de consumo, como a responsabilidade social, com vistas à sua transformação na direção do equilíbrio ecológico, a partir do incentivo e obrigação da inserção do tema sustentabilidade, bem como o seu impacto no meio ambiente, a começar, necessariamente, pelas Instituições de Ensino, seja Fundamental, Médio ou Superior, como ocorreu na cidade de São José dos Campos – SP, que mantém no conteúdo programático o estudo do princípio da educação e da informação.

O saber é consciência ética/ambiental que rediscute a relação entre realidade e conhecimento, não só buscando a assimilação da realidade existente, mas orientando a construção de outra organização social que não seria a projeção para o futuro das atuais tendências.

Com o advento da Lei de Resíduos Sólidos nº10.305/2010, emergiram a sustentabilidade, a ecoeficiência e a rotulagem ambiental como princípios extensíveis ao Direito do Consumidor, que doravante deve redirecionar seus institutos jurídicos para a tutela em face do consumo que permitem a interpretação sistemática do direito básico do consumidor, inseridas num contexto quanto à necessidade da educação dos consumidores mirins e dos adultos nas Instituições de Ensino, atrelada, especialmente, ao princípio da informação, doravante harmonizado à ética/sustentabilidade e à ecoeficiência de maneira a reconstruí-lo também como instrumento de política ambiental capaz de diminuir a assimetria de informações entre fornecedores e consumidores.

Portanto, o enfrentamento do estudo da ética, atrelado à conscientização dos consumidores/fornecedores nas relações de consumo, como responsabilidade social, apenas abre a discussão, já que o intuito foi chamar a atenção dos operadores do direito quanto a importância do tema que é grande relevância e merece ser tratado de forma especial, quer seja em cartilhas, simpósios, Instituições de Ensino, doutrina e no Judiciário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza. **A Compra Responsável e a Prevenção de Resíduos Domésticos**. in: conferência nacional sobre a qualidade do ambiente, 6, Lisboa, 1999. actas. lisboa: universidade nova de lisboa, 1999.

BEGA. Patricia Fernandes. **O agir ético na sociedade de consumo como desafio à atividade**. p.456

BENJAMIN, antonio Herman, Cláudia Lima Marques; Bruno Miragem,. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: ed. rt,2010.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 23.

BRASIL. Lei n.º 12.305, de 02 ago. 2010. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em: 19 de setembro de 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 out. de 1988. Disponível em: . Acesso em: 19 de setembro de 2016.

_____. Lei n.º 8.078, de 11 set. 1990. Dispõe sobre a proteção ao consumidor e dá out r a s p r o v i d ê n c i a s . Disponível em : . Acesso em: 19 de setembro de 2016.

CAVASSIN. Marcus Venício. **LIMA**. Sandra Maria Maciel. **A ética no consumo: o papel do estado e os deveres do consumidor na sociedade contemporânea**. 2016, p. 15

CABETTE, Eduardo Luiz. **Âmbito Jurídico**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/aj/dp0025.htm> (28/11/2011)

CAMPOS, Marco Antônio Lopes. **A busca pelo direito na sociedade de risco**: uma estrada com destino ao bem comum e ao estado ético. **Revista de Direito Privado**, São Paulo: RT, ano 12, n. 47, jul/set, p. 85-105, 2011, p.

101-102

DELBOS, Victor. **La Philosophie pratique de Kant**. 3º ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1969, p.580

FILOMENO. José Geraldo Brito. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 9ª ed. – Rio de Janeiro – Forense Universitária, 2007.

KANT, Emmanuel. **Idéia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita.** Organização Ricardo R. Terra. Tradução Rodrigo Naves. 2ª Ed. Martins Fontes, 2004, p. 18

KNOERR. Viviane Coelho de Sellos, **O agir ético na sociedade de consumo como desafio à atividade empresarial**, p. 456.

MAFATTI. Alexandre David. Direito-Informação no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Alfabeto Jurídico, 2003.

MARZAGÃO, Nelcina C. de O. Tropardi. Da informação e dos efeitos do excesso de informação no Direito do consumidor. 2005. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

PEREIRA, Maria Marconiete Fernandes (Org.). Direito Econômico da energia e do Desenvolvimento: ensaios interdisciplinares. São Paulo: Conceito, 2012. p. 99-115.

REIS, André Luiz Queiroga; **SASSI**, Roberto; **ANDRADE**, Maristela Oliveira de. **Considerações e Reflexões sobre o Termo Sustentabilidade**. In: FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer;

RIBEIRO, Alfredo Rangel. Consumo, Informação e Sustentabilidade Artigo Acadêmico– 2013. 154 **SOUZA**. Silvia Betinassi Martis. Consumo Sustentável, acesso à informação e à Tutela do Meio Ambiente. São Paulo, Editora Fiuza, 2008.

NOTAS:

[1] Palavra que vem do grego Ethikós, é arte de tornar bom aquilo que é feito (*operatum*) e o que faz (*operantem*). Os antigos gregos e romanos tinham princípios que permeavam as ações de cada cidadão: viver honestamente, o que significa comportar-se na sociedade com lealdade e retidão, não causar danos aos outros e dar a cada um o que é seu. – Direito do Consumidor - Ética no Consumo – p. 56

[2] www.akatu.com.br , acessado em 28.11.2016

Sexta, 28 de Abril de 2017 04h30

DIREITO ELEITORAL E A PARTICIPAÇÃO FEMININA NA POLÍTICA: COMO MELHORAR O QUADRO ATUAL

ANNA BEATRIZ PINHEIRO DE SOUZA ABREU:
Graduanda no curso de Direito da Universidade
de Brasília - UNB.

1. INTRODUÇÃO

O objeto de estudo do presente artigo é a análise da trajetória da mulher brasileira na política, perpassando seus antecedentes históricos, entraves e problemáticas e eventuais soluções para uma maior participação feminina no sistema político brasileiro.

Inicialmente, serão apresentadas considerações breves sobre a trajetória da mulher brasileira na política, bem como seu direito ao voto.

Os últimos oitenta anos foram decisivos para uma participação mais efetiva das mulheres na esfera pública. No entanto, apesar de terem conquistado o direito de votar e de serem votadas, ainda representam a minoria no comando da política.

Enquanto no Brasil as mulheres compõem 51,4%^[1] da população total, na Câmara só foram eleitas 51 deputadas mulheres, somando aproximadamente 10% do total de eleitos. Esses dados explicitam o fato de que o corpo de representantes políticos difere demasiadamente do escopo populacional brasileiro, nos levando à seguinte reflexão: quem o Congresso Nacional representa verdadeiramente? Assim, será analisado o cerne dessa problemática e o motivo por trás dos pontos elencados.

Por fim, pretende-se ainda explanar os avanços e soluções já alcançados pelas mulheres no âmbito do sistema político brasileiro, bem como políticas públicas efetivas do sistema eleitoral.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

O movimento sufragista brasileiro iniciou-se em 1910, com a fundação do Partido Republicado Feminino. Porém, manifestações mais

intensas só ocorreram em 1919, quando a bióloga Bertha Lutz fundou a Liga pela Emancipação Intelectual da Mulher. Em 1922, foi transformada em Federação Brasileira pelo Progresso Feminino, desenvolvendo uma importante campanha para que se fosse implantado os direitos eleitorais e políticos da mulher. Em 1928, o direito de voto das mulheres foi conquistado no Rio Grande do Norte e depois estendido a nove estados brasileiros, até que, em 1932, foi incorporado ao Código Eleitoral e, em 1934, à Constituição Brasileira. (PIOVESAN, 2011)

No ano de 1980 o movimento feminista tomou novos rumos. A volta à normalidade política levou as militantes feministas, a se dividirem entre o PMDB – Partido do Movimento Democrático Brasileiro e o PT – Partido dos Trabalhadores. Com o processo de redemocratização surgia uma nova divisão entre as feministas: de um lado as que lutavam pela institucionalização do movimento e por uma aproximação da esfera estatal e as autonomistas, que viam essa aproximação como uma agregação.

3. ENTRAVES E PROBLEMÁTICAS

É importante destacar que, embora tenham ocorrido diversos avanços em relação ao direito das mulheres, diversos fatores contribuem para a permanência do mito de que as mulheres são naturalmente inadequadas à esfera pública. A ideia é a de que o ser feminino deve preocupar-se prioritariamente com a proteção do ambiente privado, enquanto homens detém controle sobre as duas esferas, perpetuando tal posição privilegiada.

A divisão sexual do trabalho é essencial para a manutenção do controle dessas esferas. As mulheres são enxergadas como responsáveis pela esfera doméstica e pela reprodução, enquanto os homens são sempre associados a noções de política e economia.

Até mesmo as feministas do século XIX utilizam como argumento para a inserção da mulher em espaços públicos e o direito à educação e ao sufrágio, o fortalecimento das relações domésticas e a introdução da sensibilidade (que seria exclusivamente feminina) na esfera pública. A permanência da simplificação da problemática de gênero na dicotomia

público-doméstico e a separação dogmática dessas áreas permite que se continue ignorando a natureza política da família, do ambiente privado e da mulher. A última, deixando de participar de espaços político-institucionais não por falta de capacidade ou vontade, mas pela manutenção da ordem social que se moldou para evitar o encontro do feminino com a esfera pública. (OKIN, 2008)

Para os defensores das ações afirmativas, é preciso combater esse desequilíbrio por meio de políticas compensatórias que acelerem a igualdade de fato, ou seja, com medidas voltadas para a promoção da mulher enquanto sujeito político. No entanto, é importante ressaltar que o cerne das dificuldades femininas na política vai além de estruturas partidárias.

A plena participação da mulher na vida política e a erradicação de todas as formas de discriminação baseadas no sexo devem constituir objetivos prioritários da comunidade internacional. Segundo a Deputada Federal Luiza Erundina, existe um componente cultural, intrínseco à educação familiar, religiosa e até mesmo escolar das mulheres. Elas não são educadas para ocupar espaços públicos, mas sim o ambiente privado, acabando por exercerem preconceito contra si mesmas, tendo preferência por candidatos masculinos.

Mesmo que todos aqueles que sigam os critérios de elegibilidade possam concorrer, há igualdade de condições na concorrência eleitoral? É importante ressaltar que o que está sendo contestado não é a questão dos direitos formais. O que se questiona é quais são as desigualdades que vão para além da igualdade formal, que fazem com que o corpo de representantes seja diferente do corpo social. Essa discrepância representativa é sistemática e vem se reproduzindo de acordo com o tempo, sendo vazia a argumentação de mera aleatoriedade nas escolhas. Esse padrão indica que mulheres são excluídas como um grupo geral, não são analisadas por conta de suas capacidades pessoais e individuais, acarretando em sua exclusão da política.

A ausência de mulheres no corpo político serve como uma espécie de mensagem simbólica, dizendo que aquele espaço não as pertence.

Além disso, cabe ressaltar que experiências pessoais tem relevância para a definição de nossos interesses políticos. Ou seja, dificilmente um homem chega a levantar demandas femininas, justamente por questões de alteridade. É partindo da nossa posição na sociedade que temos determinada visão de mundo, e quando um grupo é sistematicamente excluído da política, conseqüentemente essas vivências são excluídas da agenda. Logo, o espaço político é masculino não só porque esse grupo é preponderante, mas porque é um espaço construído pelas práticas e vivências masculinas, o que limita a entrada das mulheres.

As mulheres que desde sempre foram excluídas do espaço político e marcadas historicamente como negativas ao campo ainda passam por grandes percalços mesmo com o ganho de direitos e a possibilidade de serem equiparadas aos homens.

Ao ressaltarem em seus discursos questões de gênero e seu local de fala, incorrem no risco de perderem votos por não acharem que a ela lhe cabe o espaço além de estereótipos preconceituosos. Quando eleitas, o gênero acaba passa a virar um fator limitante na carreira, deixando de ser ouvidas pelos próprios parlamentares e são negligenciadas no espaço que é masculinizado desde sua origem. A outra opção é a aderência das mulheres às características do campo, passando a atuar da maneira proposta pelo espaço político (jogando as regras do jogo), continuando a reproduzir a desigualdade do sistema.

A partir dessa problemática podemos traçar o seguinte pensamento: Será que a representatividade feminina realmente é efetiva quanto à defesa do direito das mulheres e outros assuntos concernentes? Diagnosticar que a ausência de mulheres é sistemática é algo fácil, o maior problema é saber se a presença das mulheres realmente levará à política os interesses considerados femininos, justamente por ser um fator subjetivo e não numérico.

A entrada das mulheres na política e na esfera pública ocorre, mas desde o começo em posição de desvantagem. As mulheres entram no mundo do trabalho industrial sem serem cidadãs da mesma forma que os

homens do ponto de vista da cidadania política (possibilidade de fazer valer seus interesses na esfera pública política).

4. AVANÇOS E SOLUÇÕES

Pode-se destacar como um dos avanços o fato de as mulheres, depois de terem conquistado os seus direitos políticos, não sofrerem qualquer limitação para exercê-los, podendo fazê-lo em sua capacidade ativa (como eleitora) e ou em sua capacidade passiva (como candidata). Tal fato se deve, em parte, ao cumprimento da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, que foi ratificada pelo Brasil em 1984, a qual determina, em seu artigo 7º, que os Estados-Partes devem implementar medidas adequadas que busquem eliminar a discriminação contra a mulher na vida política e pública daquele país e garantam o direito de votar e ser votada em igualdade de condições com os homens nas eleições. (ARAÚJO, 2011)

Além disso, que elas possam participar na elaboração e execução de políticas governamentais, como também o direito de participar de organizações (governamentais e não-governamentais) que se encarregam da vida política e pública do país.

Vê-se a cada eleição, um aumento tanto no número de mulheres que disputam as vagas para os cargos públicos quanto para o número de candidatas eleitas, embora o aumento na ocupação das vagas pelas mulheres ainda seja pequeno.

Para citar um exemplo disso, segundo o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), para os cargos do Poder Legislativo, houve um aumento expressivo (88,77%) no número de candidatas que participaram da disputa eleitoral em 2014 em relação a 2010 (de 935 para 1765 candidatas), bem como ocorreu um aumento de 13,33% na ocupação das vagas da Câmara dos Deputados (de 45 mulheres eleitas em 2010 para 51 mulheres eleitas em 2014^[2]). Já em relação ao Poder Executivo, em 2010 tivemos a primeira mulher no cargo de Presidente, Dilma Rousseff, vindo a ser reeleita em 2014.

O exposto acima se deve a edição da Lei nº 12.034 (2009), a qual especifica que não deve ocorrer pelos partidos ou coligações apenas a reserva de vagas para as candidaturas aos cargos eleitos pelo sistema proporcional com no mínimo de 30% e o máximo de 70% de candidaturas de cada sexo, conforme proposto na Lei nº 9.504 (1997), mas essas, obrigatoriamente, devem ser preenchidas desse modo.

Tais normas estão em conformidade com a Convenção já citada, que estabelece não apenas o dever do Estado de proibir a discriminação, como também o dever de promover a igualdade, por meio de ações afirmativas. Estas ações devem ser aplicadas temporariamente e possuem por objetivo promover de modo mais rápido a igualdade entre o homem e a mulher na vida política, segundo o artigo 4º da Convenção. Vale realçar que a legislação das cotas está associada à campanha “Mulheres sem Medo do Poder”, desenvolvida pela bancada feminina do Congresso Nacional, apoiada pelo Conselho Nacional dos Direitos da Mulher e pelo movimento de mulheres.

Uma das soluções para corrigir a discrepância que ainda há na participação feminina em relação à masculina seria a punição com sanções ou multa ao partido ou à coligação que não cumpra a determinação proposta pela Lei nº 12.034, já citada. O que propiciaria, forçosamente, uma maior participação das mulheres no parlamento brasileiro.

Neste momento, merece destaque o fato de que a pauta sobre o aumento da participação feminina está tendo uma “janela de oportunidade” com as discussões sobre a Reforma Política. Segundo o cientista político Jairo Nicolau, uma das mudanças propostas seria a adoção do sistema de lista fechada para a distribuição das cadeiras.

Ao realizar a eleição para os cargos do sistema proporcional por esse tipo de lista, a obrigatoriedade de no mínimo 30% e no máximo 70% de candidaturas de cada sexo terá de ser aplicada para a sua elaboração. Isso já é aplicado em outros países e gerou um aumento significativo na ocupação das vagas como, por

exemplo, na Argentina (passou de 6% para 38%) e na Costa Rica (passou de 14% para 36%).

Está havendo um movimento de maior conscientização, tanto da sociedade como das próprias mulheres, sobre a importância do aumento da participação da mulher na política, isso deve ser reforçado por meio de campanhas e dentro dos partidos.

Hoje elas são maioria entre os filiados dos partidos e essa participação só deve crescer. Ainda, segundo um realizado pelo Instituto Patrícia Galvão^[3], 78% das pessoas dentre as pessoas que o Instituto entrevistou são favoráveis ao percentual de 50% de candidaturas entre ambos os sexos pelos partidos, ou seja, a sociedade também é favorável a uma maior presença feminina neste seguimento, nada mais justo àquelas que são quase 52% dos eleitorado desse país.

Diante do exposto, é possível afirmar que, dentre as soluções apresentadas, aquela que poderá gerar uma mudança mais efetiva a curto prazo é a reforma política. Espera-se que seja realizada não só para reformular o sistema eleitoral como também para fazer justiça social, pois, não haverá verdadeiramente democracia enquanto as mulheres não estiverem mais presentes nos espaços de poder e tomada de decisão, deixem de ser minoria, mesmo compondo a maioria da população.

5. BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO, Clara. As Mulheres e o Poder Político – Desafios para a Democracia nas Próximas Décadas. In: **O Progresso das Mulheres no Brasil 2003 – 2010**. Rio de Janeiro: CEPIA; Brasília: ONU Mulheres, 2011; pág. 90 - 136. Disponível no site - <http://www.unifem.org.br/sites/700/710/progresso.pdf>

NICOLAU, Jairo. **O sistema eleitoral brasileiro**. Pág. 293 – 300.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos, Cíveis e Políticos: A Conquista da Cidadania Feminina. In: **O Progresso das Mulheres no Brasil 2003 – 2010**. Rio de Janeiro: CEPIA; Brasília: ONU Mulheres, 2011; pág. 58 - 89. Disponível no site - <http://www.unifem.org.br/sites/700/710/progresso.pdf>

Construindo a perspectiva de gênero na legislação e nas políticas públicas. Cadernos 12: Estudos de Gênero, CFêmea, Goiânia, p. 99-112, 2003

VAZ, Gislene. **A Participação da mulher na política brasileira: a lei das cotas.** Monografia apresentada para o curso de Especialização em Processo Legislativo. Câmara dos Deputados. 65fl. 2008

OKIN, Susan: “Gênero, o público e o privado”. Revista Estudos Feministas, n. 16, vol. 2, 2008; pp. 305 - 332.

NOTAS:

[1] Disponível em:
<http://brasilemsintese.ibge.gov.br/populacao/distribuicao-da-populacao-por-sexo.html> Acesso em 15 de março de 2017.

[2] Disponível em: <http://www.tse.jus.br/noticias-tse/2014/Outubro/eleicoes-2014-numero-de-deputadas-federais-cresce-13-33-em-relacao-a-2010>. Acesso em 10 de março de 2017.

[3] Material on-line **Mais Mulheres na política** - Instituto Patrícia Galvão. Disponível em http://agenciapatriciagalvao.org.br/wpcontent/uploads/2013/07/mais_mulheres_politica.pdf

APONTAMENTOS AO ZONEAMENTO ECOLÓGICO-ECONÔMICO: COMENTÁRIOS INAUGURAIS AO DECRETO Nº 4.297/2002

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

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

Palavras-chaves: Meio Ambiente. Zoneamento Ecológico-Econômico. 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 proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF, “*o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza*”². Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz, justamente, na

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 18 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

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,

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 18 dez. 2015.

³ VERDAN, 2009, s.p.

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 humanidade⁵. 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

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 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.

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

⁶ BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 18 dez. 2015.

prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível⁷.

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

7 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense N° 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei N° 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 18 dez. 2015.

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

Constituição de 1988, emerge com um claro e tangível aspecto de familiaridade, como ápice da evolução e concretização dos direitos fundamentais.

2 Comentários à concepção de Meio Ambiente

Em uma primeira plana, ao lançar mão do sedimentado jurídico-doutrinário apresentado pelo inciso I do artigo 3º da Lei Nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981, 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, Fiorillo¹¹, ao tecer comentários acerca da aceção conceitual de meio ambiente, coloca em destaque que tal tema se assenta em um

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 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.

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°. 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 Federal¹².

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

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: <www.stf.jus.br>. Acesso em 18 dez. 2015.

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 1988¹⁴ 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

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 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*”.

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 Humanidade¹⁵.

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: <www.stf.jus.br>. Acesso em 18 dez. 2015.

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

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

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

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

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

No que concerne ao meio ambiente natural, cuida salientar que tal faceta é descrita como ambiente natural, também denominado de físico, o qual, em sua estrutura, agasalha os fatores abióticos e bióticos, considerados como recursos ambientais. Nesta esteira de raciocínio, oportunamente, cumpre registrar, a partir de um viés jurídico, a acepção do tema em destaque, o qual vem disciplinado pela Lei Nº. 9.985, de 18 de Julho de 2000, que regulamenta o art. 225, §1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências, em seu artigo 2º, inciso IV, frisa que “*recurso ambiental: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora*”¹⁶. Nesta esteira, o termo *fatores abióticos* abriga a atmosfera, os elementos afetos à biosfera, as águas (inclusive aquelas que se encontram no mar territorial), pelo solo, pelo subsolo e pelos recursos minerais; já os fatores bióticos faz menção à fauna e à flora, como bem assinala Fiorillo¹⁷. 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,

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.

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

Os recursos naturais não-renováveis fazem menção àqueles que não logram êxito na renovação ou, ainda, quando conseguem, esta se dá de maneira lenta em razão dos aspectos estruturais e característicos daqueles, como se observa no petróleo e nos metais em geral. Por derradeiro, os denominados recursos inesgotáveis agasalham aqueles que são “infundáveis”, 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 publicidade¹⁹.

19 BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 18 dez. 2015.

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

20 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 3.540. Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Necessidade de impedir que a transgressão a esse direito faça irromper, no seio da coletividade, conflitos intergeracionais - Espaços territoriais especialmente protegidos (CF, art. 225, § 1º, III) - Alteração e supressão do regime jurídico a eles pertinente - Medidas sujeitas ao princípio constitucional da reserva de lei - Supressão de vegetação em área de preservação permanente - Possibilidade de a administração pública, cumpridas as exigências legais, autorizar, licenciar ou permitir obras e/ou atividades nos espaços territoriais protegidos, desde que respeitadas, quanto a estes, a integridade dos atributos justificadores do regime de proteção especial - Relações entre economia (CF, art. 3º, II, c/c o art. 170, VI) e ecologia (CF, art. 225) - Colisão de direitos fundamentais - Critérios de superação desse estado de tensão entre valores constitucionais relevantes - Os direitos básicos da pessoa humana e as sucessivas gerações (fases ou dimensões) de direitos (RTJ 164/158, 160-161) - A questão da precedência do direito à preservação do meio ambiente: uma limitação constitucional explícita à atividade econômica (CF, art. 170, VI) - Decisão não referendada - Consequente indeferimento do pedido de medida cautelar. a preservação da integridade do meio ambiente: expressão constitucional de um direito fundamental que assiste à generalidade das pessoas. - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. Doutrina. A atividade econômica não pode ser exercida em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente. - A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a "defesa do meio ambiente" (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde,

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

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.

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 3º²¹, 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

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: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 18 dez. 2015.

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.

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

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: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 18 dez. 2015.

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. 1223, 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

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: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 18 dez. 2015.

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: <<http://www.planalto.gov.br>>. 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: <<http://www.planalto.gov.br>>. 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: <<http://www.planalto.gov.br>>. 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: <<http://www.planalto.gov.br>>. 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: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 18 dez. 2015.

_____. **Ministério do Meio Ambiente.** Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/biomas/caatinga>>. Acesso em 18 dez. 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 18 dez. 2015.

_____. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região.** Disponível em: <www.trf2.jus.br>. 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: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. 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.

Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.5889821>

MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Disponível em: <www.tjmg.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: <www.tjrs.jus.br>. 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: <http://jornal.jurid.com.br>. Acesso em 18 dez. 2015.

APONTAMENTOS AO ZONEAMENTO ECOLÓGICO-ECONÔMICO: COMENTÁRIOS INAUGURAIS AO DECRETO Nº 4.297/2002

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 Ecológico-Econômico. 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 almiré, lançando à tona os aspectos característicos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com ênfase, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, infere-se que não mais prospera o arcabouço imutável que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática.

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

afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras em que o homem valorizava a Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Ademais, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, precipuamente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral voto proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF, “*o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza*”^[2]. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz, justamente, na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais e os institutos jurídicos neles consagrados.

Ainda neste substrato de exposição, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de 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 faz menção à fauna e à flora, como bem assinala Fiorillo [17]. Em razão da complexa interação entre os fatores abióticos e bióticos que ocorre o fenômeno da homeostase, consistente no equilíbrio dinâmico entre os seres vivos e o meio em que se encontram inseridos.

Consoante Rebello Filho e Bernardo, o meio ambiente natural “é constituído por todos os elementos responsáveis pelo equilíbrio entre os seres vivos e o meio em que vivem: solo, água, ar atmosférico, fauna e flora” [18]. Nesta senda, com o escopo de fortalecer os argumentos apresentados, necessário se faz colocar em campo que os paradigmas que orientam a concepção de 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 é 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 Nº. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ag. 2009. Disponível em: . Acesso em 18 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 N°. 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 18 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 metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Necessidade de impedir que a transgressão a esse direito faça irromper, no seio da coletividade, conflitos intergeracionais - Espaços territoriais especialmente protegidos (CF, art. 225, §1º, III) - Alteração e supressão do regime jurídico a eles pertinente - Medidas sujeitas ao princípio constitucional da reserva de lei - Supressão de vegetação

em área de preservação permanente - Possibilidade de a administração pública, cumpridas as exigências legais, autorizar, licenciar ou permitir obras e/ou atividades nos espaços territoriais protegidos, desde que respeitada, quanto a estes, a integridade dos atributos justificadores do regime de proteção especial - Relações entre economia (CF, art. 3º, II, c/c o art. 170, VI) e ecologia (CF, art. 225) - Colisão de direitos fundamentais - Critérios de superação desse estado de tensão entre valores constitucionais relevantes - Os direitos básicos da pessoa humana e as sucessivas gerações (fases ou dimensões) de direitos (RTJ 164/158, 160-161) - A questão da precedência do direito à preservação do meio ambiente: uma limitação constitucional explícita à atividade econômica (CF, art. 170, VI) - Decisão não referendada - Consequente indeferimento do pedido de medida cautelar. 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 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.

DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL NAS RELAÇÕES NEGOCIAIS GARANTIDAS POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

EDUARDO SILVA LEMOS: Advogado.
Bacharel em direito pela Faculdade
Unyahna de Salvador/BA.

1. INTRODUÇÃO:

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), por meio de recentes decisões proferidas em sede de Recurso Especial, modificou o seu entendimento, e proclamou tese favorável à inaplicabilidade da Teoria do Adimplemento Substancial nos contratos regidos pelo Decreto-Lei n. 911/69 com as alterações introduzidas pela Lei n. 13.043/2014, à luz dos artigos 421 e 422 do Código Civil favoráveis ao credor fiduciário.

O entendimento o STJ até o início do ano de 2017 era no sentido de permitir a aplicação da mencionada teoria nas relações contratuais garantidas por cláusula de alienação fiduciária, desde que fosse amortizado considerável valor da dívida, oportunidade na qual poderia o devedor postular pela aplicação da demanda menos prejudicial.

2. TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL NOS CONTRATOS REGIDOS PELO DECRETO-LEI 911/69

A chamada Teoria do Adimplemento Substancial tem sido bastante discutido no âmbito dos Tribunais Estaduais do nosso país, o qual garante ao devedor, que tem o seu débito judicializado pelo credor, a prerrogativa de pleitear perante o Poder Judiciário que a demanda contra si intentada lhe seja a menos gravosa possível.

No entanto, a aplicação da referida Teoria não é indistinta. O entendimento jurisprudencial e doutrinário é no sentido de permitir que o direito ao devedor em obter o benefício apenas quando está diante de uma pequena dívida em aberto, em se comparado com a totalidade do negócio jurídico realizado.

Significa dizer que apenas se aplicar-se-á o direito ao devedor requerer a extinção ou modificação da demanda contra si intentada, unicamente nos casos de baixa representatividade da dívida perseguida.

Nesse sentido, além de prescindir da provocação de uma das partes do processo, há a necessidade do julgador analisar o caso específico à luz dos princípios da função social do contrato, bem como os da probidade e boa-fé, estabelecidos nos arts. 421 e 422 ambos do Código Civil de 2002.

Em determinados casos, o entendimento é no sentido de não se poder exigir o bem dado em garantia para o cumprimento da avença principal, se o percentual devido for demasiadamente insignificante.

A grande problemática instalada no cenário nacional amolda-se acerca da vasta e indistinta interpretação conferida ao que se refere este montante insignificamente devido, especialmente nas relações negociais regidas pelo Decreto-Lei n. 911/69, que estabelece as normas de processo sobre alienação fiduciária.

O referido Decreto-Lei 911/69, em seus artigos 2º, § 3º, 3º, § 2º, dispõem o seguinte:

Art. 2º No caso de inadimplemento ou mora nas obrigações contratuais garantidas mediante alienação fiduciária, o proprietário fiduciário ou credor poderá vender a coisa a terceiros, independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, salvo disposição expressa em contrário prevista no contrato, devendo aplicar o preço da venda no pagamento de seu crédito e das despesas decorrentes e entregar ao devedor o saldo apurado, se houver, com a devida prestação de contas. ([Redação dada pela Lei nº 13.043, de 2014](#))

(...)

§ 3º A mora e o inadimplemento de obrigações contratuais garantidas por alienação fiduciária, ou a ocorrência legal ou convencional de algum dos casos de antecipação de vencimento da dívida facultarão

ao credor considerar, de pleno direito, vencidas tôdas as obrigações contratuais, independentemente de aviso ou notificação judicial ou extrajudicial

Art. 3º O proprietário fiduciário ou credor poderá, desde que comprovada a mora, na forma estabelecida pelo § 2º do art. 2º, ou o inadimplemento, requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, podendo ser apreciada em plantão judiciário. [\(Redação dada pela Lei nº 13.043, de 2014\)](#)

(...)

§ 2º No prazo do § 1º, o devedor fiduciante poderá pagar a integralidade da dívida pendente, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre do ônus.

Consoante legislação supramencionada, nos casos de inadimplemento das obrigações contratuais garantidas mediante alienação fiduciária, poderá o credor valer-se da Ação de Busca e Apreensão, cuja decisão que ordenará a apreensão do veículo objeto da garantia será deferida liminarmente.

Observa-se que o mencionado Decreto-Lei, cujas alterações foram dadas pela Lei 13.043/2014, em momento algum limita ao credor fiduciário o direito de aplicar as normas apresentadas nos artigos 2º, § 3º, 3º, § 2, levando-se à conclusão que a fiduciante poderá efetuar a recuperação do bem, mesmo se o devedor estiver em mora em apenas à última parcela.

No entanto, a Teoria do Adimplemento Substancial vem sido aplicada nas relações regidas pelo Decreto-Lei 911/69, pelos Tribunais do país, o que vem causando uma verdadeira insegurança jurídica no cenário nacional.

Tem sido preocupante a incerteza instalada pela referida teoria, pairando dúvidas acerca de qual o percentual mínimo para

os Magistrados aplicarem nos contratos garantidos por alienação fiduciária (1), ou se a mesma é ou não aplicável à espécie (2).

2.1 DO INDISTINTO ENTENDIMENTO ACERCA DO PERCENTUAL MÍNIMO

Em atenção ao percentual mínimo, a jurisprudência abaixo transcrita revela que um mesmo Tribunal de Justiça, possui entendimento distinto acerca do valor mínimo para aplicar a Teoria do Adimplemento Substancial.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. NÃO PAGAMENTO DE CERCA DE 15% DAS PARCELAS CONTRATUAIS. CUMPRIMENTO DE QUASE 85%. INCIDÊNCIA DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. DEVIDA AÇÃO DE COBRANÇA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. No caso, registre-se a possibilidade de ser aplicada a teoria do adimplemento substancial, como feito pelo juiz de 1º grau, segundo a qual nas hipóteses em que a extinção da obrigação pelo pagamento esteja muito próxima do final, é de ser negada a resolução do contrato, devendo o credor obter o saldo devedor por meio da devida ação de cobrança, sendo, portanto, inadequada a interposição de ação de busca e apreensão.

2. Na hipótese, o Apelante fundamentou sua insurgência na impossibilidade de cumprimento da sentença, restituindo-se o automóvel ao Réu, informando já ter sido vendido o mesmo. Certo é que a possibilidade ou não de cumprimento da obrigação de fazer estabelecida na sentença, não enseja a reforma da sentença, pois a consequência da impossibilidade da restituição do automóvel

(impossibilidade da tutela específica), acarreta tão somente, a conversão da obrigação de fazer em perdas e danos, na forma do art. 461, §§ 1º e 2º, do CPC, (Classe: Apelação, Número do Processo: 0504603-13.2014.8.05.0080, Relator(a): Pilar Celia Tobio de Claro, Primeira Câmara Cível, Publicado em: 19/04/2017)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO COM PEDIDO DE LIMINAR. CONTRATO DE FINANCIAMENTO COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. INADIMPLÊNCIA. MORA DO DEVEDOR. NOTIFICAÇÃO. VALIDADE. COMPROVAÇÃO. MORA DO CREDOR. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. PAGAMENTO DE 68,75% DAS PARCELAS. TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO, NA ESPÉCIE. BUSCA E APREENSÃO. DEFERIMENTO. AVALIAÇÃO/ALIENAÇÃO DO BEM. SALDO EM FAVOR DO DEVEDOR. RESTITUIÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. APELO IMPROVIDO.

Em contratos de financiamento com garantia fiduciária, uma vez incorrendo o devedor-alienante em inadimplência e comprovada a mora, o credor-fiduciário está autorizado a buscar o bem.

É válida a notificação realizada por Cartório de Comarca diversa daquela em que o devedor-alienante tem seu domicílio.

Não comprovada a onerosidade excessiva, resta descaracterizada a mora do credor.

O pagamento de apenas 68,75% das parcelas do financiamento não pode ser considerado como adimplemento substancial da obrigação, teoria que

não se aplica aos contratos celebrados com alienação fiduciária em garantia.

Deferida a busca e apreensão e consolidada a propriedade do bem em nome do credor-fiduciário, deve-se proceder à avaliação do veículo ou sua alienação, garantindo ao devedor-alienante o direito à restituição dos valores apurados que (e se) forem superiores à dívida.

Sentença mantida. Apelo improvido.

(Classe: Apelação, Número do Processo: 0804925-23.2015.8.05.0274, Relator(a): Telma Laura Silva Britto, Terceira Câmara Cível, Publicado em: 12/04/2017)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. DEFERIMENTO DO PEDIDO LIMINAR FORMULADO PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL. APLICABILIDADE. POSSIBILIDADE DIANTE DO CUMPRIMENTO DE GRANDE PARTE DO CONTRATO. AGRAVO PROVIDO. DECISÃO REFORMADA.

1. A situação fática posta a acerto reclama uma análise mais parcimoniosa da questão, à luz da teoria do adimplemento substancial e da dignidade da pessoa humana, devendo ser reconhecida com cautela, sobretudo quando evidente o desequilíbrio financeiro entre as partes contratantes, como na hipótese.

2. Ademais, deve-se levar em consideração não só a inadimplência em si, mas também o cumprimento da avença durante a normalidade

contratual, sendo que, a partir dessa análise, entre adimplemento e inadimplemento deve o Juiz aferir a legitimidade da resolução do contrato, com base nos princípios

da função social e da boa-fé objetiva, os quais servem de sustentáculo de todo o nosso ordenamento jurídico.

3. *In specie*, resta configurado o adimplemento substancial do contrato, de um total que corresponde a 63% do valor total do débito, não se mostrando razoável a busca e apreensão do bem, devendo o credor, caso haja parcelas não quitadas ao final do contrato, perseguir o crédito através de ação de cobrança.

4. Recurso provido.

(Classe: Agravo de Instrumento, Número do Processo: 0021593-17.2016.8.05.0000, Relator(a): Marcia Borges Viana, Quinta Câmara Cível, Publicado em: 15/02/2017)

As ementas dos Acórdãos acima transcritos, todos proferidos pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, evidenciam a verdadeira insegurança existente em razão da duvidosa aplicação da referida teoria.

Enquanto que o mesmo Tribunal entende que o percentual de 68,75% de amortização das parcelas do financiamento não pode ser considerado como adimplemento substancial da obrigação, outro julgado entende que apenas 63% do valor total do débito adimplido, aplica-se a referida Teoria dasubstancial performance, e extingue a ação de busca e apreensão, ou seja, em percentual inferior à decisão que não a aplicou!

A mesma problemática estava instaurada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, como se vê no julgamento do RESP nº 1.051.270, que entende pela aplicação da teoria a partir do percentual de 86%, enquanto que o RESP nº 272739 entende pela aplicação se houver sido inadimplido apenas a última parcela:

DIREITO CIVIL. CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL PARA AQUISIÇÃO DE VEÍCULO (LEASING). PAGAMENTO DE TRINTA E UMA DAS TRINTA E SEIS PARCELAS DEVIDAS. RESOLUÇÃO DO CONTRATO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. DESCABIMENTO. MEDIDAS DESPROPORCIONAIS DIANTE DO DÉBITO REMANESCENTE. APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL.

1. É pela lente das cláusulas gerais previstas no Código Civil de 2002, sobretudo a da boa-fé objetiva e da função social, que deve ser lido o art. 475, segundo o qual "[a] parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos".

2. Nessa linha de entendimento, a teoria do substancial adimplemento visa a impedir o uso desequilibrado do direito de resolução por parte do credor, preterindo desfazimentos desnecessários em prol da preservação da avença, com vistas à realização dos princípios da boa-fé e da função social do contrato.

3. No caso em apreço, é de se aplicar a da teoria do adimplemento substancial dos contratos, porquanto o réu pagou: "31 das 36 prestações contratadas, 86% da obrigação total

(contraprestação e VRG parcelado) e mais R\$ 10.500,44 de valor residual garantido". O mencionado descumprimento contratual é inapto a ensejar a reintegração de posse pretendida e, conseqüentemente, a resolução do contrato de arrendamento mercantil, medidas desproporcionais diante do substancial adimplemento da avença.

4. Não se está a afirmar que a dívida não paga desaparece, o que seria um convite a toda sorte de fraudes. Apenas se afirma que o meio de realização do crédito por que optou a instituição financeira não se mostra consentâneo com a extensão do inadimplemento e, de resto, com os ventos do Código Civil de 2002. Pode, certamente, o credor valer-se de meios menos gravosos e proporcionalmente mais adequados à persecução do crédito remanescente, como, por exemplo, a execução do título.

5. Recurso especial não conhecido.

(REsp 1051270/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/08/2011, DJe 05/09/2011)

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. Busca e apreensão. Falta da última prestação.

Adimplemento substancial.

O cumprimento do contrato de financiamento, com a falta apenas da última prestação, não autoriza o credor a lançar mão da ação de busca e apreensão, em lugar da cobrança da parcela faltante. O adimplemento substancial do contrato

pelo devedor não autoriza ao credor a propositura de ação para a extinção do contrato, salvo se demonstrada a perda do interesse na continuidade da execução, que não é o caso.

Na espécie, ainda houve a consignação judicial do valor da última parcela.

Não atende à exigência da boa-fé objetiva a atitude do credor que desconhece esses fatos e promove a busca e apreensão, com pedido liminar de reintegração de posse.

Recurso não conhecido.

(REsp 272.739/MG, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 01/03/2001, DJ 02/04/2001, p. 299)

Induvidosa é a total subjetividade para o julgador aplicar a referida teoria e interromper a qualquer momento uma Ação de Busca e Apreensão de veículos, bastando o devedor apresentar formalmente o requerimento nesse sentido, sem ter que desembolsar um centavo das parcelas devidas.

A referida prática, já comum no ambiente jurídico, traz consigo não a limitação ao exercício do direito de ação pelo credor fiduciário, mas principalmente conseqüências econômicas preocupantes.

Por óbvio, as instituições financeiras elevarão suas taxas do financiamento e de administração, por necessitar garantir a recuperação do valor creditado em um tempo menor do parcelamento disponibilizado aos consumidores.

Ao revés, a disponibilização de crédito na praça para a realização de operações desta natureza serão reduzidos, diante do risco evidenciado, e a autorização dada ao devedor em inadimplir aquilo que contratou a partir de determinado percentual.

2.2 NÃO APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL EM RAZÃO DO NOVO ENTENDIMENTO ATUAL DO STJ

Aparentemente esta problemática vem ganhando uma solução feliz, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça, através da Segunda Seção, modificou sensivelmente o seu entendimento e a interpretação do mencionado mecanismo aos contratos regidos pelo Decreto-Lei 911/69.

Submetido ao rito dos recursos repetitivos – à luz do art. 543-C do CPC/73, restou decidido, no julgamento do **REsp 1.622.555-MG**, que *“a tese do adimplemento substancial não pode ser aplicada nos casos de alienação fiduciária, (...) ou seja, mesmo que o comprador de um bem tenha pago a maior parte das parcelas previstas em contrato, ele tem de honrar o compromisso até o final, com sua total quitação. Sem isso, o credor pode ajuizar ação de busca e apreensão do bem alienado para satisfazer seu crédito”*

A referida decisão revela que o STJ atualmente entende que não se aplica a Teoria do Adimplemento Substancial nos contratos garantidos por alienação fiduciária, ressaltando o entendimento inicial de que não existe na legislação em vigor qualquer limitação para o credor fiduciário exercer o direito assegurado nos artigos 2º, § 3º, e 3º, § 2º, do Decreto-Lei n. 911/69 com as alterações introduzidas pela Lei n. 13.043/2014.

É o que se extrai da ementa do julgado:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE VEÍCULO, COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA REGIDO PELO DECRETO-LEI 911/69. INCONTROVERSO INADIMPLEMENTO DAS QUATRO ÚLTIMAS PARCELAS (DE UM TOTAL DE 48). EXTINÇÃO DA AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO (OU DETERMINAÇÃO PARA ADITAMENTO DA INICIAL, PARA TRANSMUDÁ-LA EM AÇÃO

**EXECUTIVA OU DE COBRANÇA), A
PRETEXTO DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO
ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL.
DESCABIMENTO.**

**1. ABSOLUTA INCOMPATIBILIDADE DA
CITADA TEORIA COM OS TERMOS DA LEI
ESPECIAL DE REGÊNCIA.
RECONHECIMENTO.**

**2. REMANCIÇÃO DO BEM AO
DEVEDOR CONDICIONADA AO
PAGAMENTO DA INTEGRALIDADE DA
DÍVIDA, ASSIM COMPREENDIDA COMO OS
DÉBITOS VENCIDOS, VINCENDOS E
ENCARGOS APRESENTADOS PELO
CREDOR, CONFORME ENTENDIMENTO
CONSOLIDADO DA SEGUNDA SEÇÃO, SOB
O RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS
REPETITIVOS (REsp n. 1.418.593/MS).**

**3. INTERESSE DE AGIR EVIDENCIADO,
COM A UTILIZAÇÃO DA VIA JUDICIAL
ELEITA PELA LEI DE REGÊNCIA COMO
SENDO A MAIS IDÔNEA E EFICAZ PARA O
PROPÓSITO DE COMPELIR O DEVEDOR A
CUMPRIR COM A SUA OBRIGAÇÃO
(AGORA, POR ELE REPUTADA ÍNFIMA),
SOB PENA DE CONSOLIDAÇÃO DA
PROPRIEDADE NAS MÃOS DO CREDOR
FIDUCIÁRIO.**

**4. DESVIRTUAMENTO DA TEORIA DO
ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL,
CONSIDERADA A SUA FINALIDADE E A
BOA-FÉ DOS CONTRATANTES, A ENSEJAR
O ENFRAQUECIMENTO DO INSTITUTO DA
GARANTIA FIDUCIÁRIA. VERIFICAÇÃO. 5.
RECURSO ESPECIAL PROVIDO.**

1. A incidência subsidiária do Código Civil, notadamente as normas gerais, em relação à propriedade/titularidade fiduciária sobre bens que não sejam móveis infugíveis, regulada por leis especiais, é excepcional, somente se afigurando possível no caso em que o regramento específico apresentar lacunas e a solução ofertada pela "lei geral" não se contrapuser às especificidades do instituto regulado pela lei especial (ut Art. 1.368-A, introduzido pela Lei n. 10931/2004).

1.1 Além de o Decreto-Lei n. 911/1969 não tecer qualquer restrição à utilização da ação de busca e apreensão em razão da extensão da mora ou da proporção do inadimplemento, é expresso em exigir a quitação integral do débito como condição imprescindível para que o bem alienado fiduciariamente seja remancipado. Em seus termos, para que o bem possa ser restituído ao devedor, livre de ônus, não basta que ele quite quase toda a dívida; é insuficiente que pague substancialmente o débito; é necessário, para esse efeito, que quite integralmente a dívida pendente.

2. Afigura-se, pois, de todo incongruente inviabilizar a utilização da ação de busca e apreensão na hipótese em que o inadimplemento revela-se incontroverso desimportando sua extensão, se de pouca monta ou se de expressão considerável, quando a lei especial de regência expressamente condiciona a possibilidade de o bem ficar com o devedor fiduciário ao pagamento da integralidade da dívida pendente. Compreensão diversa desborda, a um só tempo, do diploma legal exclusivamente

aplicável à questão em análise (Decreto-Lei n. 911/1969), e, por via transversa, da própria orientação firmada pela Segunda Seção, por ocasião do julgamento do citado Resp n. 1.418.593/MS, representativo da controvérsia, segundo a qual a restituição do bem ao devedor fiduciante é condicionada ao pagamento, no prazo de cinco dias contados da execução da liminar de busca e apreensão, da integralidade da dívida pendente, assim compreendida como as parcelas vencidas e não pagas, as parcelas vincendas e os encargos, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial.

3. Impor-se ao credor a preterição da ação de busca e apreensão (prevista em lei, segundo a garantia fiduciária a ele conferida) por outra via judicial, evidentemente menos eficaz, denota absoluto descompasso com o sistema processual. Inadequado, pois, extinguir ou obstar a medida de busca e apreensão corretamente ajuizada, para que o credor, sem poder se valer de garantia fiduciária dada (a qual, diante do inadimplemento, conferia-lhe, na verdade, a condição de proprietário do bem), intente ação executiva ou de cobrança, para só então adentrar no patrimônio do devedor, por meio de constrição judicial que poderá, quem sabe (respeitada o ordem legal), recair sobre esse mesmo bem (naturalmente, se o devedor, até lá, não tiver dele se desfeito).

4. A teoria do adimplemento substancial tem por objetivo precípuo impedir que o credor resolva a relação contratual em razão de inadimplemento de ínfima parcela da obrigação. A via judicial para esse fim é a ação

de resolução contratual. Diversamente, o credor fiduciário, quando promove ação de busca e apreensão, de modo algum pretende extinguir a relação contratual. Vale-se da ação de busca e apreensão com o propósito imediato de dar cumprimento aos termos do contrato, na medida em que se utiliza da garantia fiduciária ajustada para compelir o devedor fiduciante a dar cumprimento às obrigações faltantes, assumidas contratualmente (e agora, por ele, reputadas ínfimas). A consolidação da propriedade fiduciária nas mãos do credor apresenta-se como consequência da renitência do devedor fiduciante de honrar seu dever contratual, e não como objetivo imediato da ação. E, note-se que, mesmo nesse caso, a extinção do contrato dá-se pelo cumprimento da obrigação, ainda que de modo compulsório, por meio da garantia fiduciária ajustada.

4.1 É questionável, se não inadequado, supor que a boa-fé contratual estaria ao lado de devedor fiduciante que deixa de pagar uma ou até algumas parcelas por ele reputadas ínfimas, mas certamente de expressão considerável, na ótica do credor, que já cumpriu integralmente a sua obrigação, e, instado extra e judicialmente para honrar o seu dever contratual, deixa de fazê-lo, a despeito de ter a mais absoluta ciência dos gravosos consectários legais advindos da propriedade fiduciária. A aplicação da teoria do adimplemento substancial, para obstar a utilização da ação de busca e apreensão, nesse contexto, é um incentivo ao inadimplemento das últimas parcelas

contratuais, com o nítido propósito de desestimular o credor - numa avaliação de custo-benefício - de satisfazer seu crédito por outras vias judiciais, menos eficazes, o que, a toda evidência, aparta-se da boa-fé contratual propugnada.

4.2. A propriedade fiduciária, concebida pelo legislador justamente para conferir segurança jurídica às concessões de crédito, essencial ao desenvolvimento da economia nacional, resta comprometida pela aplicação deturpada da teoria do adimplemento substancial.

5. Recurso Especial provido.

(REsp 1622555/MG, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/02/2017, DJe 16/03/2017)

A importantíssima decisão revela ainda que os princípios da boa-fé objetiva (CC/02, art. 422) e da função social dos contratos (CC/02, art. 421), encontram-se em todo momento ao lado da instituição financeira que disponibilizou o crédito do negócio jurídico, e não do devedor, incumbindo a este cumprir a integralidade da avença, em respeito ao *pacta sunt servanda*.

Restou evidenciado ainda que a aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial, somente incentivaria a própria inadimplência, causando, de fato, insegurança jurídica no cenário econômico:

“4.1 É questionável, se não inadequado, supor que a boa-fé contratual estaria ao lado de devedor fiduciante que deixa de pagar uma ou até algumas parcelas por ele reputadas ínfimas — mas certamente de expressão considerável, na ótica do credor, que já cumpriu integralmente a sua

obrigação —, e, instado extra e judicialmente para honrar o seu dever contratual, deixa de fazê-lo, a despeito de ter a mais absoluta ciência dos gravosos consectários legais advindos da propriedade fiduciária. A aplicação da teoria do adimplemento substancial, para obstar a utilização da ação de busca e apreensão, nesse contexto, é um incentivo ao inadimplemento das últimas parcelas contratuais, com o nítido propósito de desestimular o credor - numa avaliação de custo-benefício - de satisfazer seu crédito por outras vias judiciais, menos eficazes, o que, a toda evidência, aparta-se da boa-fé contratual propugnada.

4.2. A propriedade fiduciária, concebida pelo legislador justamente para conferir segurança jurídica às concessões de crédito, essencial ao desenvolvimento da economia nacional, resta comprometida pela aplicação deturpada da teoria do adimplemento substancial.”

Resta indubitável que o uso do instituto não pode ser estimulado a ponto de inverter a ordem lógico-jurídica que assenta o integral e regular cumprimento do contrato, até porque é o meio esperado de extinção das obrigações.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A aplicação da referida teoria não traz nenhuma benefício no cenário econômico do país, pois revela-se como uma carta branca para o devedor deixar de efetuar o cumprimento das suas obrigações, quando possuem garantia fiduciária.

Neste aspecto, a tendência é se uniformizar o entendimento em todos os tribunais no sentido de não se mais aplicar a Teoria do Adimplemento Substancial nos contratos de alienação fiduciária, regidos pelo Decreto-Lei 911/69, à luz dos princípios da função social, proibidade

e boa-fé, estatuídos pelos art.s 421 e 422 do Código Civil atual, se inclinarem para garantir o cumprimento integral do negócio jurídico previamente acordado.

4. REFERÊNCIAS

www.stj.jus.br

www.tjba.jus.br

O EFEITO SUSPENSIVO ATRIBUÍDO AOS EMBARGOS À EXECUÇÃO NO PROCESSO DO TRABALHO

MARCELO ANDRÉ ISER: Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

RESUMO: O presente artigo tem por escopo realizar uma breve análise sobre a admissão do efeito suspensivo automático dos embargos à execução no rito processual trabalhista; pondera sobre o enquadramento da aplicação subsidiária da Lei de Execuções Fiscais e supletiva, já sob abrigo do Novo Código de Processo Civil na execução trabalhista. Por fim, busca definir seu manejo na execução, em especial pelo seu conteúdo, processamento e pressupostos específicos, para então abordar e concluir, através de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial as premissas e consequências do efeito suspensivo, considerando natureza alimentar de tais créditos.

PALAVRAS-CHAVE: execução no processo do trabalho; natureza alimentar dos créditos trabalhistas; embargos à execução; efeito suspensivo; valores incontroversos.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. A NATUREZA JURÍDICA DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO; 3. O PROCEDIMENTO DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO NO PROCESSO DO TRABALHO; 4. O EFEITO SUSPENSIVO NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO; 5. CONCLUSÃO.

1. INTRODUÇÃO

Sem que se pretenda, aqui, esgotar o tema, o efeito suspensivo admitido nos embargos à execução importa em impactos processuais relevantes, considerando que o crédito trabalhista conferido ao trabalhador têm por característica indistinta prover o seu sustento e da própria família, tendo em vista seu caráter alimentar, expressando seu fundamento constitucional na dignidade da pessoa humana. Porém, isso

não significa dizer que após ultrapassada a fase cognitiva, quando ocorrer a citação do devedor para garantia da execução ou penhora de bens, conforme dispõe o artigo 884 da CLT, os aludidos valores serão liberados imediatamente e ilimitadamente ao trabalhador.

E é justamente a característica alimentar do crédito trabalhista que limita a faculdade do Juiz em permitir a prematura disposição dos valores ao exequente, antes de esgotados todos recursos cabíveis pelo executado, dado que uma possível reforma na Decisão judicial que tornou líquido e certo o título executivo certamente acarretaria na irrepetibilidade destes, dada a presumível situação de hipossuficiência do trabalhador que busca na justiça a quitação das verbas salariais inadimplidas pelo empregador.

Desse modo, deverão ser ponderados os requisitos previstos no novo código de processo civil, bem como na lei de execução fiscal, aplicados ao processo do trabalho para concessão de efeito de suspensivo aos embargos à execução de maneira que ofereça a prestação jurisdicional no prazo razoável e ao mesmo tempo não torne fracassada possível diligência visando restituir o montante liberado a maior ao exequente, na hipótese de reforma dos valores outrora homologados e confirmados em Sentença.

2. A NATUREZA JURÍDICA DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO

Assim como entende Carlos Henrique Bezerra Leite^[1], identificar a natureza jurídica dos embargos à execução na sua aplicação no processo do trabalho, transcende à discussão acadêmica.

Como majoritariamente aceito na doutrina e na jurisprudência, os embargos do devedor ostentam natureza de ação cognitiva incidental, pelo que as decisões de mérito neles proferidas fazem coisa julgada material^[2].

Por outro lado, a corrente minoritária, adotada por Mauro Schiavi^[3], justifica que se trata apenas de um instrumento de defesa

facultado ao devedor, constituindo um incidente da fase executiva, com a mesma natureza da impugnação no processo civil, concluindo ainda:

“além disso, no processo do trabalho, os embargos à execução, em razão dos princípios da celeridade e da simplicidade, sempre foram opostos por petição nos próprios autos e nele processados. Sob outro enfoque, o parágrafo 1º, do artigo 884, da CLT, alude à matéria de defesa que pode ser invocada nos embargos, o que denota não ter os embargos natureza jurídica de ação autônoma e sim de impugnação”.

Em desfavor dessa corrente pesa o fato da ausência do princípio do contraditório na fase executiva, não havendo que se falar em defesa. Outro motivo, funda-se no objetivo da execução que é a prática de atos coercitivos destinados a obrigar o executado a satisfazer o direito do credor reconhecido no julgado[4].

Entretanto, prevalecem as lições de Renato Saraiva, de *“que os embargos à execução se constituem numa verdadeira ação de cognição incidental à execução, assumindo o executado o polo ativo da relação jurídica (e o exequente o polo passivo), formulando pretensão consistente na anulação do processo de execução ou no desfazimento da eficácia do título executivo”*[5].

3. O PROCEDIMENTO DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO NO PROCESSO DO TRABALHO

Nas palavras do renomado jurista brasileiro Renato Saraiva *“o objetivo da execução por quantia certa é expropriar bens do devedor a fim de satisfazer o direito do credor, respondendo o executado com seu patrimônio, presente ou futuro, para o cumprimento das obrigações”*[6].

Nessa esteira, a competência para julgamento dos embargos à execução é do juízo onde se processar a execução, estando descritas nos artigos 877 e 877-A da CLT, sendo que o primeiro dispositivo trata da

execução dos títulos executivos judiciais e o segundo, dos extrajudiciais, nos termos abaixo transcritos:

“Art. 877 - É competente para a execução das decisões o Juiz ou Presidente do Tribunal que tiver conciliado ou julgado originariamente o dissídio.

Art. 877-A - É competente para a execução de título executivo extrajudicial o juiz que teria competência para o processo de conhecimento relativo à matéria.”

Avançando, caso o título executivo já tenha seu valor líquido e determinado, expedir-se-á mandado de citação, penhora e avaliação, para que, nos termos do art. 880 da CLT, o executado seja citado para em 48 horas pagar a dívida ou mesmo garantir a execução:

"Art. 880 da CLT. Requerida a execução, o juiz ou presidente do Tribunal, mandará expedir mandado de citação ao executado, a fim de que cumpra a decisão ou o acordo no prazo, pelo modo e sob as condições estabelecidas, ou, em se tratando de pagamento em dinheiro, incluídas as contribuições sociais devidas à União, para que pague em quarenta e oito horas, ou garanta a execução, sob pena de penhora".

Vale destacar, que progressivamente a jurisprudência vem se inclinando no sentido que a citação do devedor não precisará ser necessariamente feita na pessoa do devedor, podendo, ao revés, ser efetivada através de intimação do advogado constituído nos autos, ainda que a interpretação literal do artigo 880 da CLT não nos leve a essa conclusão. Por exemplo, o Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região e da 3ª Região, nos seus mais recentes julgados já manifestaram que a ausência de citação pessoal não é causa de nulidade:

**“EMENTA: INÍCIO FASE EXECUÇÃO.
DESNECESSIDADE DE CITAÇÃO DO EXECUTADO POR
MANDADO. LACUNA ONTOLÓGICA.**

HETEROINTEGRAÇÃO COM O PROCESSO CIVIL. INTIMAÇÃO REALIZADA EM AUDIÊNCIA NA PESSOA DO ADVOGADO. VALIDADE. O processo do trabalho padece de lacunas ontológicas e, no que toca especificamente ao cumprimento da sentença trabalhista, a heterointegração (diálogo das fontes) do subsistema processual do trabalho com o sistema processual civil é medida que se faz patente. Em que pese o art. 880 da CLT ainda fazer referência à citação do executado por meio de mandado para que cumpra a decisão ou o acordo, a heterointegração precisa ser realizada com o processo civil, que prevê, no art. 475-J, § 1º, do CPC, a hipótese de o executado ser intimado na pessoa do seu advogado.”

(TRT-1 - AP: 00001699320115010342 RJ, Relator: Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Data de Julgamento: 28/07/2015, Primeira Turma, Data de Publicação: 17/08/2015)

“EXECUÇÃO. CITAÇÃO NA PESSOA DO ADVOGADO. NULIDADE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. No processo do trabalho, a teor do art. 794 da CLT, não se reconhece nulidade quando não há prejuízo para a parte. Assim, se a finalidade da citação foi atingida, apresentando o executado todas as medidas cabíveis na defesa de seus interesses, não há que declarar nulidade em face da citação para a execução ter sido realizada na pessoa de seu advogado.”

(TRT-3 - AP: 00810200806003009 0081000-52.2008.5.03.0060, Relator: Cesar Machado, Terceira Turma, Data de Publicação: 09/11/2015)

E ainda, para destacar o entendimento sustentado, cita-se a conclusão consubstanciada no Enunciado nº 12 da Jornada Nacional sobre Execução na Justiça do Trabalho (2010):

“CUMPRIMENTO DA SENTENÇA. INTIMAÇÃO DA PARTE PELO ADVOGADO. I - Tornada líquida a decisão, desnecessária a citação do executado, bastando a intimação para pagamento por meio de seu procurador. II - Não havendo procurador, far-se-á a intimação ao devedor prioritariamente por via postal, com retorno do comprovante de entrega ou aviso de recebimento, e depois de transcorrido o prazo sem o cumprimento da decisão, deverá ser expedida ordem de bloqueio de crédito pelo sistema Bacen Jud.”

Dispõe ainda, o artigo 883 da CLT, que *“não pagando o executado, nem garantindo a execução, seguir-se-á penhora dos bens, tantos quantos bastem ao pagamento da importância da condenação, acrescida de custas e juros de mora, sendo estes, em qualquer caso, devidos a partir da data em que for ajuizada a reclamação inicial”*.

Nessa toada, nos termos do artigo 884 da CLT, *“garantida a execução ou penhorados os bens, terá o executado 5 (cinco) dias para apresentar embargos, cabendo igual prazo ao exequente para impugnação”*. No processo do trabalho, o termo inicial para oferecimentos dos embargos à execução pelo executado é de 5 dias a contar: a) da data que foi garantida a execução, seja através de depósito judicial, ou então de oferecimento de outros bens em garantia; b) do dia da intimação da penhora.

Cumpra-se destacar que, no caso de indicação de bens em garantia pelo devedor, essa garantia não se dá com a simples nomeação de bens à penhora. A nomeação tem que ser aceita pelo exequente e convolada em penhora pelo Juízo. Aí, sim, começa o prazo para oposição de embargos à execução, após intimação do devedor da penhora[7].

Entre as matérias impugnáveis, o artigo 884, parágrafo 1º da CLT, prescreve que *“será restrita às alegações de cumprimento da decisão ou do acordo, quitação ou prescrição da dívida”*. Já não há mais dúvida na seara trabalhista que o aludido rol é meramente exemplificativo, aplicando-se subsidiariamente ou supletivamente as

disposições do artigo 525, parágrafo 1º do CPC, por força do artigo 15 do CPC[8], podendo estender-se também às seguintes matérias, em caso de execução de título judicial:

“Art. 525. Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação.

§ 1o Na impugnação, o executado poderá alegar:

I - falta ou nulidade da citação se, na fase de conhecimento, o processo correu à revelia;

II - ilegitimidade de parte;

III - inexecutabilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;

IV - penhora incorreta ou avaliação errônea;

V - excesso de execução ou cumulação indevida de execuções;

VI - incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução;

VII - qualquer causa modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes à sentença.”

Por fim, consoante o artigo 885 da CLT, “*não tendo sido arroladas testemunhas na defesa, o juiz ou presidente, conclusos os autos, proferirá sua decisão, dentro de 5 (cinco) dias, julgando subsistente ou insubsistente a penhora.*”

4. O EFEITO SUSPENSIVO NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO

O enfoque do trabalho aqui será na execução definitiva de título executivo judicial, haja vista que a execução provisória no âmbito do Direito do Trabalho somente é permitida até a penhora, a teor do artigo 899 da CLT, vedando-se a prática de atos de alienação de bens constritos, ou liberação de numerário no caso de depósito em dinheiro.

Quase a unanimidade da doutrina^[9] perfila no sentido de que os embargos à execução no processo do trabalho não possuem efeito suspensivo automático, devendo, para tanto, a parte executada formular requerimento ao juízo da execução buscando este fim. Em contrapartida, o artigo 525, parágrafo 6º, do CPC confere ao juiz a faculdade de atribuir o efeito suspensivo aos Embargos à Execução, quando constatadas as condições dispostas em seu parágrafo sexto, *in verbis*:

“Art. 525. Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação.

§ 6o A apresentação de impugnação não impede a prática dos atos executivos, inclusive os de expropriação, podendo o juiz, a requerimento do executado e desde que garantido o juízo com penhora, caução ou depósito suficientes, atribuir-lhe efeito suspensivo, se seus fundamentos forem relevantes e se o prosseguimento da execução for manifestamente suscetível de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação”.(grifei)

Nessa esteira, reza o artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho que “*nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título*”.

Já o novo Código de Processo Civil firma no artigo 15 que *“na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”*.

Observa-se, assim, que o novo Código inova, não sendo ela somente subsidiária, na ausência de norma processual trabalhista, como também poderá ser aplicada supletivamente, ou seja, na complementação de dispositivo legal, o que significa dizer que, de forma subsidiária ou supletiva, a norma processual somente será aplicada no processo do trabalho, se com ele compatível.

No tocante às execuções fiscais, cujas disposições podem ser empregadas no direito processual do trabalho, com respaldo no artigo 889 da CLT, a 1ª seção do STJ ao analisar recurso submetido ao rito dos repetitivos, sob égide do CPC de 1973, recentemente assentou que a lei de execuções fiscais se aplica o regime excepcional de atribuição de efeito suspensivo aos embargos do devedor, previsto no CPC, que exige a prestação de garantia somada à presença de fundamentação jurídica relevante e do risco de dano irreparável.

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. APLICABILIDADE DO ART. 739-A, § 1º, DO CPC ÀS EXECUÇÕES FISCAIS. NECESSIDADE DE GARANTIA DA EXECUÇÃO E ANÁLISE DO JUIZ A RESPEITO DA RELEVÂNCIA DA ARGUMENTAÇÃO (FUMUS BONI JURIS) E DA OCORRÊNCIA DE GRAVE DANO DE DIFÍCIL OU INCERTA REPARAÇÃO (PERICULUM IN MORA) PARA A CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AOS EMBARGOS DO DEVEDOR OPOSTOS EM EXECUÇÃO FISCAL. 1. A previsão no ordenamento jurídico pátrio da regra geral de atribuição de efeito suspensivo aos embargos do devedor somente ocorreu com o advento da Lei n. 8.953, de 13, de dezembro de 1994, que promoveu a reforma do Processo de Execução do Código de Processo Civil de 1973 (Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de

1973 - CPC/73), nele incluindo o § 1º do art. 739, e o inciso I do art. 791. 2. Antes dessa reforma, e inclusive na vigência do Decreto-lei n. 960, de 17 de dezembro de 1938, que disciplinava a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública em todo o território nacional, e do Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-lei n. 1.608/39), nenhuma lei previa expressamente a atribuição, em regra, de efeitos suspensivos aos embargos do devedor, somente admitindo-os excepcionalmente. Em razão disso, o efeito suspensivo derivava de construção doutrinária que, posteriormente, quando suficientemente amadurecida, culminou no projeto que foi convertido na citada Lei n. 8.953/94, conforme o evidencia sua Exposição de Motivos - Mensagem n. 237, de 7 de maio de 1993, DOU de 12.04.1994, Seção II, p. 1696. 3. Sendo assim, resta evidente o equívoco da premissa de que a LEF e a Lei n. 8.212/91 adotaram a postura suspensiva dos embargos do devedor antes mesmo de essa postura ter sido adotada expressamente pelo próprio CPC/73, com o advento da Lei n. 8.953/94, fazendo tábula rasa da história legislativa. 4. Desta feita, à luz de uma interpretação histórica e dos princípios que nortearam as várias reformas nos feitos executivos da Fazenda Pública e no próprio Código de Processo Civil de 1973, mormente a eficácia material do feito executivo a primazia do crédito público sobre o privado e a especialidade das execuções fiscais, é ilógico concluir que a Lei n. 6.830 de 22 de setembro de 1980 - Lei de Execuções Fiscais - LEF e o art. 53, § 4º da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, foram em algum momento ou são incompatíveis com a ausência de efeito suspensivo aos embargos do devedor. Isto porque quanto ao regime dos embargos do devedor invocavam - com derrogações específicas sempre no sentido de dar maiores garantias ao crédito público - a aplicação subsidiária do disposto no CPC/73 que tinha redação dúbia a respeito, admitindo diversas interpretações doutrinárias. 5. Desse modo, tanto a Lei n. 6.830/80 - LEF quanto o art. 53, § 4º da

Lei n. 8.212/91 não fizeram a opção por um ou outro regime, isto é, são compatíveis com a atribuição de efeito suspensivo ou não aos embargos do devedor. Por essa razão, não se incompatibilizam com o art. 739-A do CPC/73 (introduzido pela Lei 11.382/2006) que condiciona a atribuição de efeitos suspensivos aos embargos do devedor ao cumprimento de três requisitos: apresentação de garantia; verificação pelo juiz da relevância da fundamentação (fumus boni juris) e perigo de dano irreparável ou de difícil reparação (periculum in mora). 6. Em atenção ao princípio da especialidade da LEF, mantido com a reforma do CPC/73, a nova redação do art. 736, do CPC dada pela Lei n. 11.382/2006 - artigo que dispensa a garantia como condicionante dos embargos - não se aplica às execuções fiscais diante da presença de dispositivo específico, qual seja o art. 16, § 1º da Lei n. 6.830/80, que exige expressamente a garantia para a apresentação dos embargos à execução fiscal. 7. Muito embora por fundamentos variados - ora fazendo uso da interpretação sistemática da LEF e do CPC/73, ora trilhando o inovador caminho da teoria do "Diálogo das Fontes", ora utilizando-se de interpretação histórica dos dispositivos (o que se faz agora) - essa conclusão tem sido a alcançada pela jurisprudência predominante, conforme ressoam os seguintes precedentes de ambas as Turmas deste Superior Tribunal de Justiça. Pela Primeira Turma: AgRg no Ag 1381229 / PR, Primeira Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 15.12.2011; AgRg no REsp 1.225.406 / PR, Primeira Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, julgado em 15.02.2011; AgRg no REsp 1.150.534 / MG, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 16.11.2010; AgRg no Ag 1.337.891 / SC, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 16.11.2010; AgRg no REsp 1.103.465 / RS, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 07.05.2009. Pela Segunda Turma: AgRg nos EDcl no Ag n. 1.389.866/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto

Martins, DJe de 21.9.2011; REsp, n. 1.195.977/RS, Segunda Turma, Rei. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 17/08/2010; AgRg no Ag n. 1.180.395/AL, Segunda Turma, Rei. Min. Castro Meira, DJe 26.2.2010; REsp, n. 1.127.353/SC, Segunda Turma, Rei. Min. Eliana Calmon, DJe 20.11.2009; REsp, 1.024.128/PR, Segunda Turma, Rei. Min. Herman Benjamin, DJe de 19.12.2008. 8. Superada a linha jurisprudencial em sentido contrário inaugurada pelo REsp. n. 1.178.883 - MG, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 20.10.2011 e seguida pelo AgRg no REsp 1.283.416 / AL, Primeira Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 02.02.2012; e pelo REsp 1.291.923 / PR, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 01.12.2011. 9. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C, do CPC, e da Resolução STJ n. 8/2008.” (grifei)

(STJ - REsp: 1272827 PE 2011/0196231-6, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 22/05/2013, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 31/05/2013)

No mesmo sentido é o enunciado n. 54 da 1ª jornada nacional de execução trabalhista, *in verbis*:

“54. EMBARGOS À EXECUÇÃO. EFEITOS SUSPENSIVOS. APLICAÇÃO DO ART. 475-M E 739-A, § 1o, DO CÓDIGO DO PROCESSO CIVIL (CPC). O oferecimento de embargos à execução não importa a suspensão automática da execução trabalhista, aplicando-se, subsidiariamente, o disposto nos arts. 475-M e 739-A, § 1o, do CPC.”

A parte final do enunciado deve ser lida com ressalvas, posto que a CLT não permite que se aplique na execução trabalhista o antigo art. 475 do CPC, conforme jurisprudência do TST.

Portanto, sem qualquer embargo, pode-se afirmar seguramente que os embargos à execução no âmbito trabalhista não possuem efeito suspensivo por sua simples apresentação ao processo, senão quando o devedor, cumulativamente adotar as seguintes medidas: a) garantia a execução; a) requerimento de efeito suspensivo; c) demonstração de fundamentos relevantes capazes de causar grave dano de difícil ou incerta reparação.

Por outro lado, deve ser levado em consideração que as condenações trabalhistas, predominantemente, detêm características próprias e distintas dos demais créditos, em face da sua natureza alimentar, vinculada diretamente ao sustento do trabalhador e de sua família.

Não se desconhece o salário sob o prisma de direito fundamental do trabalhador, expressa pela Constituição em seus Arts. 7º, IV, VI e X, inclusive assegurando o direito de preferência sobre créditos de outra natureza.

A Lei Maior, em seu art. 100, § 1º, ao estatuir a preferência do débito de natureza alimentar sobre os demais, reconhece o caráter alimentar do salário:

“Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

Párrafo 1º Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com

preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo”. (grifei).

Ademais, o art. 449 da Consolidação das Leis do Trabalho ratifica a preferência do crédito trabalhista:

“Art. 449 - Os direitos oriundos da existência do contrato de trabalho subsistirão em caso de falência, concordata ou dissolução da empresa.

§ 1º - Na falência constituirão créditos privilegiados a totalidade dos salários devidos ao empregado e a totalidade das indenizações a que tiver direito.

§ 2º - Havendo concordata na falência, será facultado aos contratantes tornar sem efeito a rescisão do contrato de trabalho e conseqüente indenização, desde que o empregador pague, no mínimo, a metade dos salários que seriam devidos ao empregado durante o interregno”.

Contudo, também deve ser lembrado que na justiça do trabalho, na imensa maioria das vezes, os postulantes têm no salário seu único ou principal meio de vida, se encontrando em situação de hipossuficiência, principalmente a partir do instante em que a prestação jurisdicional é a única possibilidade de ver satisfeita a contraprestação trabalhista quando não quitada voluntariamente, o que, por outro lado, poderia trazer consequências incontornáveis se eventualmente fosse liberado precariamente montante maior do que o apurado definitivamente. Nesse caso, provavelmente o exequente não iria dispor de patrimônio suficiente para recompor o desfalque provocado, levando-se à ineficácia na sua restituição.

Ocorre que, quando a sentença não é líquida, normalmente, é nos embargos à execução que o devedor tem a primeira oportunidade de se insurgir contra possível excesso de execução nos cálculos homologados, uma vez que é faculdade do Juiz abrir prazo para as partes

impugnarem as contas apresentadas antes da sua homologação, como prescreve o artigo 879, parágrafo 2º da CLT:

“Art. 879 - Sendo ilíquida a sentença exequianda, ordenar-se-á, previamente, a sua liquidação, que poderá ser feita por cálculo, por arbitramento ou por artigos.

*§ 2º - Elaborada a conta e tornada líquida, o **Juiz** podrá abrir às partes prazo sucessivo de 10 (dez) dias para impugnação fundamentada com a indicação dos itens e valores objeto da discordância, sob pena de preclusão.”* (grifei)

Nesse caso, supõe-se acontecer as seguintes situações: 1) o reclamante apresenta os cálculos de liquidação em quantia superior ao valor devido, que é posteriormente homologado pelo Juízo, sem oitiva da parte contrária; 1) a própria contadoria da Justiça do Trabalho, ou então um perito nomeado liquida o feito, sem observância dos limites da coisa julgada, acarretando em excesso de execução, e o Juízo homologa-os, sem intimação das partes.

Dessa forma, fica evidenciado, portanto, que em algumas situações poderá ser proferida Sentença de homologação de cálculos tornando líquidos e exigíveis os valores a serem executados, sem o exercício do contraditório, e por consequência, arbitrando-se montante condenatório superior ou desarrazoado, ferindo-se os limites do título executivo já transitado em julgado. Nesse caso, o único instrumento processual que o devedor poderia dispor seria os embargos à execução, sem efeito suspensivo, via de regra.

É aí então que surge a maior dificuldade, em vista que eventual liberação de numerário em favor da parte exequente, no caso execução com valores controversos, representaria ato de difícil reversão, na medida em que a beneficiária certamente não iria dispor da quantia na hipótese de necessitar restituí-la.

Entende-se, nesse caso, que o requisito da comprovação de grave dano de difícil ou incerta reparação estaria implícito quando se estivesse diante de processo envolvendo execução de créditos de natureza alimentar e o autor fosse beneficiário da gratuidade da justiça, bastando ao executado, comprovar fundamento relevante do seu direito, seja através de demonstração inequívoca do excesso de execução ou qualquer outra matéria arguível, uma vez que a garantia integral da execução é requisito indispensável para conhecimento da medida. Desse modo, seria autorizado ao julgador atribuir efeito suspensivo aos embargos à execução.

Salienta-se, todavia, que o efeito suspensivo não se estende sobre a totalidade do valor da execução, mas tão somente sobre o débito incontroverso. Desse modo, não haveria lógica alguma em reter montante que o próprio devedor não questionou ou que entende ser devido.

Assim, é direito líquido e certo do exequente a liberação dos valores incontroversos, admitidos pelo executado, consoante entendimento jurisprudencial, colacionado abaixo:

“MANDADO DE SEGURANÇA. EXECUÇÃO DEFINITIVA. ARTIGO 897 DA CLT. LIBERAÇÃO DE VALORES INCONTROVERSOS. AGRAVO DE PETIÇÃO INTERPOSTO PELO EXEQUENTE. LIBERAÇÃO DE VALORES INCONTROVERSOS. POSSIBILIDADE. Se o artigo 897 da CLT permite a execução imediata da parte remanescente até o final (leia-se incontroversa), nos próprios autos ou por carta de sentença, o só fato de o trabalhador ter interposto o agravo de petição e, assim, ter provocado a remessa ao segundo grau, não pode ser obstáculo ao cumprimento da lei. Trata-se de direito da parte buscar uma decisão favorável aos seus interesses, não podendo ser penalizada por isso com a retenção de valores sobre os quais não pairam mais dúvidas.”

(TRT-1 - MS: 00107906920155010000 RJ, Data de Julgamento: 26/11/2015, SEDI-2, Data de Publicação: 19/01/2016)

“MANDADO DE SEGURANÇA. CABIMENTO. EXECUÇÃO DEFINITIVA. NÃO-LIBERAÇÃO DOS VALORES INCONTROVERSOS. VIOLAÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. Viola direito líquido e certo da parte exequente a decisão que, durante a execução processada em caráter definitivo, indefere a liberação da quantia incontroversa reconhecida pelo Executado em sede de Agravo de Petição (inteligência da norma insculpida no § 1º do art. 897 Consolidado).”

(TRT-5 - MS: 00011333420115050000 BA 0001133-34.2011.5.05.0000, Relator: DÉBORA MACHADO, SUBSEÇÃO II DA SEDI, Data de Publicação: DJ 14/03/2012.)

“AGRAVO DE PETIÇÃO. LIBERAÇÃO DE VALORES INCONTROVERSOS. Cabível a liberação de todo e qualquer valor incontroverso que seja disponibilizado, tendo em vista os limites da impugnação apresentada pela executada aliada à expressa sinalização dela, no sentido de que deve se insurgir, em sede de embargos à execução, apenas contra a forma de apuração das horas extras, o que permite que o juízo de origem libere quantias que não digam respeito à parcela controvertida. Agravo de petição interposto pela exequente a que se dá provimento parcial.”

(TRT-4 - AP: 01408009520085040023 RS 0140800-95.2008.5.04.0023, Relator: João Alfredo Borges Antunes De Miranda, Data de Julgamento: 01/09/2015, Seção Especializada Em Execução)

“CAPÍTULOS DA SENTENÇA TRANSITADOS EM JULGADO. EXECUÇÃO DEFINITIVA. LIBERAÇÃO DE

VALORES INCONTROVERSOS. CABIMENTO. Os recursos de natureza extraordinária não impedem a execução de sentença (art. 497 do CPC), sendo certo que o recurso de revista é dotado de efeito apenas devolutivo, reputando-se provisória a execução que se processa em sua pendência (art. 896, § 1º, da CLT). Cabe reconhecer, todavia, que a execução apresenta caráter provisório apenas quanto aos capítulos da condenação oportunamente desafiados pela via processual própria (art. 475-I, § 1º, do CPC), facultando-se ao exequente prosseguir o procedimento satisfativo até o final perante a parte remanescente do título já transitada em julgado (inteligência do art. 897, § 1º, da CLT). O crédito trabalhista apresenta caráter marcadamente alimentar, sendo ainda presumível o estado de necessidade do obreiro, devido à situação de crise desencadeada pelo rompimento do pacto laboral, que é fonte primária de subsistência e dignidade do trabalhador, tornando inapropriada qualquer dilação satisfativa sem estrita justificação, mormente quando a providência não implica qualquer prejuízo ao devedor. Tratando-se de verbas definitivamente acertadas na fase cognitiva da demanda, compete deferir o imediato levantamento dos valores incontroversos em prol da parte vencedora (art. 899, § 1º, da CLT), independentemente, inclusive, do processamento definitivo da etapa de liquidação.”

(TRT-3 - AP: 00499201500503005 0000499-38.2015.5.03.0005, Relator: Convocada Sabrina de Faria F.Leao, Setima Turma, Data de Publicação: 06/11/2015)

5. CONCLUSÃO

No presente trabalho, conclui-se com base na sistemática adotada pela legislação trabalhista, bem como no regramento da lei de execução fiscal e novo código de processo civil aplicados subsidiária e supletivamente ao processo do trabalho, que os embargos à execução no

processo do trabalho não tem efeito suspensivo diante da simples apresentação pelo devedor.

Caso o executado pretenda ver atribuído tal efeito, deverá comprovar o atendimento dos seguintes pressupostos: a) garantia da execução; a) requerimento de efeito suspensivo; c) demonstração de fundamentos relevantes capazes de causar grave dano de difícil ou incerta reparação.

Nada obstante, a comprovação do *periculum in mora* se considera implícita nos casos em que o litígio envolver verbas de natureza alimentar, sempre a parte autora for hipossuficiente, beneficiária da gratuidade da justiça.

Contudo, mesmo nessa hipótese, é direito líquido e certo do exequente do levantamento dos valores incontroversos admitidos ou não contestados pelo devedor.

NOTAS:

[1] Leite, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito processual do trabalho – 14. ed. de acordo com o novo CPC – Lei n. 13.105 de 16-3-2015. - São Paulo : Saraiva, 2016, p. 1569.

[2] “EMENTA: Embargos a? execu?ao. Natureza juri?dica. Os embargos a? execu?ao possuem natureza juri?dica de ac?ao de conhecimento incidental ao processo de execu?ao, na?o podendo ser rediscutida mate?ria ja? decidida em embargos anteriores, entre as mesmas partes, com mesmo pedido e ide?ntico fundamento, face a? existe?ncia de coisa julgada.” (Processo n. 01609-2000-007-01-00-3 AP – TRT da 3ª Região, agravante: Hospital Central IASERJ, agravado: Roberto Ribeiro Pereira, publicado no dia 28/04/2009.

[3] Schiavi, Mauro. Manual de direito processual do trabalho – 10. ed. de acordo com o Novo CPC – São Paulo : LTR, 2016, p. 1249-1250.

[4] Saraiva, Renato. Curso de Direito Processual do Trabalho / Renato Saraiva, Aryanna Manfredini – 13. ed. rev. e atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 568.

[5] Saraiva, Renato. Curso de Direito Processual do Trabalho / Renato Saraiva, Aryanna Manfredini – 13. ed. rev. e atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 568.

[6] Saraiva, Renato. Curso de Direito Processual do Trabalho / Renato Saraiva, Aryanna Manfredini – 13. ed. rev. e atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 554.

[7] Nesse sentido jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região: Processo no 01015-2010-105-03-00-9 AP, Agravante: ITAU? UNIBANCO S.A, Agravado: GRECIELE DE SOUZA SANTANA (1) TRISHOP PROMOC?A?O E SERVIC?OS LTDA, data da publicação: 23/06/2012.

[8] Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

[9] Nesse sentido Renato Saraiva, Mauro Schiavi, Carlos Henrique Bezerra Leite.

ANÁLISE CRÍTICA À PEC 171/1993

NATHÁLIA GUIMARÃES OHOFUGI:
Graduanda de Direito na Universidade de
Brasília (UNB).

RESUMO: O objetivo do trabalho é a análise crítica a PEC 171.1993, abordando as perspectivas divergentes em relação a diminuição da maioria penal para 16 anos. Pretende-se elucidar as questões relacionadas a esse tema, contrapondo as diferentes leituras dos que defende a PEC e dos que são contra, propondo assim, uma reflexão aos leitores. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica e legislativa.

Palavras chaves: maioria penal – Estatuto da Criança e do Adolescente – sistema penal

Sumário: Explicação do Projeto de Emenda à Constituição. Por que a maioria, ou imputabilidade, penal se dá a partir dos dezoito anos? Porque se defende a redução da maioria penal. Porque ser contra a redução da maioria penal. Referências.

Explicação do Projeto de Emenda à Constituição

Em 1993, andando na contramão de tudo que havia sido construído até então, inclusive contra o recém aprovado Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), o Deputado Federal Benedito Domingo apresentou a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 171/1993, que altera o art. 228 da Constituição Federal, visando diminuir a idade mínima da imputabilidade penal para 16 anos. Isso deu início a mais 46 PECs que tinham o mesmo objetivo da anteriormente citada, e propunham que a maioria penal fosse de 17 até, pasmem, 12 anos.

Após a proposta de emenda ser desarquivada em março de 2015, foi levada até a Comissão de Cidadania e Justiça (CCJ) e, em uma votação com um total de 59 deputados votantes, a PEC 171/2013 foi aprovada com 42 votos a favor e 17 contrários

Por que a maioridade, ou imputabilidade, penal se dá a partir dos dezoito anos?

A legislação especial para os menores de idade, o Estatuto da Criança e do Adolescente, não definiu arbitrariamente os critérios etários para definir o fim e o início da infância e adolescência. A base para suas definições foram pesquisas na esfera social, cognitiva, sexual, biológica. Entretanto, essa fixação de idades abre espaço para discordâncias por ser embasadas em matérias não exatas, tais como a psicologia e a sociologia.

Entretanto, prioriza-se a proteção do desenvolvimento do indivíduo e sua capacidade de querer e determinar suas escolhas. Isso demonstra a possibilidade de relativização dos limites estabelecidos pelo Estado, pois não são valores imutáveis, tal como aconteceu com a maioridade civil.

Os defensores da diminuição da maioridade alegam que o critério está ultrapassado, haja vista que a concepção de mundo contemporânea é muito diversa da de quando a legislação sobre o assunto foi feita. Acentua-se que se vive na sociedade da informação e do acesso à tecnologia, o que favoreceria o desenvolvimento precoce do cérebro.

Em contraponto, diz-se que justamente por viver-se neste período da sociedade da informação, que os jovens estão mais confusos, principalmente diante de tantos meios de comunicação que podem prejudicar sua formação de discernimento. Ademais, ressalta-se a crise das instituições tradicionais, tais como a igreja e a família, quanto a influência e molde de valores na formação do comportamento juvenil. O acesso a informação não é sinônimo de maturidade.

E na capacidade de mudança dos jovens que se pauta o tratamento diferenciado para os menores de 18 anos, com as imposições de medidas socioeducativas pelo ECA, em detrimento de penas criminais. As respostas ou medidas que decorrem da comprovação da prática de

um delito têm uma dupla dimensão: a sancionatória, que reprovava o ato cometido e a pedagógica, que visa oferecer condições efetivas para a superação daquela vivência ou vulnerabilidade.

A adolescência é momento importante na construção de um projeto de vida adulta, portanto a atuação da sociedade voltada para esta fase deve ser guiada pela perspectiva de orientação. Relativizar a faixa etária para os 16 anos e interromper o direito que o indivíduo tem a completude da formação de personalidade e identidade.

Porque se defende a redução da maioridade penal

Os defensores da medida acreditam que os indivíduos já possuem capacidade para discernimento e, principalmente, usam como exemplo o fato de que jovens de 16 anos já podem votar, participar de plebiscito, entre outras atividades políticas. Ademais, considera-se que o sistema não julga adequadamente os menores infratores, que há muitas benevolências. Assim, defendem que a punição deva ser proporcional com a gravidade do ato praticado (o que já ocorre, na verdade, com as medidas do ECA)

Pesquisas apontam que a grande maioria da população apoia a proposta. Crê-se que a redução da maioridade penal e uma maior punição provoquem um impacto social grande e, portanto, mudança. Isso desestimularia os jovens a adentrarem no mundo infracional, assim como seus corruptores. Alterações pontuais no ECA não possuiriam a mesma intensidade de mudança como a medida aludida.

A redução da maioridade é uma exigência do próprio sistema: o [Código Civil](#) reduziu sua maioridade de 21 anos (Código de 1916), para 18 anos, segundo o novo [Código Civil](#) de 2002. Isto significa dizer que a legislação civil se atualizou à nova realidade. O [Código Penal](#) precisa também se adequar à nossa realidade.

Porque ser contra a redução da maioria penal.

O professor e criminologista Eugênio Raul Zaffaroni disse certa vez que “Cada país tem um número de presos que decide politicamente ter”, ainda adicionou que “A redução da maioria penal é também uma demanda mundial que se relaciona à política de criminalização da pobreza. A intenção é pôr na prisão os filhos dos setores mais vulneráveis, enquanto os da classe média continuam protegidos. Embora haja alguns adolescentes assassinos, a grande maioria dos delitos que eles cometem são de pouquíssima relevância criminal. O Brasil tem um Estatuto [Estatuto da Criança e Adolescente] que é modelo para o mundo. Lamento muito que, por causa da campanha midiática, ele possa ser destruído.”^[1] Vive-se hoje no Brasil a cristalização da ideia de punição generalizada, no caso o encarceramento e o endurecimento das penas como soluções para a crise que o sistema penal hoje enfrenta. Acredita-se que há impunidade no Brasil, mas não é verdade. Punimos muito, mas punimos mal.

A disseminação desse pensamento vem, principalmente, pela ação e influência dos meios de comunicação e da mídia, que, na insistência de publicar noticiários violentos, atrai o público e conseqüentemente as vendas, criou-se uma síndrome de vitimização, no qual as pessoas acreditam que podem ser vítimas de um ataque criminoso a qualquer momento, apoiando assim o endurecimento das penas e o encarceramento em massa, independente do grau do crime e do autor.

O quarto poder desse modo, através da agenda oculta, manipula a opinião pública e polariza a sociedade. Assim, os políticos fazem uso do sistema penal com medida supostamente eficazes em curto prazo, como a redução da maioria penal, como forma mais econômica e demagógica de dar uma resposta estatal ilusória ao problema da delinquência juvenil.

Tem-se um discurso, que se transformou em uma cultura social, voltado para a repressão, e não para a prevenção. A mídia é culpada,

pois não encara o crime como uma tragédia, e sim como um espetáculo, um instrumento de faturamento e de lobo.

É preciso destacar também a seletividade da medida da maioria penal. Os grandes públicos desta medida são adolescentes marginalizados, cujos crimes são majoritariamente patrimoniais ou de tráfico. Vale lembrar que 62% deles são de famílias de renda inferior a dois salários mínimos. Esse tipo de criminalidade é reflexo das péssimas condições socioeconômicas destes adolescentes

Um jovem ingressa no crime devido à falta de escolaridade, de afeto familiar, e por pressão consumista que o convence de que só terá seu valor reconhecido socialmente se portar determinados produtos de grife. O menor infrator é resultado do descaso do Estado.

Estes meninos são majoritariamente vulneráveis socialmente, são os meninos pobres, são os meninos negros desse país que respondem perante o olhar da justiça criminal, que é estigmatizado.

Reforça-se as ideias encontradas no Estatuto da Criança e do Adolescente ao referir-se a adolescência e infância como fases de formação da personalidade e desenvolvimento físico e mental. Indivíduos menores de 18 anos não possuem desenvolvimento biopsicológico e social necessário para compreender a *totalidade* da natureza criminosa de suas ações ou para orientar o comportamento de acordo com essa compreensão e, portanto, possa se exigir dele um comportamento diverso ao que ele teve no momento em que cometeu o crime. Ou seja, mesmo que o menor infrator tenha consciência dos seus atos, não significa que possua capacidade emocional para lidar com a situação.

Não se deve confundir impunidade com imputabilidade. Já responsabilizamos os adolescentes em atos infracionais. Não por menos, 0,1% dos jovens em regime de restrição e privação de liberdade cumpre as medidas socioeducativas no País previstas pelo ECA. Antes de cogitar investir em soluções ineficazes como a

redução da maioria penal, é importante dar uma chance para aquilo que está à disposição, mas não é aplicado.

Além disso, os menores infratores já são punidos de acordo com a gravidade do delito. A legislação especial, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o adolescente é punido com medidas socioeducativas, como advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviço à comunidade, liberdade assistida, semiliberdade e internação.

Segundo especialistas, a diminuição do patamar da idade mínima contraria as principais tendências de gestão de justiça juvenil em todo o mundo. E vai de encontro a uma recomendação da própria ONU, que diz que a reforma representaria uma ameaça para os direitos de crianças e adolescentes. De uma lista de 54 países analisados pela Unicef (Fundo das Nações Unidas para a Infância), 78% fixam a maioria penal em 18 anos ou mais.

Ademais, estudos da UNICEF esclarecem que a criminalidade, ou mesmo a porcentagem de crimes hediondos cometidos por jovens com menos de 18 anos é inferior à 1,4%. Ainda, segundo dados do Ministério da Justiça, os menores de 16 a 18 anos são responsáveis por 0,9% dos crimes praticados no Brasil. Se considerados apenas os homicídios e tentativas de homicídio, o percentual cai para 0,5%. Ou seja, mesmo que a redução da maioria penal extinguisse os delitos cometidos por jovens menores de idade, ainda assim não diminuiria a criminalidade visto que a quantidade desses jovens infratores é ínfima. E ainda saliento que a tendência, caso a medida seja adotada, é que a criminalidade aumente, visto que o sistema carcerário brasileiro é, como se diz popularmente, "uma escola do crime" e não um reformatório.

E relevante lembrar também que estudos no campo da criminologia e das ciências sociais têm demonstrado que NÃO HÁ RELAÇÃO direta de causalidade entre a adoção de soluções punitivas e repressivas e a diminuição dos índices de violência.

Reduzir a maioria penal é tratar o efeito, e não a causa. A racionalidade e a temperança que deveriam guiar a elaboração de qualquer projeto de lei cede espaço para a passionalidade do clamor público no furor dos acontecimentos.

O Brasil tem um Estatuto [Estatuto da Criança e Adolescente] que é modelo para o mundo. É lamentável saber que por causa da campanha midiática e interesses políticos mercadológicos, ele possa ser destruído.

Isto posto, ao diminuir a maioria penal para os 16 anos, estaremos estigmatizando adolescentes, marginalizando-os ainda mais, retirando-lhes a chance de serem educados e ressocializados. O criminólogo Alessandro Baratta argumenta que: “ O cárcere é contrário a todo ideal educativo, porque este promove a individualidade, o autorrespeito do indivíduo, alimentado pelo respeito que o educador tem dele.”^[2]

O papel da sociedade é educar esses adolescentes ainda em fase de desenvolvimento psicossocial, devendo a constituição proteger o direito das crianças e adolescentes. A problemática dos jovens infratores no Brasil não deve ser solucionada com o Direito Penal, que somente deveria ser usado, em tese, em *ultima ratio*.

Por fim, o conteúdo do art. 228, a inimputabilidade penal, é claramente uma cláusula pétrea, constituindo, assim, uma das garantias fundamentais da pessoa humana não podendo ser objeto de Emenda Constitucional que vise abolir a capacidade penal de 18 anos, atribuindo idade inferior, como a de 16 anos, que tem se cogitado na referida emenda.

Referências:

- 1- BARATTA, Alessando, CRIMINOLOGIA CRÍTICA E CRÍTICA DO DIREITO PENAL.
- 2- BATISTA, Nilo, Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro.

3- SANTOS, Juarez Cirino, MANUAL DE DIREITO PENAL, parte Geral.

4- SPOSATO, Karyna Batista e ANDRADE, Marisa Meneses, EM BUSCA DE JUSTIÇA AO JOVEM: a difícil articulação entre os poderes.

5- www.18razoes.wordpress.com/quem-somos/

6-

www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14493

7- www.congressoemfoco.uol.com.br/tag/maioridade-penal/

8- www.estadao.com.br/noticias/geral,maioridade-seletiva,1023450

9- www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2015/03/conselheiro-da-oab-sinaliza-que-entidade-vai-questionar-reducao-da-maioridade-penal-8426.html

10- www.epsjv.fiocruz.br/index.php?Area=Entrevista&Num=65

11- www.estudeatualidades.com.br/2013/05/sobre-a-reducao-da-maioridade-penal/

12- www.ibope.com.br/pt-br/noticias/paginas/83-da-populacao-e-a-favor-da-reducao-da-maioridade-penal.aspx

13- www.promenino.org.br/direitosdainfancia/reducao-da-maioridade-penal-e-o-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente

NOTAS:

[1] <http://www.epsjv.fiocruz.br/index.php?Area=Entrevista&Num=65> (Acessado dia 2/07/2015)

[2] BARATTA, Alessandro, CRIMINOLOGIA CRÍTICA E CRÍTICA DO DIREITO PENAL, pág. 183 e 184.

CRIMES VIRTUAIS E A NECESSIDADE DE UMA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA

BRUNO JOANONE: Bacharelado da Universidade Brasil.

ANDRÉ DE PAULA VIANA (orientador): Graduado em Direito, Pós Graduação Lato Sensu: "O Processo e o Direito Civil sob a Ótica da Constituição Federal de 1.988 e da Lei 10.406/2002". Pós Graduação Stricto Sensu em Ciências Ambientais, todos pela Universidade Camilo Castelo Branco. Pós Graduando Lato Sensu: "Direito Médico" pela UNIARA. Docente nos cursos de Direito, Agronomia, Administração e Medicina, Supervisor e Docente do Módulo Saúde Coletiva, Sub Módulo: A Família Como Unidade de Cuidado, todos pela Universidade Brasil, Advogado (OAB/SP n. 236.293).

RESUMO: Os usuários do meio virtual (computadores, internet, celulares), correm risco por conta dos legisladores não perceberem que esta a cada vez mais aumentando os crimes no meio virtual e pensarem em fazer algo para que possa beneficiar os usuários, trazendo assim segurança a estes. Sabendo assim que o direito é à sombra da evolução da sociedade, conforme a sociedade se desenvolve, o mesmo deve-se adequar juntamente, elaborando novas normas, para assim regular os crimes que são cometidos no ambiente virtual. Temos a Lei 12.737, de Novembro de 2012, qual trata dos crimes cibernéticos, porém infelizmente esta lei é bem vaga, e muitas pessoas não conhecem, além de que não há muitas delegacias especializadas e preparadas para tratar crimes desse meio, nem mesmo para investiga-los, por conta disso acaba passando muitos criminosos impunes, sem responder pelo que praticam

ou causam a outrem. Ao longo da pesquisa citaremos exatamente os principais crimes e meios que os criminosos utilizam para obter vantagens ilícitas sobre os usuários. Leva-se assim então a necessidade de estabelecer-se legislação específica para tratar o tema de forma mais severa, além do investimento do governo, com delegacias e pessoas especializadas e prontas para a tratativa do tema devido a grande quantidade de casos que existe e que vem aumentando a cada vez mais.

Palavras-chave: Computador, Internet, Crime, Legislação, Ineficaz.

ABSTRACT: Users of the virtual environment (computers, internet, cell phones) are at risk because lawmakers do not realize they are increasingly increasing crimes in the virtual environment and think of doing something so that it can benefit users, thus bringing security to these users. Knowing therefore that the law is in the shadow of the evolution of society, as society develops, the same must be adjusted together, elaborating new norms, to thus regulate the crimes that are committed in the virtual environment. We have Law 12.737, of November 2012, which deals with cyber crimes, but unfortunately this law is very vague, and many people do not know, besides there are not many police stations specialized and prepared to treat crimes of this medium, not even to investigate them, so many unpunished criminals pass, without answering for what they practice or cause to others. Throughout the research we will cite exactly the main crimes and means that criminals use to gain illicit advantages over users. This leads to the need to establish specific legislation to address the issue in a more severe way, in addition to government investment, with specialized police stations and people ready to handle the issue due to the large number of cases that exist and which is increasing more and more.

Keywords: Computer, Internet, Crime, Legislation, Ineffective.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO, 2 SURGIMENTO DO COMPUTADOR E DA INTERNET, 3 CRIME, 3.1 CRIME VIRTUAL, 3.1.1 CRIMES VIRTUAIS PRÓPRIOS, 3.1.2 CRIMES VIRTUAIS IMPRÓPRIOS, 3.1.3 CRIMES VIRTUAIS MISTOS, 3.1.4 CRIMES INFORMÁTICOS MEDIATOS OU INDIRETOS, 4

AMEAÇAS VIRTUAIS, 5 CRIMES MAIS COMUNS NO MEIO DIGITAL, 6 A FALTA DE LEGISLAÇÃO ESPECIFICA, 6.1 PROJETO DO NOVO CÓDIGO PENAL, 7 CONCLUSÃO.

1 INTRODUÇÃO

Vem aumentando muito o desenvolvimento tecnológico pelo mundo e principalmente pelo Brasil, a popularização da internet, computadores celulares, vem também abrindo caminhos para a prática de novos crimes, não especificados totalmente em nosso ordenamento jurídico, que são os chamados “Crimes Virtuais” ou “Crimes Cibernéticos”.

O computador, o celular, entre outros aparelhos eletrônicos foram criados especificadamente para facilitar o dia a dia de todos, assim ajudando a realizar tarefas que demorariam a ser concluídas, acabarem sendo realizadas quase que instantaneamente, um exemplo disso seria uma compra feita pela internet, no aconchego de seu lar, sem ter que sair de sua casa e dirigir-se até a uma loja para realizar a compra de algo, tendo a opção ainda de buscar preço em vários lugares e escolher onde gostaria de realizar a compra.

Conforme passa o tempo mais o homem vai elaborando, e procurando descobrir novos meios para que facilite cada vez mais a realização de tarefas, a comunicação, entre outras coisas como por exemplo a Luz Elétrica qual inventada por volta do ano de 1879 [1], e também o Telefone criado por volta de 1876 [2].

Porém conforme se amplia o desenvolvimento tecnológico e a criação dessas coisas, o nosso ordenamento jurídico não consegue acompanhar criando leis que impeçam a pratica de delitos por pessoas que se aproveitam desses meios novos e brechas deixadas por falta de leis para se sobressaírem sobre outras pessoas.

Esses crimes que vem sendo cometidos por esse meio podem também ser conceituados como sendo condutas de acesso não

autorizado a sistemas informáticos, ações destrutivas nesses sistemas, a interceptação de comunicação, modificações de dados.

Os responsáveis quase sempre são os chamados Hackers, que indica uma pessoa que possui interesse e um bom conhecimento nessa área, sendo capaz de fazer hacker (uma modificação) em algum sistema informático.

Além do mas algum crime tipificado no Direito Penal vem sendo trazidos por meio da internet como a pornografia infantil, terrorismo, crimes contra a honra, e até mesmo o estelionato onde o agente utiliza os meios digitais para induzir a vítima e mantê-la sobre seu controle e atenção para assim conseguir extrair proveito através de uma atitude ilícita contra a pessoa, dentre muitos outros já tipificados em nosso ordenamento jurídico, porém que vem sendo trazidos para o meio virtual.

Estes crimes cometidos por meio dos computadores e pela internet são difíceis de serem analisados e de serem descobertos, pois é difícil de conseguir verificar a localização da pessoa que esta cometendo estes crimes, e quem é a pessoa.

Segundo pesquisas e informações disponibilizadas pelo EBC - Empresa Brasil de Comunicação, hoje o Brasil está entre os cinco países com mais crimes cibernéticos, conforme aponta relatórios da ONU – Organização das Nações Unidas, assim crimes cometidos por esse meio eletrônico representam atualmente uma grande ameaça tanto a pessoas jurídicas, como empresas, e também a pessoas físicas[3].

Diante disso a pesquisa busca esclarecer os crimes realizados neste meio, e também como o nosso atual ordenamento jurídico trata essa matéria diante da falta de legislação específica, e por fim a necessidade da implantação de uma nova legislação para coibir a prática desses crimes.

2 SURGIMENTO DO COMPUTADOR E DA INTERNET

Desde os ancestrais até os dias de hoje, o homem vem buscando a cada vez mais o desenvolvimento de novas máquinas e ferramentas para que nos ajudem no dia a dia, tanto nos trabalhos, como na comunicação e nas horas livres, os trabalhos que no passado demorava muito tempo para serem realizados, nos dias atuais podem ser realizados em poucos dias, dependendo até em poucas horas.

O surgimento dos computadores esta juntamente associada à indagação “as máquinas podem pensar?”. Isto foi o que levou o primeiro protótipo de computador, por volta dos anos 1830, à máquina analítica do matemático inglês Charlie Babbage, que queria construir assim um aparelho muito inteligente, com propósito de até mesmo simular o raciocínio humano[4].

Depois disto muitos nomes se envolveram com a criação dos primeiros computadores, por esta questão impossível associar uma criação tão importante a apenas um dos criadores.

O primeiro computador digital foi criado por Konrad Zuse, engenheiro alemão, por volta do ano de 1936[5].

Somente na Segunda Guerra Mundial que realmente foram criados os atuais computadores, hoje existentes. A Universidade de Harvard, juntamente com a Marinha dos Estados Unidos desenvolveram o computador, qual foi projetado pelo professor Howard Aiken, aparelho o qual conseguia multiplicar dois números de dez dígitos em três segundos[5].

A partir de então vem sendo melhorado a cada vez mais veio sendo melhorado o computador, aumentando-se a agilidade, para que fossem feitos cálculos a cada vez mais rápidos, a capacidade, para que o aparelho guardasse as coisas em sua memória, gerando dados e todas as outras coisas, até chegar ao aparelho que hoje temos, e mesmo assim ainda não parou de obterem-se melhorias.

Fato este que depois do surgimento dos computadores veio-se também sendo criada a internet, que teve um caminho bem parecido.

Em meio a Guerra Fria, na década de 1960, que surgiu a internet, concebida pelo matemático Joseph Licklider, não exatamente como conhecemos hoje, mas de uma maneira um pouco diferente, onde a característica era ser apenas uma ferramenta de comunicação capaz de percorrer diversos caminhos para que a mensagem chegasse a outro destino[6].

A partir daí surgiu um novo meio, a ARPANET (Advanced Research Projects Administration – Administração de Projetos e Pesquisas Avançadas), qual foi criada por algumas universidades, a mesma funcionava através de outro sistema, conhecido este como chaveamento de pacotes, que seria um sistema de transmissão de dados em rede de computadores, onde as informações eram divididas em pequenos pacotes, contendo trechos de dados, o endereço do destinatário e outras informações que permitiam que no final montasse novamente a mensagem original, meio este parecido com o atual.

Por fim, no Brasil surgiram os primeiros indícios de rede por volta de 1988, quais ligavam universidades Brasileiras a instituições nos Estados Unidos, no mesmo ano começaram-se projetos de pesquisa ao primeiro serviço brasileiro não acadêmico e não governamental, mas de uso restrito.

3 CRIME

A palavra crime é tão utilizada, porém, ainda sim, até o dia de hoje, ainda não foi definido pelo Código Penal, ou por qualquer outra área mesmo sendo muito estudado, “é uma construção fundamentalmente jurídico-penal” [7], e o seu próprio conceito não é tão fácil de ser entendido ou delimitado. A lei de introdução ao Código Penal sancionada por Getúlio Vargas chegou a tentar definir o que é o crime, porém mesmo assim não conseguiu:

“Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, penas de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.”

Após análise da definição acima citada, qual foi instituída pelo Decreto-Lei 3.914/41, ainda fica claro de que não é o suficiente para entendê-lo assim tão facilmente, pois a própria definição apenas distingue os crimes das contravenções penais, nada, além disto.

Assim acabou tendo que ficar a cargo dos doutrinadores tentarem nos passar uma definição exata do que seria crime, dentre muitos temos Celso Delmanto, que acabou se destacando um pouco com o seu conceito, onde o mesmo diz que crime é “a violação de um bem jurídico penalmente protegido” [8].

Como Delmanto, muitos outros doutrinadores renomados também tentaram trazer a definição de crime, mas, por fim, crime em seu conceito analítico é apresentado por Júlio Fabbrini Mirabete, onde o mesmo diz que crime é uma conduta típica, antijurídica e culpável. [9]

A teoria da ação mais aceita pelos doutrinadores é que uma conduta somente será considerada criminosa se for típica, ilícita e culpável, uma vez que os motivos e objetivos subjetivos do agente são analisados e decisivos para a caracterização ou não da Infração. A conduta só será considerada criminosa se for reconhecido o Dolo na motivação do agente criminoso, ou a Culpa, quando a Lei Penal expressamente prever esta possibilidade. [10]

3.1 CRIME VIRTUAL

Crime virtual nada, mas é que o termo utilizado para se referir as atividades ilícitas praticadas onde envolvem um computador ou uma rede de computadores qual é invadida sem autorização e utilizada como uma ferramenta, uma base de ataque ou como meio de crime.

“Podemos conceituar os crimes virtuais como sendo as condutas de acesso não autorizado a sistemas informáticos, ações destrutivas nesses sistemas, a interceptação de comunicações, modificações de dados, infrações os direitos de autor, incitação ao ódio e discriminação, chacota religiosa, transmissão de pornografia infantil, terrorismo, entre diversas outras formas existentes. (PINHEIRO, 2010, p. 46) [11].”

Os crimes virtuais são considerados como crime de meio, aquele utilizado virtualmente, é um crime onde a modalidade só ocorre em ambiente virtual, com exceção a crimes cometidos por hackers, que em algumas formas existe a possibilidade de ser enquadrado até mesmo como estelionato, falsidade ideológica, fraudes, entre outros equiparados a estes, onde são pessoas especialistas em cometer esses tipos de infrações.

3.1.1 Crimes Virtuais Próprios

Os crimes virtuais próprios podem ser identificados como aqueles onde o sujeito utiliza diretamente de um computador, onde o sistema informático do sujeito passivo, onde o sistema tecnológico é utilizado como objeto e meio para a execução de um determinado crime. Crime informático próprios tem não somente a invasão de dados não autorizada, mais um todos como as interferências em dados informatizados, já salvos em algum computador, por exemplo, a invasão em um sistema com a intenção de modifica-lo, ou até mesmo inserir dados falsos, que atinjam o software ou o hardware de um computador.

O doutrinador Damásio de Jesus entende como:

“Crimes eletrônicos puros ou próprios são aqueles que sejam praticados por computador e se realizem ou se consumem também em meio eletrônico. Neles, a informática (segurança dos sistemas, titularidade das informações e integridade dos dados, da máquina e periféricos) é o objeto jurídico tutelado. (DAMÁSIO, 2003). [12]”.

São aqueles onde o bem jurídico protegido pela norma penal é a inviolabilidade de dados, a exemplo disso temos a interceptação telemática ilegal, prevista no artigo 10 da lei 9296/96.

3.1.2 Crimes Virtuais Impróprios

Os crimes informáticos denominados impróprios são aqueles nos quais o computador ou qualquer outro aparelho digital é utilizado como instrumento para a efetivação do crime, onde atinge todo o bem jurídico já tutelado, ou seja, crimes já tipificados que agora são cometidos no meio informático, com a utilização de computadores e sistemas informáticos. Assim expõe Damásio:

[...] Já os crimes eletrônicos impuros ou impróprios são aqueles em que o agente se vale do computador como meio para produzir resultado naturalístico, que ofenda o mundo físico ou o espaço "real", ameaçando ou lesando outros bens, não computacionais ou diversos da informática. (DAMÁSIO, 2003) [12].

Alguns exemplos de crimes virtuais impróprios podem ser a calúnia (art. 138 do Código Penal), difamação (art. 139 do Código Penal), injúria (art. 140 do Código Penal), todos estes podendo ser cometidos no meio digital, seja através de um e-mail, bate-papo ou qualquer outro meio.

3.1.3 Crimes Virtuais Mistos

Seriam delitos dos quais se utiliza da internet para realizar a conduta ilícita, e o objetivo não é apenas o computador da vítima, mas sim bens jurídicos de naturezas diversas, como por exemplo, transações ilegais de valores de contas correntes.

3.1.4 Crimes Informáticos Mediatos Ou Indiretos

Os crimes virtuais mediatos ou indiretos é o crime-meio qual é praticado para a realização ou consumação de um crime-fim não informático, este acaba recebendo a característica de um crime informático.

Como por exemplo aquela pessoa que invade um sistema computacional de um banco com objetivo de transferir indevidamente valores para sua conta, incorre nos delitos de acesso não autorizado a sistemas computacionais (crime informático) e o furto (crime contra o patrimônio).

O resultado dessa prática, como descreve VIANNA, leva-nos a compreender que "o acesso não autorizado será executado como delito-meio para se poder executar o delito-fim que consiste na subtração da coisa alheia móvel. Desta forma, o agente só será punido pelo furto, aplicando-se ao caso o princípio da consunção."^[14]

No mesmo incorre aquele que invade sistemas computacionais de empresa de cartão de crédito para obter números válidos de cartão, usando-os posteriormente para aquisição de produtos pela internet, responderá por estelionato.

4 AMEAÇAS VIRTUAIS

Na época que estamos vivendo atualmente a tecnologia vem se expandindo a cada vez mais, com isto cresce muito as chances de usuários e empresas serem vítimas de crimes e ataques virtuais, os cibecriminosos vem se aproveitando muito disso, pois eles agem de maneira muito sigilosa, conseguindo passar

inclusive por antivírus e todos meios de proteção sem se quer ser percebidos.

Com isto os crimes vêm aumentando cada vez mais, pois as pessoas acabam tendo seus dados clonados, copiados, roubados e se quer percebem, algumas das maiores ameaças existentes hoje estão tentando invadir o seu computador há quase todo dia, como você já deve ter visto algumas destas ameaças bloqueadas por s eu antivírus.

As ameaças virtuais mais conhecidas, são:

- Trojan Banking: o Trojan Banking tem a característica de roubo de dados bancários, de dados de sites de compras, redes sociais e servidores de e-mail. Sendo muito perigoso, pois pode invadir o computador como se fosse um Trojan comum, sendo através de sites infectados, mensagens de e-mail, e até mesmo vindo junto com downloads feitos de programas na internet, além do, mas ele é muito perigoso, pois ele acaba se espalhando muito rapidamente no sistema, para o reconhecimento de páginas, de bancos on-line e sites que realizam transações financeiras, para assim roubar os dados bancários do usuário.

- Keylogger: o Keylogger, também é muito perigoso, pois é um programa de computador que é capaz até mesmo de monitorar e armazenar, até mesmo as teclas digitadas pela vitima, para depois serem enviadas aos ciber criminosos. Por estes motivos o risco de deixar seus dados sempre salvos em algum site de forma automática, para que você não precise digitar tudo de novo quando for entrar novamente, os ciber criminosos, se aproveitam muito desta ferramenta e utilizam o Keylogger para o roubo de loguins e até mesmo dados bancários.

- Ransomware: Ransomware nada mais é que alguns códigos maliciosos no qual conseguem sequestrar todos, dados, arquivos ou até mesmo o sistema completo da vitima, por meio de técnicas de criptografia. Ele bloqueia um computador ou dispositivo móvel

totalmente. E após a realização deste sequestro quase sempre o malware exibe mensagens na tela inicial dizendo que o computador foi hackeado e a vítima tem que fazer um depósito com tal quantia, ou comprar determinados produtos, para assim passarem alguma senha para que a vítima tenha seu sistema de volta, caso este que quase nunca acontece.

- Adware: é aquele programa que executa automaticamente sem a autorização do usuário e fica exibindo anúncios. São aqueles programas que você faz o download na internet e vêm muitos anúncios juntos nas páginas, estas propagandas são os famosos Adwares, quais são maliciosas e muito perigosas, pois podem constituir uma forma de publicidade invasiva em seu computador, e porque consomem muitos recursos de seu computador, deixando-o muito lento. Além do, mas estes programas acabam sendo muito resistentes, pois depois de instalados, são muito difíceis de serem desinstalados, pois muitas das vezes não constam nem mesmo na lista de programas instalados, e muitas das vezes são impossíveis de serem apagados das formas tradicionais e mais fáceis, muitas vezes tendo que formatar o computador para conseguir remove-los.

- Backdoor: é apenas um recurso utilizado pelos ciber criminosos para garantir o acesso remoto do sistema, ou da rede infectada, seria uma porta dos fundos, para que instalem diversos malwares no computador quais exploram falas críticas existentes nos programas e softwares desatualizados e do firewall para abrir portas do roteador, para que assim registre as teclas digitadas, tirar screenshots e até gravar áudios, de maneira remota, sem que a vítima saiba o que está acontecendo.

- Rootkit: São trojans que precisam de um método avançado de programação para serem instalados, em camadas não documentadas do sistema operacional, o que o torna muito difícil dos antivírus conseguirem detectá-lo. Este vírus foi desenvolvido especificamente para se esconder de si mesmo dentro de um sistema. O pior aspecto deste trojan é que mesmo depois de

deletado da máquina ele consegue se recuperar, sempre se reinstalando após qualquer limpeza feita no computador. Com isto este vírus pode permanecer no sistema por meses, ou até anos, facilitando assim que os hackers utilizem do computador para realizar atividades criminosas. O meio de funcionamento dele é através de um malware que integra um código ao sistema operativo e intercepta todas as solicitações comuns de leitura do arquivo.

- Time Bomb: Este malware é conhecido como “Bomba relógio”, ele funciona como um cronometro que pode ser programado para ser executado em um determinado momento no sistema operacional, causando inúmeros danos. Este tipo de ameaça geralmente é distribuído em e-mails e instalada no computador das vítimas caso elas executem o arquivo.

- Browser Hijacker: É um vírus muito utilizado por golpistas aonde o objetivo dele é a alteração das principais configurações do navegador. Quando instalado altera a homepage e os mecanismos de busca. Eles normalmente exibem anúncios e propagandas em sites legítimos e acabam redimensionando a vítima para sites maliciosos que podem conter exploits ou outras pragas digitais, quais podem danificar o computador da vítima.

- Worm: é um programa malicioso qual se espalha através de uma rede por computadores sem que nenhum usuário consiga interferir no processo. Costumando consumir banda de uma rede, sendo espalhado em um processo totalmente automatizado, criando cópias de si mesmo, assim você apaga um sempre terá outro. Ele também pode ser distribuído através de anexos em e-mails.

- Rogue Security Software: Este malware engana os usuários apresentando ser um programa de antivírus ou antispyware altamente confiável. O programa é aberto sem a interferência do usuário e demonstrando um escaneamento de vírus muito eficaz, onde detecta muitos vírus existentes em seu computador, aonde

para que você possa se livrar das ameaças detectadas tem que adquirir o programa fazendo um depósito em dinheiro, qual informação é falsa, e na verdade não existe vírus nenhum em seu computador, porém eles o manipulam para obter assim uma vantagem ilícita sobre os usuários.

- Vírus Stealth: São malwares que utilizam métodos de criptografia, para assim evitar a detecção por ferramentas de segurança instaladas nos computadores. Sendo assim um vírus muito difícil de ser detectado e excluído, na maioria das vezes invadem o sistema quando o usuário instala malwares disfarçados como programas de websites e faz downloads de anexos de e-mails mal intencionados.

- Vírus de Macro: É uma série de comandos automatizados, os quais podem ser embutidos em programas de processamento de textos como Word, Excel. Uma vez executado o vírus, ele consegue se espalhar rapidamente causando anormalidades em documentos, acessando contas de e-mails e enviando assim cópias de arquivos infectados para outros usuários com sua conta.

- Joke Program: São programas ou códigos criados nos computadores para causar danos temporários no sistema operacional, como travamentos, interrupção da execução de programas, mudanças inesperadas de comportamentos. Estes códigos não causam na verdade nenhum dano real a máquina, porém causam muita irritação para os usuários, ele pode ser rapidamente identificado através de um programa antivírus.

- Greyware: refere-se aos programas que são instalados na máquina sem o consentimento do usuário e ficam rodando em seus computadores. Estes programas ficam na situação entre o software normal e o vírus, eles podem ou não conter vírus, sendo então na maior parte das vezes programa mais irritante do que perigosos, são, por exemplo, aqueles programas de piadas e adware que acabam sendo instalados nos computadores sem

você saber. Ainda pode ser prejudicial ao usuário, pois ele engloba ameaças como spyware, adware, trackwares e muitos outros programas indesejáveis a qualquer usuário de computador, quais são projetados para prejudicar o desempenho das máquinas.

- Cavalo de Troia: Provavelmente o mais conhecido por todos, responde ao papel de primeiro estágio de infecção, ele cumpre o papel de ocultar um programa que tem por objetivo abrir uma porta para que um hacker tenha acesso ao computador infectado. O Cavalo de Tróia pode vir em downloads de programas, músicas, vídeos, e-mails e até mesmo em sites maliciosos, onde aproveitam da vulnerabilidade do navegador para instalar assim a praga no computador. A maioria das vezes os antivírus conseguem detectar esta ameaça e neutraliza-la.

- Spyware: são programas espiões, quais são utilizados pelos ciber criminosos para o monitoramento de atividades e captação de informações e dados sigilosos dos usuários. Desta forma eles criam um banco de dados de spam, com propagandas customizadas, que muitas das vezes acabam induzindo as pessoas a entrarem. O Spyware, a maioria das vezes é obtida através de downloads de anexos em e-mails, websites, conexões diretas para o compartilhamento de arquivos.[15]

No entanto, estas são as ameaças mais conhecidas e comuns nos dias de hoje, além de serem as mais utilizada por criminosos para por meio destas praticar ilícitos, porém além dessas existem inúmeras outras.

5 CRIMES MAIS COMUNS NO MEIO DIGITAL

Existem muitos crimes praticados nesse meio digital, dentre todos os crimes mais comuns existentes hoje são:

- Calúnia, que é uma afirmação falsa sobre alguma pessoa, na qual ofenda a honra, ou a reputação de alguém;

- Injúria, que nada, mas é que o xingamento feito diretamente à pessoa;
- Difamação, atribuir a alguma pessoa algum fato ofensivo a sua reputação;
- Divulgação de Materiais Confidenciais, expor a pessoas segredos mantidos por terceiros, como a divulgação de materiais íntimos (fotos, vídeos), e também documentos;
- Atos Obscenos, colocar em rede qualquer ato que ofenda a terceiros que poderão ver;
- Apologia ao Crime e As Drogas, criar grupos, comunidades que demonstram como burlar normas ou leis, e também que possa divulgar fatos ilícitos já praticados;
- Perfil Falso, criar perfis falsos, se passando por outras pessoas que existem ou criando identidades falsas de pessoas que não existem;
- Preconceito ou Discriminações, praticar em redes sociais, ou quais quer outros lugares onde pessoas tenham acesso, qualquer fato de forma negativa a etnias, raças, religiões, dentre outros;
- Pedofilia, ficar repassando imagens ou vídeos de crianças ou adolescentes.

Estes são apenas alguns dos crimes mais cometidos no meio digital contra quaisquer indivíduos, além do, mas tem também muitos crimes que são cometidos contra organizações, como:

- Espionagens, onde pessoas invadem sistemas para obter informações sem a autorização;
- Violação de autorização, quando se aproveita da autorização da pessoa para fazer coisas além do autorizado;

- Falsificação por computador, quando ocorrem modificações de dados dos sistemas;

- Cyberbullying, que ocorre tanto quanto em computadores, celulares quando são utilizados para enviar coisas com a intenção de constranger outras pessoas.

Dentre os crimes citados existem muitos outros ainda que são cometidos no meio digital.

Quase todos esses crimes quais são cometidos no meio digital, já possuem tipificação no código penal como crimes comuns, quais são aqueles que podem ser praticados por qualquer pessoa, e não exige nenhuma qualidade especial do sujeito.

Por este motivo a necessidade de uma lei específica que tipifique todos estes crimes para que os agentes possam ser punidos, e não como hoje acontece passando muitas pessoas sem essa punição pelo que praticou, trazendo prejuízo a outrem.

6 A FALTA DE LEGISLAÇÃO ESPECIFICA

Com todo o avanço tecnológico tornando-se o uso da internet e dos computadores rotineiro, e de todos outros meios eletrônicos como celulares, tablets, ipad, dentre muitos aparelhos existentes no cotidiano das pessoas e conseqüentemente da falta de uma legislação completa e atual quanto aos crimes virtuais, vem-se propagando cada vez mais crimes relacionados a este cenário, infelizmente quanto a este aspecto o nosso país se demonstram muito atrasado por ainda não possuir uma legislação específica para os crimes cibernéticos. Enquanto isso em muitos outros países até menos desenvolvidos que o Brasil, já apresentam uma legislação aonde específica e trata dos crimes cibernéticos.

Embora, já tenha acontecido de tomar medidas emergenciais, como a criação de algumas normas que regulamentam algumas destas condutas, outras sendo aplicadas em meio ao Código Penal, ainda sim é necessária uma legislação específica que encaixe todas as condutas e meios que podem ser existentes, até mesmo porque o nosso Código Penal, também não

é muito novo, sendo de 1940, época esta que não existia muita tecnologia comparado ao dia de hoje.

Como já observado, os crimes cibernéticos é uma modalidade nova, e diante da falta de uma legislação específica para lhe dar com estes crimes ainda ficam muitas condutas criminosas sem serem punidas.

Existem alguns Projetos de leis específicas que existem há anos, e até o presente momento não foram aprovadas, como o PL nº 84/99, também conhecido como a Lei Azeredo, lei está que propõe punir os criminosos da informática, que seria muito interessante para o momento que estamos passando.

Além das más por motivos de que os Crimes Cibernéticos envolvem não somente o Brasil, mas o mundo inteiro, além de uma simples legislação específica em nosso país, seria necessária a adesão de tratados internacionais que disciplinam a matéria, e que garantiriam que os ciber criminosos fossem punidos.

6.1 Projeto Do Novo Código Penal

Uma das possíveis mudanças e melhorias na parte de crimes cibernéticos (virtuais), poderia ocorrer com a aprovação do novo projeto do Código Penal, qual já esta inclusive no senado (Projeto de Lei no Senado 236/2012), e deve ser apresentado no início do segundo semestre de 2017.

O projeto do novo Código Penal é fruto de proposta apresentada por uma comissão de juristas e tramita no Senado desde julho de 2012. A matéria já foi aprovada por uma comissão temporária de senadores e está na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) da casa[16].

O que poderia mudar é que o projeto trata sobre o assunto, tem um capítulo específico sobre os crimes cibernéticos, inspirados na Convenção de Budapeste, incluindo-se ainda condutas que ainda não estão tipificadas na legislação atual vigente, como por exemplo acesso sem autorização ou indevida a sistema de informática, também o aumento de pena no caso de divulgação ou utilização indevida das informações (art. 209) e sabotagem informática (art. 210), além de trazer alguns novos conceitos sobre o tema.

Essa é uma das esperanças para que diminua ou até acabe com essa modalidade de crimes, muito utilizada por criminosos nos dias de hoje.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi tratado é de se notar que é de grande relevância na atual situação em que estamos vivendo, qual seja o tema: crimes virtuais e a necessidade de uma legislação específica. Pois fica claro que estamos precisando urgentemente de uma atual legislação específica para controlar estas condutas citadas para que não continue passando muitas pessoas impunes, e pare de aumentar a quantidade de pessoas praticando estes crimes.

Embora já existam algumas normas que tratem da matéria, ainda sim o ordenamento Brasileiro não se mostra eficaz para que todas as pessoas que utilizam o meio tecnológico tenham proteção.

O correto era mesmo que o Direito acompanhasse as transformações e mudanças da sociedade, sendo assim que ele se adaptasse também ao mundo virtual, trabalhando sempre garantindo a segurança dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Conclui-se então que está na hora dos legisladores atuarem nesse ponto e criarem normas e legislação específica, para garantir assim a proteção dos usuários dos computadores, internet, celulares, entre outros. Para que estes tenham seu Direito garantido também tendo uma segurança que se sofrerem algo saberão que os causadores não sairão impunes.

REFERÊNCIAS:

[1] ALTMAN, Max. Hoje na História: Thomas Edison inventa a lâmpada elétrica. São Paulo, 2009. Disponível em: <http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/1665/conteudo+opera.shtml>. Acesso: 15-03-2017.

[2] MÖDERLER, Catrin. 1876: Graham Bell obtém a patente do telefone. Disponível em: <http://p.dw.com/p/1qkt>. Acesso: 15-03-2017.

[3] GELBERT, Laura. Brasil está entre os cinco países com mais crimes cibernéticos, aponta relatório da ONU. Nova York, 2015. Disponível em: <http://www.ebc.com.br/tecnologia/2015/03/brasil-esta-entre-os-cinco-paises-com-mais-crimes-ciberneticos-aponta-relatorio>. Acesso: 16-03-2017.

[4] ACEMPROL. A Origem do Computador. Internet, 2012. Disponível em: <http://www.acemprol.com/a-origem-do-computador-t24106.html>. Acesso: 16-03-2017.

[5] WIKIPÉDIA. Computador. Internet, 2013. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Computador>. Acesso: 16-03-2017.

[6] WIKIPÉDIA. História da Internet. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Hist%C3%B3ria_da_Internet. Acesso: 16-03-2017.

[7] PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. 13ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P. 201. Acesso em 04-11-2016.

[8] DELMANTO, Celso. Código Penal Comentado. 5ª Edição. São Paulo: Renovar, 2000, p. 18. Acesso em 04-11-2016.

[9] MIRABETE, Júlio Fabbrini. Código Penal Interpretado. 1ª Edição. São Paulo: Editora Atlas S. A., 2000, p. 130. Acesso em 04-11-2016.

[10] PERES, César. A teoria finalista da ação. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, 2010, n. 699, 4 jun. 2005. Disponível em: . Acesso em: 04-11-2016.

[11] VIANNA, Túlio Lima. Fundamentos de Direito Penal Informático: do acesso não autorizado a sistemas computacionais. Rio de Janeiro: Forense, 2003. ISBN 85-309-1619-0. Acesso em: 06-11-2016.

[12] NUNES, Massio Barbosa. Crimes Virtuais: Uma análise acerca de alguns de seus aspectos. Fortaleza, 2015. Disponível em: <http://www.faculdadescearenses.edu.br/biblioteca/TCC/DIR/CRIME%20VIRTUAIS%20UMA%20ANALISE%20ACERCA%20DE%20ALGUNS%20DE%20SEUS%20ASPECTOS.pdf>. Acesso em: 11-11-2016.

[13] SILVA, Carlos Alberto Ferreira. Crimes Eletrônicos Mediatos ou Indiretos. 2015. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/o-que-sao-crimes-eletronicos-mediatos-ou-indiretos/>. Acesso em 16-03-2017.

[14] VIANNA, Túlio Lima. Fundamentos de Direito Penal Informático: do acesso não autorizado a sistemas computacionais. Rio de Janeiro: Forense, 2003. [ISBN 85-309-1619-0](#). Acesso em: 06-11-2016.

[15] TEOTÔNIO, Ítalo Diego. Ameaças Virtuais – Conheça algumas delas e suas principais características. Internet, 2012. Disponível em: <https://www.profissionaisti.com.br/2012/07/ameacas-virtuais-conheca-algumas-delas-e-suas-principais-caracteristicas/>. Acesso em 17-03-2017.

[16] PRUDENTE, Neemias. Principais mudanças e polêmicas: projeto de novo código penal (pls 236/2012). Internet, 2013. Disponível em: <https://neemiasprudente.jusbrasil.com.br/artigos/121942830/principais-mudancas-e-polemicas-projeto-de-novo-codigo-penal-pls-236-2012>. Acesso em: 18-03-2017.

CONTROLE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA SOBRE O PODER JUDICIÁRIO

GEORGE ALMEIDA MARGALHO:
Graduando do curso de Direito da
Universidade de Brasília.

RESUMO: O controle sobre o Poder Judiciário sempre foi lento e ineficiente, visto que a competência para a investigação de magistrados é do próprio tribunal que estão vinculados. Todavia, a Reforma do Judiciário criou o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, que vem exercendo seu papel de controle sobre o Judiciário de forma não tão atrelada ao princípio da legalidade.

Palavras-chaves: Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. Princípio da Legalidade.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Controle do CNJ. 3. Considerações finais. 4 Referências

1. INTRODUÇÃO

O Judiciário brasileiro é composto por diversos tribunais diferentes (estaduais, federais, especializados e comuns), cada um com autonomia financeira e administrativa, além de poucos padrões comuns para seu funcionamento. Portanto, em 2004 ocorreu a chamada Reforma do Judiciário que criou o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) visando o exercício de um controle externo do Judiciário. Esse conselho que tem sua finalidade determinada pelo EC 45/2004, apresenta três pilares de competência que são os controles da legalidade dos atos administrativos, o controle disciplinar e a formulação de políticas públicas e estratégicas do Poder judiciário

2. CONTROLE DO CNJ

Em 2011, na cidade do Rio de Janeiro, o juiz João Carlos de Souza conduzia um veículo sem placa e não portava carteira de habilitação, logo em seguida foi parado em uma blitz da Lei Seca. A agente de

trânsito, Luciana, determinou que o veículo fosse apreendido para ser levado a um pátio, todavia o juiz deu ordem de prisão à agente, e esta contestou alegando que “juiz não é Deus”.

Dois anos depois, em 2013, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ-RJ) entendeu que o juiz não teria cometido nenhuma irregularidade, assim, arquivou os dois processos contra o magistrado. O caso voltou à mídia quando a 36ª vara cível do Tribunal Fluminense condenou Luciana, a fiscal de trânsito, a pagar R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) ao juiz João Carlos, fundamentando-se a decisão na existência de danos morais.

Desde então, o ato que manteve o juiz intacto chamou a atenção do CNJ, tornando possível uma revisão da análise do caso pelo TJ-RJ, posteriormente, o órgão escolherá entre pedir um novo julgamento ao referido tribunal ou tomar o caso para si.

Como dito anteriormente, uma das competências do CNJ é realizar um controle da legalidade dos atos administrativos do Poder Judiciário. Assim como está explicitado na Constituição Federal:

§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

II zelar pela observância do art. 37 e **apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário**, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;

Todavia, muitas vezes o Conselho acaba incumbindo-se de controlar não só a legalidade dos atos administrativos, mas também acaba interferindo nas decisões que seriam rotuladas “inconvenientes” e “inoportunas”. Assim como descrito no caso acima fica claro que o CNJ está mais preocupado em realizar o controle de determinados atos e julgamentos que têm uma certa repercussão nacional, apesar de, em algumas circunstâncias, esse controle por ele executado não ser previsto nas escrituras legais, por não se tratar de mero controle de legalidade.

Entretanto, há uma série de limites à atuação do Conselho Nacional de Justiça, assim como determinado acima, tal competência está voltada ao controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e o controle do cumprimento dos deveres funcionais dos juízos. O doutrinador Alexandre de Moraes ensina que o CNJ visa estabelecer um efetivo controle administrativo centralizado de legalidade sobre a atuação dos diversos juízes e tribunais, sem prejuízo dos controles administrativos de cada tribunal e do controle jurisdicional. De modo que, essa finalidade fica constatado na disposição do Art. 103-B, inciso II da Constituição da República.

O jurista ainda destaca que o CNJ, quando exercer a função de controle administrativo e financeiro do Poder Judiciário somente poderá analisar a legalidade do ato, e não o mérito – na hipótese de atos administrativos discricionários -, que deve ser entendido como juízo de conveniência e oportunidade do administrador, no caso, os membros ou órgãos judiciários, que poderão, entre as hipóteses legais e moralmente admissíveis, escolher aquela que entender como a melhor para o interesse público.

Entre os fatores que levam a esse controle da conveniência e mérito do ato, a mídia assume uma posição especial, vez que é a responsável pela divulgação em massa de supostos casos de “injustiça”, seja por meio de jornais, televisão, internet; cuja ausência do Estado para tal reparação torna-se imprescindível diante de tantas conquistas e garantias do Estado de Direito. Portanto, o CNJ encontra-se nesses momentos forçado a agir, servindo até mesmo como uma forma de autolegitimação, já que

ele estaria intervindo em atitudes do Poder Judiciário altamente criticadas pela sociedade.

O caso acima exemplifica bem essa situação, onde houve um julgamento administrativo que atendeu às questões do devido processo legal e teve sua fundamentação atrelada à legalidade. Todavia, diante de uma indignação de grande parte da população brasileira, o CNJ propôs uma nova análise do caso alegando inconveniência daquele julgamento, e não ilegalidade.

Embora o CNJ tenha admitido em sua própria jurisprudência a restrição do controle dos atos administrativo do Poder Judiciário ao campo da legalidade, como segue no trecho do processo de número 0000980-93.2008.2.00.0000, “O Conselho Nacional de Justiça não tem competência para rever a conveniência e oportunidade dos atos administrativos, pois sua atuação restringe-se à verificação da legalidade e regularidade jurídica dos atos da administração judiciária.” (Disponível no

link: <http://www.cnj.jus.br/Infojuris12/Jurisprudencia.seam;jsessionid=177BF7E7BF0F28B956A53C97D9C409F6.node3?jurisprudenciaIdJuris=43808&indiceListaJurisprudencia=8&firstResult=2275&tipoPesquisa=BANCO>)

Todavia, não é essa a realidade prática do CNJ, visto que existem casos de claro controle sobre questões administrativas do Poder Judiciário que são analisadas por um viés que não se encontra preso à legalidade.

Nas várias situações de atuação do Conselho que são motivadas pela oportunidade e conveniência, a fundamentação utilizada por este é sempre de acordo com sua função constitucional, ou seja, usa-se uma fundamentação estritamente relacionada à legalidade, embora o verdadeiro motivo para tal controle não seja simplesmente esse motivo alegado, mas sim questões externas à sua competência que não podem ser explicitadas.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, o CNJ desempenha um controle que na maioria das vezes é decorrente de uma grande indignação nacional que advém pela divulgação da mídia, e ao realizá-lo não se prende aos postulados legalmente previsíveis, já que utiliza-se de outras motivações para inspirar tal controle.

4. REFERÊNCIAS

Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 14/04/2015.

Moraes, Alexandre De. **Constituição do Brasil interpretada e legislação Constitucional**. 9ª edição. São Paulo: Atlas. 2013.

Moreira, Caio. **O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o controle externo do Judiciário**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22514/o-conselho-nacional-de-justica-cnj-e-o-controle-externo-do-judiciario>. Acesso em: 23/04/2015.

Ortega, Carlos Eduardo. **A competência do Conselho Nacional de Justiça e o seu controle pelo Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI129361,81042-A+competencia+do+Conselho+Nacional+de+Justica+e+o+seu+controle+pelelo>. Acesso em: 03/04/2015.

Portal CNJ, jurisprudência. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/Jurisprudencia.seam;jsessionid=177BF7E7BF0F28B956A53C97D9C409F6.node3?jurisprudencialdJuris=43808&indiceListaJurisprudencia=8&firstResult=2275&tipoPesquisa=BANCO>. Acesso em 03/04/2015

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 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 espreque em tais premissas, cuida hastear, com bastante pertinência, como flâmula de interpretação o *“prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém”*[1]. Destarte, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total

descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo primevo é assegurar que não haja uma vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras em que o homem valorizava a Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Ademais, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, precipuamente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral voto proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF, “*o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza*”^[2]. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz, justamente, na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais e os institutos jurídicos neles consagrados.

Ainda neste substrato de exposição, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de 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°. 1.856/RJ, em especial quando destaca:

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

Quadra anotar que os direitos alocados sob a rubrica de *direito de terceira dimensão* encontram como assento primordial a visão da espécie humana na condição de coletividade, superando, via de consequência, a tradicional visão que está pautada no ser humano em sua individualidade. Assim, a preocupação identificada está alicerçada em direitos que são coletivos, cujas influências afetam a todos, de maneira indiscriminada. Ao lado do exposto, cuida mencionar, segundo Bonavides, que tais direitos “*têm primeiro por destinatários o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta*”[8]. Com efeito, os

direitos de terceira dimensão, dentre os quais se inclui ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, positivado na Constituição de 1988, emerge com um claro e tangível aspecto de familiaridade, como ápice da evolução e concretização dos direitos fundamentais.

2 Comentários à concepção de Meio Ambiente

Em uma primeira plana, ao lançar mão do sedimentado jurídico-doutrinário apresentado pelo inciso I do artigo 3º da Lei Nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981[9], que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências, salienta que o meio ambiente consiste no conjunto e conjunto de condições, leis e influências de ordem química, física e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. Pois bem, com o escopo de promover uma facilitação do aspecto conceitual apresentado, é possível verificar que o meio ambiente se assenta em um complexo diálogo de fatores abióticos, provenientes de ordem química e física, e bióticos, consistentes nas plurais e diversificadas formas de seres 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 acepção conceitual de meio ambiente, coloca em destaque que tal tema se assenta em um ideário jurídico indeterminado, incumbindo, ao intérprete das leis, promover o seu preenchimento. Dada à fluidez do tema, é possível colocar em evidência que o meio ambiente encontra íntima e umbilical relação com os componentes que cercam o ser humano, os quais são de imprescindível relevância para a sua existência. O Ministro Luiz Fux, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº. 4.029/AM, salientou, com bastante pertinência, que:

(...) o meio ambiente é um conceito hoje geminado com o de saúde pública, saúde de cada indivíduo, sadia qualidade de vida, diz a Constituição, é por isso que estou falando de saúde, e

hoje todos nós sabemos que ele é imbricado, é conceitualmente geminado com o próprio desenvolvimento. Se antes nós dizíamos que o meio ambiente é compatível com o desenvolvimento, hoje nós dizemos, a partir da Constituição, tecnicamente, que não pode haver desenvolvimento senão com o meio ambiente ecologicamente equilibrado. A geminação do conceito me parece de rigor técnico, porque salta da própria Constituição Federal[12].

É denotável, desta sorte, que a constitucionalização do meio ambiente no Brasil viabilizou um verdadeiro salto qualitativo, no que concerne, especificamente, às normas de proteção ambiental. Tal fato decorre da premissa que os robustos corolários e princípios norteadores foram alçados ao patamar constitucional, assumindo colocação eminente, ao lado das liberdades públicas e dos direitos fundamentais. Superadas tais premissas, aprovou o Constituinte, ao entalhar a Carta Política Brasileira, ressoando os valores provenientes dos direitos de terceira dimensão, insculpir na redação do artigo 225, conceder amplo e robusto respaldo ao meio ambiente como pilar integrante dos direitos fundamentais. *“Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, as normas de proteção ambiental são alçadas à categoria de normas constitucionais, com elaboração de capítulo especialmente dedicado à proteção do meio ambiente”*[13]. Nesta toada, ainda, é observável que o *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988[14] está abalizado em quatro pilares distintos, robustos e singulares que, em conjunto, dão corpo a toda tábua ideológica e teórica que assegura o substrato de edificação da ramificação ambiental.

Primeiramente, em decorrência do tratamento dispensado pelo artífice da Constituição Federal, o meio ambiente foi içado à condição de direito de todos, presentes e futuras gerações. É encarado como algo pertencente a toda coletividade, assim, por esse prisma, não se admite o emprego de qualquer distinção entre brasileiro nato, naturalizado ou estrangeiro, destacando-se, sim, a necessidade de preservação, conservação e não-poluição. O artigo 225, devido ao cunho de direito

difuso que possui, extrapola os limites territoriais do Estado Brasileiro, não ficando centrado, apenas, na extensão nacional, compreendendo toda a humanidade. Neste sentido, o Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ, destacou que:

A preocupação com o meio ambiente - que hoje transcende o plano das presentes gerações, para também atuar em favor das gerações futuras [...] tem constituído, por isso mesmo, objeto de regulações normativas e de proclamações jurídicas, que, ultrapassando a província meramente doméstica do direito nacional de cada Estado soberano, projetam-se no plano das declarações internacionais, que refletem, em sua expressão concreta, o compromisso das Nações com o indeclinável respeito a esse direito fundamental que assiste a toda a Humanidade[15].

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

Desta feita, decorrente do fato supramencionado, produz efeito *erga omnes*, sendo, portanto, oponível contra a todos, incluindo

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

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

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

agredir o meio-ambiente com sua ação. Além disso, em razão da referida corresponsabilidade, são titulares do meio ambiente os cidadãos da presente e da futura geração.

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

No que concerne ao meio ambiente natural, cuida salientar que tal faceta é descrita como ambiente natural, também denominado de físico, o qual, em sua estrutura, agasalha os fatores abióticos e bióticos, considerados como recursos ambientais. Nesta esteira de raciocínio, oportunamente, cumpre registrar, a partir de um viés jurídico, a acepção do tema em destaque, o qual vem disciplinado pela Lei nº. 9.985, de 18 de Julho de 2000, que regulamenta o art. 225, §1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências, em seu artigo 2º, inciso IV, frisa que “recurso ambiental: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora”[16]. Nesta esteira, o termo fatores abióticos abriga a atmosfera, os elementos afetos à biosfera, as águas (inclusive aquelas que se encontram no mar territorial), pelo solo, pelo subsolo e pelos recursos minerais; já os fatores bióticos 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 de recursos naturais como componentes que integram a paisagem, desde que não tenham sofrido maciças alterações pela ação antrópica a ponto de desnaturar o seu aspecto característico. Trata-se, com efeito, de uma conjunção de elementos e fatores que mantêm uma harmonia complexa e frágil, notadamente em razão dos avanços e

degradações provocadas pelo ser humano. Ao lado do esposado, faz-se carecido pontuar que os recursos naturais são considerados como tal em razão do destaque concedido pelo ser humano, com o passar dos séculos, conferindo-lhes valores de ordem econômica, social e cultural. Desta feita, tão somente é possível à compreensão do tema a partir da análise da relação homem-natureza, eis que a interação entre aqueles é preponderante para o desenvolvimento do ser humano em todas as suas potencialidades. Patente se faz ainda, em breves palavras, mencionar a classificação dos recursos naturais, notadamente em razão da importância daquele 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 é 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

relocalização 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 Nº. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ag. 2009. Disponível em: . Acesso em 18 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 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 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 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 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 metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Necessidade de impedir que a transgressão a esse direito faça irromper, no seio da coletividade, conflitos intergeracionais - Espaços territoriais especialmente protegidos (CF, art. 225, §1º, III) -

Alteração e supressão do regime jurídico a eles pertinente - Medidas sujeitas ao princípio constitucional da reserva de lei - Supressão de vegetação em área de preservação permanente - Possibilidade de 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 legítimo 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 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.

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

JESUS CLÁUDIO PEREIRA DE ALMEIDA:
Mestre e doutorando em Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC.

RESUMO: O presente artigo visa analisar o instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica e seus reflexos à luz do Código de Defesa. Inicialmente, serão expostos aspectos quanto à origem da teoria da personalidade jurídica e sua importância no ordenamento jurídico brasileiro, desde o surgimento do termo “*disregard doctrine*” no direito anglo saxão, no sistema da *common law* e passando pelo direito americano, no sistema da *civil law*, até o surgimento no ordenamento jurídico brasileiro. Em seguida, abordamos os aspectos acerca do instituto da desconsideração da personalidade jurídica no código de defesa do consumidor, em especial no artigo 28, instigando a discussão acerca dos dispositivos do artigo 28, caput e § 5º, onde se verifica que o Código do Consumidor apresentou a desconsideração de forma ampla, de tal modo que pode abranger qualquer situação em que a autonomia da pessoa jurídica venha a frustrar ou dificultar o ressarcimento do consumidor prejudicado. Por fim, analisou-se a má administração, como reflexo do pedido de desconsideração da personalidade jurídica, tratada no caput artigo 28, caput, segunda parte, onde o CDC traz a previsão de aplicação da *disregard doctrine* em casos de falência, insolvência ou ainda encerramento da atividade de empresas, causados por má administração.

Palavras-chave: Desconsideração de Personalidade Jurídica. Má administração. Código de Defesa do Consumidor

ABSTRACT: This article aims to analyze the Institute of Disregard Doctrine and its reflexes in the light of the Defense Code. Initially, it will be exposed aspects as to the origin of the theory of legal personality and its importance in the Brazilian legal system, from the emergence of the term "disregard doctrine" in Anglo Saxon law, common law system and American law, civil system Law, until the

emergence in the Brazilian legal system. Next, we discuss the aspects about the institute of disregard doctrine in the consumer protection code, especially in article 28, instigating the discussion about the provisions of article 28, caput and § 5, where it is verified that the Consumer Code Presented the disregard in a broad way, so that it can cover any situation in which the autonomy of the legal person will frustrate or hinder the compensation of the disadvantaged consumer. Lastly, maladministration was analyzed, as a reflection of the request for disregard doctrine, discussed in section 28, caput, second part, where the CDC provides for the application of disregard doctrine in cases of bankruptcy, insolvency or even Closure of business activity, caused by maladministration.

Keys-words: Disregard Doctrine. Maladministration. Code of Consumer Protection.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo visa analisar o instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica e seus reflexos à luz do Código de Defesa do Consumidor.

O trabalho se desenvolve em três seções. Inicialmente, serão expostos aspectos quanto à origem da teoria da personalidade jurídica e sua importância no ordenamento jurídico brasileiro, desde o surgimento do termo “*disregard doctrine*” no direito anglo saxão, no sistema da *common law* e passando pelo direito americano, no sistema da *civil law*, até o surgimento no ordenamento jurídico brasileiro,

Em seguida, serão abordados aspectos acerca do instituto da desconsideração da personalidade jurídica no código de defesa do consumidor, em especial no artigo 28, no sentido que serão discutidos os fundamentos legais para a desconsideração em favor do consumidor, embora, no que se refere a excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito, violação dos estatutos ou

contrato social, falência, estado de insolvência e encerramento ou inatividade provocados por má administração, são temas de direito societário, não tendo consonância com a retrocitada teoria.

Já nos dispositivos do artigo 28, caput e § 5º, verifica-se que o Código do Consumidor apresentou a desconsideração de forma ampla, de tal modo que pode abranger qualquer situação em que a autonomia da pessoa jurídica venha a frustrar ou dificultar o ressarcimento do consumidor prejudicado, já que há que se considerar a necessidade de aplicação da desconsideração ao caso concreto, uma vez que a impossibilidade de ressarcimento objeto social ou não teve como fim ocultar conduta ilícita ou abusiva.

Na última seção tratou-se da má administração como reflexo do pedido de desconsideração da personalidade jurídica, tratada no caput artigo 28, caput, segunda parte, onde o CDC traz a previsão de aplicação da *disregard doctrine* em casos de falência, insolvência ou ainda encerramento da atividade de empresas, causados por má administração.

Essa previsão sim constitui verdadeira inovação, uma vez que, de forma inédita, introduz no direito brasileiro a possibilidade de desconsideração de personalidade da pessoa jurídica, sem que haja, necessariamente, fraude à lei, abuso de direito ou prática de atos ilícitos, porém, em tal hipótese caracterizadora de responsabilização de administrador por má gestão, não pressupõe nenhum superamento da forma da pessoa jurídica, pois o objeto é preservar a empresa e punir o mau administrador.

2. A ORIGEM DA TEORIA DA PERSONALIDADE JURÍDICA E SUA IMPORTÂNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Desconsideração da personalidade jurídica significa tornar ineficaz, para o caso concreto, a personificação societária, atribuindo-se ao sócio ou à sociedade condutas que, se não fosse

a superação, seriam imputadas à sociedade ou ao sócio, respectivamente, que se afasta a norma geral “não por inexistir determinação legal, mas porque a subsunção do concreto ao abstrato, previsto em lei, resultaria indesejável ou pernicioso aos olhos da sociedade” (FILHO, 1994, p.17-27).

Nesse ponto, trata-se, da não-aplicação ou afastamento da incidência da regra geral estabelecida no Código Civil de 1916, em seu artigo 20, que rezava que: “As pessoas jurídicas têm existência distinta dos seus membros”.

Portanto, a aplicação de tal técnica resulta da ocorrência de situações concretas em que prestigiar a autonomia e a limitação de responsabilidade implicaria em total desrespeito a interesse legítimo, consagrado pelo ordenamento jurídico (GLOBEKNER, INFORMATIVO JURÍDICO CONSULEX, ANO XIII, N. 29, p. 3-8).^[1]

Não aplicar ao caso concreto a regra geral não significa considerar nula a personalidade jurídica, é apenas o afastamento momentâneo da autonomia entre o patrimônio dos sócios e da sociedade, devido à caracterização da manipulação fraudulenta ou abusiva do princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas.

Nesse sentido, a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade, não significa “considerar ou declarar nula a personalidade jurídica, mas de torná-la ineficaz para determinados atos” (REQUIÃO, 1993, p. 283).

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica teve sua origem nos países ligados ao direito anglo-saxão, em que prevalece o sistema da common law^[2]. Isso porque nesse sistema jurídico as regras de direito são menos abstratas que as regras de direito da chamada “família romano-germânica” da qual o Brasil é filiado (GUIMARÃES, 1998, p.20-21).

A doutrina dominante considera como marco da aplicação da teoria da desconsideração o famoso caso “Salomon vs. Salomon & Co.”, ocorrido em Londres na Inglaterra nos anos de 1897.

O caso foi levado a julgamento na Justiça inglesa, onde o juiz de primeiro grau proferiu decisão acolhendo o fundamento de que houve fraude contra credores e que Salomon era o proprietário do fundo de comércio e, em consequência, responsabilizando-o pelos prejuízos causados a terceiros (credores/companhia).

No entanto, a referida decisão foi reformada na instância superior, que é conhecida como a Câmara dos Lordes, tendo como argumento o fato de que a sociedade teria sido validamente constituída, sendo, portanto, regular. Essa constituição, para a Corte, não autorizaria a desconstituição da personalidade jurídica.

Mesmo não tendo sido confirmada a decisão de primeiro grau na instância superior, é inegável a importância histórica do caso citado para a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, já que a partir desse caso a visão conservadora e formalista dos tribunais ingleses foi dando lugar à ampla aplicação da doutrina (MUSSALEM, 2004, p. 186).

No direito brasileiro, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica nasce para desafiar a regra do artigo 20 do Código Civil de 1916: “As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros”.

Como bem ensina COELHO (1994, p. 34-35), a manipulação da autonomia das pessoas é o instrumento para a realização da fraude contra credores. Mas o mesmo autor adverte, acertadamente, que a desconsideração da personalidade jurídica não deve ser olhada como a destruição do instituto da autonomia entre a sociedade e seus membros, mas, sim, como meio para corrigir o seu mau uso.

Cumpra esclarecer que a aplicação do *disregard doctrine*, que tem sua origem na common law, sofreu grandes dificuldades de aplicação no Brasil pelo fato do ordenamento jurídico brasileiro ser filiado à *civil law*, já que uma das características dos sistemas filiados à *civil law* é buscar uma solução no direito positivado.

O professor REQUIÃO (1969 , p. 410) foi o primeiro a apresentar a discussão acerca da desconsideração da personalidade jurídica no Brasil na sua consagrada obra Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. Entende o autor que a *disregard doctrine* é plenamente aplicável ao direito brasileiro, não podendo o juiz se omitir ante o fato de que a pessoa jurídica é utilizada para fins contrários ao direito. Justifica ainda o autor sua aplicabilidade ao direito pátrio aduzindo que, se a personalidade jurídica é uma criação da lei, uma concessão do Estado, nada mais procedente do que se reconhecer ao Estado, por meio de sua Justiça, a faculdade de verificar se o direito concedido está sendo adequadamente usado.

Além disso, o tema já era discutido no Brasil, com o advento da CLT – Consolidação das Leis Trabalhistas, Lei 5.452, de dezembro de 1943, que assim dispõe:

Art. 2o (...) § 2º- Sempre que uma ou mais empresas, tendo embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

No mesmo sentido, O Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172/66), em seu artigo 135, dispõe que os administradores e os mandatários, entre outros, são pessoalmente responsáveis pelos

créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poder ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

E ainda, a antiga Lei das Sociedades Anônimas (Decreto-Lei n. 2.627/40) já individualizava a responsabilidade de seus administradores nos casos de dolo, culpa ou violação da lei ou dos estatutos. Na mesma linha da legislação anterior, a atual Lei das Sociedades Anônimas (Lei n. 6.404/76) dispõe, em seu artigo 158, que o administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder: I – dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo; II – com violação da lei ou do estatuto.

Nessas circunstâncias especiais previstas em lei, em que os sócios agem, manifestamente, com conduta maliciosa e antijurídica, praticando verdadeiro abuso de direito, a doutrina e a jurisprudência têm se manifestado a favor da retirada do véu da pessoa jurídica, desconsiderando a sua personalidade, para alcançar aqueles que, sob o seu manto, praticam atos ilícitos e abusivos (MUSSALEM, 2004, p. 189).

Somente em setembro de 1990, pela primeira vez, o direito positivo brasileiro viu surgir base legal autorizando o Poder Judiciário a pôr em prática a desconsideração da personalidade jurídica na defesa do consumidor que venha a ser lesado em direito seu por procedimento indevido do fornecedor (Lei n. 8.078/90, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, artigo 28).

A fraude e o abuso de direito são os pilares da teoria por natureza, devendo os demais serem explicitados em lei, para poderem ser invocados.

O caput do artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor dispõe, in verbis:

“O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”.

Além do Código de Defesa do Consumidor, a teoria da desconsideração, posteriormente, foi regulada pela Lei Antitruste (Lei n. 8.884/94, artigo 18); Lei do Meio Ambiente (Lei n. 9.605/98, artigo 4º) e atual Código Civil (Lei n. 10.406/02, artigo 50).

A comissão encarregada de elaborar o Anteprojeto do Código Civil, acatando a sugestão de Rubens Requião de incluir a desconsideração da personalidade jurídica na lei civil, redigiu o artigo 50 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (atual Código Civil), da seguinte forma:

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

Conforme se denota, claramente, da redação acima se destina o instrumento, principalmente, à neutralização de ato nocivo ou lesivo à própria sociedade ou a terceiros, mediante práticas abusivas ou com intuito fraudulento que um sócio venha a utilizar, desviando a pessoa jurídica de sua finalidade estatutária

ou contratual, para a cobertura daqueles atos condenáveis. Por força judicial, tais atos poderão ser tornados ineficazes, quando identificados a tempo, evitando, desta forma, a fraude o abuso de poder, como medida prevenção e de justiça!

Lembrando que o estudo da teoria da desconsideração da personalidade não tem por finalidade extinguir a pessoa jurídica, trata-se de uma técnica de suspensão episódica da eficácia do ato constitutivo da pessoa jurídica, de modo a buscar, no patrimônio dos sócios, bens que respondam pela dívida contraída, decorrente da má gestão.

3. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Com o objetivo de proteger o consumidor, considerado a parte mais fraca na relação de consumo, contra os abusos praticados contra ele, o legislador pátrio conferiu-lhe vários direitos, como os previstos no artigo 6º do CDC, que não seriam satisfatoriamente assegurados se não tivesse previsto o instrumento, entre outros, o previsto no artigo 28, o direito do consumidor de requer a desconsideração da pessoa jurídica da empresa no Código de Defesa do Consumidor.

É nesse sentido que o artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor invoca os fundamentos legais para a desconsideração em favor do consumidor, no entanto, no que se refere a excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito, violação dos estatutos ou contrato social, falência, estado de insolvência e encerramento ou inatividade provocados por má administração, são temas de direito societário, não tendo consonância com a retrocitada teoria.

Então, quando o Código de Defesa do Consumidor cogita do superamento da pessoa jurídica, para definir que o ato ilícito de administrador gera a responsabilidade civil, ele faz o uso impróprio da noção básica da *disregard doctrine*.

O referido código prescreve, ainda, a responsabilidade subsidiária das sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas pelas obrigações decorrentes do Código (§ 2º), a responsabilidade solidária das sociedades consorciadas (§ 3º) e a responsabilidade por culpa das sociedades coligadas (§ 4º).

Esses dispositivos (§§ 2º, 3º e 4º), apesar de estarem inseridos na Seção V do Código, não tratam de desconsiderar a pessoa jurídica para atingir os sócios e administradores que praticam atos ilícitos por meio da pessoa jurídica. Há nesses parágrafos apenas a preocupação com a responsabilidade das sociedades controladas, consorciadas e integrantes de grupo, dando-lhes responsabilidade solidária ou subsidiária e reforçando os limites das coligadas (MUSSALEM, 2004, p. 186).

Da análise dos dispositivos acima citados, não há efetiva desconsideração, mas, sim, consideração de cada uma, aumentando o seu âmbito de responsabilidade. O legislador procurou ampliar a responsabilidade das sociedades integrantes de grupos societários, sociedades controladas, consórcios e sociedades coligadas em suas relações com os consumidores. A responsabilização é direta pela prática de atos que causem prejuízos aos consumidores de serviços e produtos fornecidos por essas sociedades, grupos e consórcios.

Nesse contexto, para se chegar a responsabilização, temos que analisá-la sob três aspectos: subjetivo, objetivo e o inverso da desconsideração da personalidade jurídica da empresa.

Quanto ao aspecto subjetivo, exige-se a prova do dano sofrido por terceiro, a demonstração do abuso de direito caracterizado pelo desvio de finalidade no uso da pessoa jurídica, por meio de um ato intencional voltado à prática de dano a terceiro e violação à lei.

Já quanto ao aspecto objetivo, exige-se prova da intencionalidade, afastando-se, portanto, o subjetivismo. Importante a intenção do agente em fazer mau uso da pessoa jurídica, configurando-se a confusão patrimonial, que será sempre elemento objetivo.

Quanto ao aspecto de desconsideração inversa, se desconsidera a pessoa jurídica da pessoa natural para atingir o patrimônio da pessoa jurídica de quem aquela é sócio. Nessa modalidade, em vez de o sócio esvaziar o patrimônio da pessoa jurídica para fraudar terceiros, ele esvazia o seu próprio patrimônio enquanto pessoa natural e joga todo o seu patrimônio dentro da pessoa jurídica.

Neste mesmo sentido ANDRIGHI (2004, p. 3) entende que “pode ocorrer a desconsideração “inversa” quando o sócio se utiliza da sociedade como escudo de proteção, escondendo nela seus bens pessoais. Exemplo muito frequente que permite a desconsideração “inversa” é o do cônjuge que pretende se separar e se empenha em esvaziar o patrimônio do casal, transferindo os bens para uma sociedade. Quando do desfecho do matrimônio, a meação do cônjuge burlado restará dissipada”.

Portanto, a partir da análise desses três aspectos ou teorias, como queiram denominar alguns doutrinadores, é possível se chegar à responsabilização da considerada desconsideração da personalidade jurídica.

Já nos dispositivos do artigo 28, caput e § 5º, verifica-se que o Código do Consumidor apresentou a desconsideração de forma ampla, de tal modo que pode abranger qualquer situação em que a autonomia da pessoa jurídica venha a frustrar ou dificultar o ressarcimento do consumidor prejudicado.

Na interpretação dos dispositivos elencados no artigo 28, caput, há que se considerar a necessidade de aplicação da desconsideração ao caso concreto, já que a impossibilidade de

ressarcimento o objeto social ou não teve como fim ocultar conduta ilícita ou abusiva.

A interpretação que parece a mais apropriada é a de que o disposto no § 5º deve ser invocado conjuntamente com o caput do art. 28, sem prejuízo dos pressupostos teóricos da doutrina da desconsideração da pessoa jurídica, de forma que a pessoa jurídica poderá ser invadida para alcançar a pessoa dos sócios, sempre que houver fraude ou abuso por meio do uso de sua personalidade em detrimento do consumidor e quando houver obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

Examinando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que já decidiu e se verificou a existência de alguns precedentes importantes que cuidaram do tema.

Por exemplo, no famoso caso do naufrágio da embarcação Bateau Mouche, com a relatoria do Ministro Barros Monteiro, o STJ^[3] aplicou a desconsideração da personalidade jurídica, entendendo a Quarta Turma que o “Juiz pode julgar ineficaz a personificação societária, sempre que for usada com abuso de direito, para fraudar a lei ou prejudicar terceiros”.

No caso em análise, o Juiz estabeleceu a responsabilidade solidária dos sócios por aplicação da *disregard doctrine*, reportando-se “à cansativa repetição de ‘sociedades pobres com sócios ricos’, deixando remarcado o fato de que, tratando-se de empresas de modesto porte econômico, assumiram elas, com aquela viagem do Bateau Mouche IV, obrigações infinitamente maiores do que as suas forças permitiam”. Houve aplicação pelo acórdão recorrido do artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor.

4. A MÁ ADMINISTRAÇÃO COMO REFLEXO DO PEDIDO DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.

O artigo 28, caput, segunda parte, do CDC, traz a previsão de aplicação da *disregard doctrine* em casos de falência, insolvência ou ainda encerramento da atividade de empresas, causados por má administração, que dispõe da seguinte forma: “(...) A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”. Depreende-se que, provando-se que a insolvência se deu pela má gestão dos sócios administradores e havendo prejuízo para os consumidores de serviços e produtos defeituosos prestados e fornecidos pela sociedade insolvente, aqueles poderão ser alcançados e responsabilizados por tais prejuízos.

Importante destacar que a falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica, por si só, não têm o condão de permitir a desconsideração da personalidade jurídica, sendo imprescindível que esses eventos se dêem em decorrência da má-administração da pessoa jurídica (MIRAGEM, 2008, p. 335).

Agora, se questiona: o que pode ser considerada má-administração da pessoa jurídica? Essa resposta é bastante controvertida, pois um ato arrojado, que atinge ótimos resultados, é tido como um primor de administração. Entretanto, se este mesmo ato arrojado, em decorrência de situações inusitadas do mercado, demonstrar-se inexitoso, será considerado como administração temerária. Ou seja, um mesmo ato, uma mesma forma de gestão, pode conduzir a bons ou a maus resultados, implicando na dificuldade de precisão do termo “má-administração” e, conseqüentemente, tornando incerta a aplicação do instituto ora estudado (TOMAZETTE, 2001, p. 76-94).

Da leitura do caput do artigo 28 permite a conclusão de que o legislador agregou diversos tipos de circunstâncias relacionados com o inadimplemento ao credor da pessoa jurídica. Pode-se tentar reuni-los em esferas distintas: de um lado, situações decorrentes do desvirtuamento da pessoa jurídica, representados

pelo abuso de direito, excesso de poder e a má administração que acarrete sua falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade; de outro, o descumprimento de deveres objetivos da pessoa jurídica, como é o caso da infração à lei^[4] ou violação do contrato social.

Não há nesse dispositivo aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, mas responsabilização direta dos administradores por má gestão, levando a empresa a um estado de insolvência ao ponto de levar até o encerramento de suas atividades, causando enormes prejuízos aos consumidores. O que, apesar de não ter relação com a *disregard doctrine*, constitui dispositivo inovador na defesa do consumidor lesado.

Neste sentido, corrobora BARATA (2009, p.123): “A última hipótese, do caput, no entanto, qual seja, a desconsideração de personalidade jurídica em virtude da falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoas jurídica provocados por má administração, parece-nos o ponto central quanto à definição da abrangência da autonomia patrimonial da pessoa jurídica nas relações de consumo. Essa previsão sim constitui verdadeira inovação, uma vez que, de forma inédita, introduz no direito brasileiro a possibilidade de desconsideração de personalidade da pessoa jurídica, sem que haja, necessariamente, fraude à lei, abuso de direito ou prática de atos ilícitos.”

Na mesma trilha, DENARI (2007, p.247) leciona: “Sem embargo, adiciona outros pressupostos que primam pelo imediatismo, tais como a falência, insolvência ou encerramento das atividades das pessoas jurídicas, provocados por má administração. O texto introduz uma novidade, pois é a primeira vez que o Direito legislado escolhe a teoria da desconsideração sem levar em conta a configuração da fraude ou do abuso de direito.”

Logo, podendo ocorrer a direta responsabilização dos sócios ou administradores, não representa a personalidade jurídica um

obstáculo e, portanto, não se faz necessária a sua desconsideração.

A esse respeito, destaca COELHO (2000, p.52): “Com efeito, a teoria da desconsideração tem pertinência quando a responsabilidade não pode ser, em princípio, diretamente imputada ao sócio, controlador ou representante legal da pessoa jurídica. Quando a imputação pode ser direta, quando a existência da pessoa jurídica não é obstáculo à responsabilização de quem quer que seja, não há por que se cogitar do superamento de sua autonomia. E quando alguém, na qualidade de sócio, controlador ou representante legal de pessoa jurídica, provoca danos a terceiros em razão de comportamento ilícito, ele é responsável pela indenização correspondente. Nesse caso, no entanto, estará respondendo por obrigação pessoal dele, decorrente do ilícito que praticou.”

Afirma NUNES (2000, p. 28) que o legislador vai muito além ao admitir a desconsideração da personalidade jurídica por mero problema técnico de má administração, que leva a pessoa jurídica à falência ou ao estado de insolvência, à inatividade, ao encerramento das atividades da pessoa jurídica, que possa impedir que o consumidor receba o que é seu de direito.

Dessa forma, ao prever essa segunda parte do caput, do artigo 28 do CDC, percebe-se que o intuito da lei foi permitir a desconsideração da personalidade mesmo nos casos em que o consumidor esteja sendo violado por simples responsabilidade objetiva decorrente dos atos praticados pelo fornecedor, o que não guarda correspondência com a *disregard doctrine*. Tal hipótese, portanto, caracterizadora de responsabilização de administrador por má gestão, não pressupõe nenhum superamento da forma da pessoa jurídica, pois o objeto é preservar a empresa e punir o mau administrador.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Desconsideração da Personalidade Jurídica, a teoria teve sua origem, conforme analisado, no direito inglês, e seu desenvolvimento, no direito norte-americano (sistemas filiados à common law), que, percebendo as inovações trazidas pelo capitalismo e notando o uso, cada vez mais frequente, da personalidade jurídica de forma indevida, passou a desconsiderá-la para atingir o patrimônio dos sócios.

Embora já venha sendo bastante discutida pelos doutrinadores e aplicada pelos tribunais, ainda está longe de possuir uma interpretação pacífica e sistematizada. Tal realidade deve servir de estímulo ao aprofundamento dos estudos sobre o tema, contribuindo, assim, para evitar o uso indevido da pessoa jurídica, materializado pela fraude ou pelo abuso de direito, para lesar credores.

Mesmo com a aplicação da Desconsideração da Pessoa Jurídica, não há o desaparecimento da sociedade. A desconsideração deve ser aplicada no caso de ineficácia temporária do princípio da limitação da responsabilidade dos sócios em relação ao total do capital subscrito, a fim de se responsabilizar com o seu patrimônio pessoal pelos danos provocados a terceiro ou por fraude à lei.

Ela constitui, na verdade, uma forma de reação que o ordenamento jurídico tem em relação ao mau uso da pessoa jurídica e jamais visa extingui-la e sim punir o mau gestor.

O Código de Defesa do Consumidor inovou ao contemplar pela primeira vez na legislação brasileira a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Antes, não havia, no sistema normativo, nenhum dispositivo que desafiasse a regra do artigo 20 do Código Civil de 1916, que prevê que as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros. Ness ponto, apresentou o CDC a desconsideração de forma ampla, porém, na interpretação dos dispositivos elencados no artigo 28, há que se considerar a necessidade de aplicação da

desconsideração ao caso concreto, já que a impossibilidade de ressarcimento, por si só, não pode ser motivo para a desconsideração se o ato da sociedade não extrapolou o objeto social ou não teve como fim ocultar conduta ilícita ou abusiva.

Entre as hipóteses previstas no artigo 28, somente a que prevê a desconsideração em caso de abuso de direito é que realmente guarda afinidade com a *disregard doctrine*. Apesar das divergências no tocante ao § 5º do artigo 28, entende-se que ele é conciliável com a teoria da desconsideração, se for invocado conjuntamente com o caput, nos casos em que houver fraude ou abuso por meio do uso da personalidade em detrimento do consumidor.

Ressalvadas as divergências em torno dos dispositivos que tratam da teoria da desconsideração da pessoa jurídica no Código de Defesa do Consumidor, também não há o que olvidar ainda de que nesse dispositivo a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica poderá gerar a responsabilização direta dos administradores por má gestão, levando a empresa a um estado de insolvência ao ponto de levar até o encerramento de suas atividades, causando enormes prejuízos aos consumidores. O que, apesar de não ter relação com a *disregard doctrine*, constitui dispositivo inovador na defesa do consumidor lesado.

Por fim, o novo Código Civil de 2002, adequou a teoria da desconsideração da personalidade jurídica às exigências da economia moderna, pois a teoria incorpora o princípio da preservação da empresa, de extrema importância diante das atuais conjunturas econômicas e sociais, buscando, no caso da Lei Consumerista, punir o mau gestor pela má administração.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Desconsideração da Personalidade Jurídica. Palestra UNIP - Tele-Conferência em Tempo Real, Universidade Paulista – UNIP, Brasília, 12 de maio de 2004.

BARATA. Pedro Paulo Barradas. A Desconsideração da Pessoa Jurídica nas Relações de Consumo. Dissertação de Mestrado. PUC-SP, 2009 – acesso em 01.03.2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 out. de 1988. Disponível em: . Acesso em: 25 de fevereiro de 2017.

_____. Lei n.º 8.078, de 11 set. 1990. Dispõe sobre a proteção ao consumidor e dá outras providências . Disponível e m: Acesso em: 25 de fevereiro de 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de direito comercial. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2000

DENARI, Zelmo. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos Autores do Anteprojeto. 9ª ed. – Rio de Janeiro – Forense Universitária, 2007.

GUIMARÃES, Flávia Lefèvre. Desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor: aspectos processuais. São Paulo: Max Limonad, 1998.

FILHO, Domingos Afonso Kriger. Aspectos da desconsideração da personalidade societária na Lei do Consumidor. Revista Jurídica, Porto Alegre: vol. 42, n. 205, pp. 17-27, nov./1994

GLOBEKNER, Osmir Antônio. Desconsideração da pessoa jurídica no Código de Defesa do Consumidor. Informativo Jurídico Consulex, ano XIII, n. 29, pp. 3-8.

MIRAGEM, Bruno. Direito do Consumidor. São Paulo : RT, 2008.

MUSSALEM, Waleska Bertolini. Aspectos Materiais da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Dódigo de Defesa do Consumidor, Fund. Esc. Super. Minist. Público Dist. Fed. Territ., Brasília, Ano 12, Volume 23, p. 183-206, jan./dez./2004.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (arts. 1º a 54). São Paulo: Saraiva, 2000

REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1993

_____. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. Revista dos Tribunais, pp. 410-12, dez./69.

TOMAZETTE, Marlon. A desconsideração da personalidade jurídica: a teoria, o CDC e o novo Código Civil. Revista dos Tribunais, v. 794, ano 90. São Paulo : RT, dez. 2001, p. 76-94.

NOTAS:

[1] Seria injusta, em tais casos, a solução decorrente da aplicação do preceito legal expresso. Há situações em que a pessoa jurídica deixou de ser sujeito e passou a ser mero objeto, manobrado à consecução de fins fraudulentos ou ilegítimos. Dessa forma quando o interesse ameaçado é valorado pelo ordenamento jurídico como mais desejável ou menos sacrificável do que o interesse colimado através da personificação societária, abre-se a oportunidade para a desconsideração, sob pena de alteração da escala de valores.

[2] A justificativa está no fato de que as regras de direito da common law propiciarem aos Tribunais, na sua tarefa de “restabelecer a ordem perturbada”, afastarem preceitos legais, com o objetivo de conseguirem resultados mais adequados ao direito. O mesmo não ocorre com as regras de direito da família romano-germânica, que se assenta sobre a formulação de normas de caráter generalizante, cujo objetivo é orientar condutas futuras.

[3] responsabilidade civil. naufrágio da embarcação "**bateau mouche** iv".ilegitimidade de parte passiva "ad causam". sócios. teoria da desconsideração da personalidade jurídica'. danos materiais. pensionamento decorrente do falecimento de menor que não trabalhava. resp 158051 / rj recurso especial 1997/0087886-4Ministro BARROS MONTEIRO - QUARTA TURMA – Julgamento: 22/09/1998.

[4] Oportuna aplicação do art. 28, caput, nessa hipótese, fez o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, na AG 2007.04.00.009201-6, Relatora para o acórdão a Desembargadora Marga inge Barth Tessler, j. 03/10/2007: “(...) 1. Na exploração comercial do jogo, há evidente relação de consumo, na qual os cidadãos são atraídos às casas de bingo sem que o poder público possa lhes garantir um mínimo de regularidade nos sorteios, nas premiações e na destinação legal dos valores arrecadados. Assim, aplicável ao caso, o Código de Defesa do Consumidor que, em seu artigo 28 (Lei 8.078/1990), dá amparo ao pedido recursal da União. 2. O enfrentamento ao exercício ilegal da atividade de jogos de bingo tem sido uma verdadeira cruzada por parte da União, do Ministério Público Federal, da Polícia Federal e de outras tantas entidades. As ações são inúmeras e os resultados, em face da insistência de determinados empresários do setor em persistir com a atividade, nem sempre são tão eficazes. 3. Não é raro que os empresários do ramo utilizem como artifício para a manutenção da atividade ilícita a apresentação de contrato social diverso, com o intuito de burlar decisões judiciais, como reiteradamente noticiado pela imprensa. Estes fatos dão suporte ao pedido da agravante e, no meu entender, somente com medidas direcionadas aos sócios destas respectivas pessoas jurídicas é que se poderá tornar efetiva a prestação jurisdicional perseguida pelas mais diversas entidades públicas preocupadas em combater dita atividade ilícita. (...)”.A decisão seguiu o precedente aberto no AG nº 2005.04.01.024436-9/RS, TRF-4ª Região, Relator o Desembargador Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, julgado em 12/09/2005. 62 Ver, por exemplo, Alberton , Genacéia da Silva. A Desconsideração da Pessoa Jurídica no Código do Consumidor – Aspectos processuais in Revista Ajuris, vol. 54, 1992, p. 147, 168

ACORDÃO? PIZZA? POLÍTICOS E ALGUNS DELATORES PROMETEM LEVAR A LAVA JATO PARA UMA PIZZARIA

LEONARDO SARMENTO: Advogado. Professor constitucionalista, consultor jurídico, palestrante, parecerista, colunista do jornal Brasil 247 e de diversas revistas e portais jurídicos. Pós graduado em Direito Público, Direito Processual Civil, Direito Empresarial e com MBA em Direito e Processo do Trabalho pela FGV.

O Congresso Nacional, encabeçado pelas maiores legendas, já articula na direção de um acordão para descriminalizar o caixa 2, que é sim crime eleitoral, crime de falsidade ideológica eleitoral.

Art. 350. Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou *fazer inserir* declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, para fins eleitorais:

Pena –reclusão até cinco anos e pagamento de 5 a 15 dias-multa, se o documento é público, e reclusão até três anos e pagamento de 3 a 10 dias-multa, se o documento é particular.

É fato não existirem eleitos no país sem caixa 2 como regra. Só se elege no Brasil os candidatos com as campanhas mais caras, que mais aparecem na mídia, com mais tempo de TV, isto é um fato, por isso a necessidade em se promover o compulsório barateamento das campanhas no sentido da tentativa de uma solução de continuidade no sistema instalado de corrupção impondo uma maior isonomia para as concorrências eleitorais, medida diretamente relacionada ao princípio Democrático, corolário do Estado Democrático de Direito.

Em verdade, parte das doações se faz “por dentro da lei” - quando as quantias registradas na Justiça Eleitoral constituem crimes de lavagem de dinheiro sujo, porque ocultam a origem do

dinheiro, outra “por fora da lei” - dinheiro gasto em campanha, mas ocultado da Justiça Eleitoral.

Estranhamente muitas das delações que conferem benefícios aos nem tão nobres, mas imprescindíveis delatores, estão trazendo “apenas” a existência da prática de caixa 2 de diversos candidatos, porém consabido que não foram apenas caixa 2 para campanhas, mas que há muito enriquecimento ilícito pessoal advindo de empresas privadas e do erário público em troca de um processo licitatório fraudulento, emendas para os estados (...) em benefício dos doadores, no estilo melhor Sérgio Cabral em prejuízo para democracia e para o erário público.

Será que os delatores já teriam sido instruídos para objetivarem a delação de apenas a prática do caixa 2 para campanhas como forma de reduzirem as suas penas sem comprometer seus aliados políticos? Um número substancial de delações peca, não sabemos ainda se propositalmente, quanto aos detalhes do destino dos montantes, quando sabemos tratarem-se de valores deveras vultosos para não se conhecer os seus precisos fins.

Em se alcançando a descriminalização no Congresso do caixa 2 ficaria bom para todo mundo, não? Está claro porém, que nem todos terão condições de comer da pizza, pois “bois de piranha” faz parte do jogo para lhe ofertar uma falaciosa verossimilhança. Esperamos não vermos membros do Judiciário nesse rodízio que já se coloca em pauta. O Ministério Público e a PF precisarão mostrarem-se incansáveis até o final do processo, tornar público sim todos malfeitos (é preciso conferir transparência às suspeitas de desvio de dinheiro público desde que não haja prejuízo a efetividade da instrução) e contar com uma sociedade discernida apta aos maiores brados retumbantes.

Consigne-se nosso alerta com ares de profundo lamento. E mais, já se articula para a morosidade do Judiciário em busca da prescrição de crimes cuja a pena é menor.

Zoneamento Ambiental em Espécies: Tessituras à Classificação do 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 Primeiras Linhas ao Zoneamento Ambiental: Ponderações ao Instrumento de Ordenação do Uso e Ocupação do Solo; 5 Zoneamento Ambiental em Espécies: Tessituras à Classificação do Instrumento de Ordenação do Uso e Ocupação do Solo.

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 Nº. 46/DF, “*o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza*”^[2]. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz, justamente, na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais e os institutos jurídicos neles consagrados.

Ainda neste substrato de exposição, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de 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.

Desta feita, decorrente do fato supramencionado, produz efeito *erga omnes*, sendo, portanto, oponível contra a todos, incluindo pessoa física/natural ou jurídica, de direito público interno ou externo, ou mesmo de direito privado, como também ente estatal, autarquia, fundação

ou sociedade de economia mista. Impera, também, evidenciar que, como um direito difuso, não subiste a possibilidade de quantificar quantas são as pessoas atingidas, pois a poluição não afeta tão só a população local, mas sim toda a humanidade, pois a coletividade é indeterminada. Nesta senda de exposição, quadra apontar que o direito à integridade do meio ambiente substancializa verdadeira prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, ressoando a expressão robusta de um poder deferido, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas num sentido mais amplo, atribuído à própria coletividade social.

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

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

corresponsabilidade, são titulares do meio ambiente os cidadãos da presente e da futura geração.

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

No que concerne ao meio ambiente natural, cuida salientar que tal faceta é descrita como ambiente natural, também denominado de físico, o qual, em sua estrutura, agasalha os fatores abióticos e bióticos, considerados como recursos ambientais. Nesta esteira de raciocínio, oportunamente, cumpre registrar, a partir de um viés jurídico, a acepção do tema em destaque, o qual vem disciplinado pela Lei nº. 9.985, de 18 de Julho de 2000, que regulamenta o art. 225, §1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências, em seu artigo 2º, inciso IV, frisa que “recurso ambiental: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora”[16]. Nesta esteira, o termo fatores abióticos abriga a atmosfera, os elementos afetos à biosfera, as águas (inclusive aquelas que se encontram no mar territorial), pelo solo, pelo subsolo e pelos recursos minerais; já os fatores bióticos 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 de 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 daquele 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 é 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 Primeiras Linhas ao Zoneamento Ambiental: Ponderações ao Instrumento de Ordenação do Uso e Ocupação do Solo

Em um primeiro painel, cuida salientar que o *zoneamento* materializa instrumento jurídico voltado para a ordenação do uso e ocupação do solo. Neste quadrante, o primeiro sentido assumido pelo *zoneamento* consiste na repartição do território municipal à vista da destinação da terra e do uso do solo, definindo, no primeiro caso, a qualificação do solo em *urbano, de expansão urbana, urbanizável e rural*; no segundo caso, a definição recai sobre a divisão do território do Município em *zonas de uso*. Ao lado disso, quadra sublinhar que o *zoneamento* sempre foi considerado como um dos mais proeminentes instrumentos do planejamento urbanístico municipal, substancializando, portanto, um *Plano Urbanístico Especial*. Tecidos estes comentários, cuida explicitar que a figura do *zoneamento ambiental* é responsável por ampliar a concepção de tal instrumento, porque não será mais apenas um zoneamento urbano, como instrumento que afixa estrutura mais orgânica para as cidades, eis que não está adstrita ao ambiente destas, mas não alteram a sua essência nem sua natureza.

É importante consignar que o *zoneamento* constitui, em qualquer de suas qualificações, um procedimento urbanístico cujo escopo é regular o uso da propriedade do solo e dos edifícios em áreas homogêneas no interesse coletivo do bem-estar da população. Consoante José Afonso da Silva^[21], o instrumento em apreço serve para encontrar lugar para todos os usos essenciais do solo e dos edifícios na comunidade e colocar, cada coisa, em seu lugar adequado, inclusive as atividades

classificadas como incômodas. Ora, neste aspecto, cuida rememorar que o *zoneamento* não se presta a excluir atividade indesejável, descarregando-a nos municípios vizinhos ou, ainda, mecanismo de segregação racial e social. Ademais, não terá por objetivo a satisfação de interesses particulares de determinados grupos nem será um sistema para promover a discriminação de qualquer espécie. Assim, para ser considerado legítimo, o *zoneamento* deve ter objetivos públicos, voltados para a realização da qualidade de vida das populações.

Diante das ponderações buriladas, prima reconhecer que o *zoneamento* consiste num conjunto de normas legais que configuram o direito de propriedade e o direito de construir, conformando-os ao corolário da função social por meio de imposições gerais à faculdade de uso e de edificação. Segundo José Afonso da Silva^[22], a natureza do *zoneamento* decorre, contemporaneamente, não tanto do poder de polícia, porém da competência que é reconhecida ao Poder Público de intervir, por ação direta, na ordem econômica e social, e, desta sorte, no domínio da propriedade privada, com o fito de conformá-la à sua função social. Justamente, em decorrência do sedimento apresentado até o momento, as normas do *zoneamento* são condicionamentos gerais, não indenizáveis os possíveis prejuízos que daí possa advir.

O *zoneamento ambiental* é instrumento da Lei Nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981^[23], que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. É possível dizer que se trata de um procedimento por meio do qual se instituem zonas de atuação especial com vistas à preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental. A legislação irá estabelecer conceitua como a definição de setores ou zonas em uma unidade de conservação com escopos de manejo e normas específicas, com o propósito de proporcionar os meios e as condições para que todos os objetivos das unidades possam ser materializados de forma e harmônica, consoante aduz, expressamente, a Lei nº 9.985, de 18 de Julho de 2000^[24], 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. Ora, há que se

reconhecer, porém, que o conceito empregado restringe o zoneamento à definição de setores e zonas dentro de uma unidade de conservação.

Em essência, identificam-se o zoneamento ambiental e o urbano no fato de que são ambos os zoneamentos do uso do solo. A diferença é apenas de enfoque, está apenas no fato de que o objetivo do zoneamento ambiental é primordialmente de proteção do meio ambiente, de modo que o uso aí permitido será estritamente limitado. Ao lado disso, há que se reconhecer que ambos constituem, dessa sorte, disciplina de uso do solo particular. Nesta linha argumentativa, o zoneamento ambiental permite a inclusão de: (i) o zoneamento industrial; (ii) o zoneamento para pesquisas ecológicas; (iii) o zoneamento em áreas de proteção ambiental; (iv) o zoneamento em parques públicos; (v) o zoneamento costeiro; (vi) zonas de amortecimento e corredores ecológicos.

5 Zoneamento Ambiental em Espécies: Tessituras à Classificação do Instrumento de Ordenação do Uso e Ocupação do Solo

A primeira espécie de zoneamento ambiental faz menção ao *zoneamento industrial* que está umbilicalmente vinculado ao desenvolvimento urbano, ao controle da poluição e à preservação do meio ambiente. Ora, há que se reconhecer, em tal painel, que a excessiva concentração industrial em determinadas áreas metropolitanas tinha o condão de provocar poluição aguda e significativa nessas áreas, vindicando, como bem frisa Silva^[25], uma política de equilíbrio, permitindo uma conciliação entre o desenvolvimento em alta velocidade com um mínimo de efeitos danosos sobre a ecologia. Assim, denota-se que o controle da poluição industrial reclamou especial atenção, notadamente com a proposta de ação concentrada em áreas críticas, nas quais haveria a adoção de zoneamento adequado com atenção principal aos problemas de localização industrial e de afixação de normas antipoluição, dentro da aceção que a política mais eficaz é aquela dotada de caráter preventivo. Ainda como consequência da concepção de um zoneamento industrial, é possível sublinhar que a Política de Localização Industrial está alicerçada nos seguintes axiomas: (i) disciplinar a ocupação industrial segundo a intensidade da ação poluidora das indústrias, desincentivando a implantação das de maior potencial poluidor nas áreas

críticas e intermediárias; (ii) disciplinar a ampliação de estabelecimentos industriais então localizados em áreas críticas e intermediárias, de forma a que sua expansão não amplie a intensidade de sua ação poluidora; (iii) incentivas a transferência, para fora da cidade, de fábricas mais poluidoras já em funcionamento.

Outra espécie de zoneamento ambiental é o denominado *zoneamento para pesquisas ecológicas*, encontrando substrato legislativo nas disposições contidas na Lei Nº. 6.902, de 27 de abril de 1981[26], que dispõe sobre a criação de Estações Ecológicas, Áreas de Proteção Ambiental e dá outras providências, que prevê a possibilidade de 10% (dez por cento) das áreas definidas como estações ecológicas ou áreas de proteção ambiental tenham autorização para o desenvolvimento de pesquisas ecológicas que venham a acarretar modificações no ambiente natural, desde que haja um plano de zoneamento estabelecido pelas autoridades competentes. Há que se reconhecer que o *zoneamento para pesquisas ecológicas* materializa uma típica modalidade de zoneamento de uso, conquanto seja de uso específico, porque é constituído para possibilitar a utilização da área em pesquisas ecológicas. Ora, tanto é de uso que esse emprego pode importar em modificação do ambiente natural. Ao lado disso, pesquisas científicas e outras atividades, computando-se a educacional conservacionista, poderão ser autorizadas em toda a extensão das estações ecológicas, desde que considerem a necessidade de não colocar em perigo a sobrevivência das populações das espécies ali existentes, ou seja, desde que não alterem o ambiente natural.

Prosseguindo o exame, o *zoneamento nas áreas de proteção ambiental* decorre da Lei Nº. 6.902, de 27 de abril de 1981[27], que dispõe sobre a criação de Estações Ecológicas, Áreas de Proteção Ambiental e dá outras providências, notadamente no que tocam às discriminações das áreas em que se deve estabelecer maior ou menor limitação. Ora, tal limitação, obviamente, é feita por meio de zoneamentos, nos quais serão indicadas as atividades a serem incentivadas em cada zona, tal como aquelas que devem ser restringidas e, até mesmo, proibidas. Ora, como bem aponta Silva[28], visando atender a esses

escopos é que as APAs terão sempre um zoneamento ecológico-econômico, que fixará normas de uso, de acordo com as condições locais bióticas, geológicas, urbanísticas, agropastoris, extrativistas, culturais e outras. Nelas sempre se formam zonas de vida silvestre de duas espécies: zonas de preservação de vida silvestre, constituídas das reservas ecológicas existentes nos territórios das APAs, nas quais são proibidas as atividades que importem alteração antrópica da biota; zonas de conservação da vida silvestre, nas quais poderá ser admitido um uso moderado e autossustentado da biota, regulado de modo a assegurar a manutenção dos ecossistemas naturais.

Ainda no que atina ao *zoneamento nas áreas de proteção ambiental*, cuida destacar nas APAs em que existam ou possam existir atividades agrícolas ou pecuárias, formar-se-ão *zonas de uso agropecuário*, nas quais serão proibidos ou regulados os usos ou práticas capazes de causar sensível degradação do meio ambiente, inadmitindo nelas a utilização de agrotóxicos e outros biocidas que ofereçam riscos sérios no seu emprego, inclusive no que toca ao seu poder residual. No que se refere ao *zoneamento nos parques públicos*, é imprescindível apontar que está previsto plano de manejo para os parques nacionais, tal como os zoneamentos, materializando, pois, o importante instrumento do sistema de manejo. É oportuno, ainda, consignar que o plano de manejo poderá estabelecer as seguintes zonas: (i) zona intangível; (ii) zona primitiva; (iii) zona de uso extensivo; (iv) zona de uso intensivo; (v) zona histórico-cultural; (vi) zona de recuperação; (vii) zona de uso especial.

Por fim, as *zonas de amortecimento e corredores ecológicos*, consoante dicção de José Afonso da Silva^[29], configuram formas especiais de zoneamento ambiental, porquanto são zonas ou setores com objetivos semelhantes aos do zoneamento, áreas devidamente delimitadas nas quais se aplicam normas de manejo e restrições específicas em reforço da função da preservação ecológica da unidade de conservação a que servem. Com destaque, a legislação de pertinência delimita as zonas de amortecimento como sendo o entorno de uma unidade de conservação, nas quais as atividades humanas estão sujeitas a normas e restrições específicas, com o propósito de minimizar os

impactos negativos sobre a unidade. Ainda nesta linha, os corredores ecológicos, por seu turno, podem ser descritos como porções de ecossistemas naturais ou seminaturais, ligando unidades de conservação, que possibilitam entre elas o fluxo de regras e o movimento da biota, facilitando a dispersão de espécies e a recolonização das áreas degradadas, bem como a manutenção de populações que demandam, para sua sobrevivência, áreas com extensão maior do que aquela das unidades individuais.

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 21 dez. 2015.

_____. **Lei Nº. 6.902, de 27 de Abril de 1981**. Dispõe sobre a criação de Estações Ecológicas, Áreas de Proteção Ambiental e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 21 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 21 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 21 dez. 2015.

_____. **Ministério do Meio Ambiente**. Disponível em: . Acesso em 21 dez. 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: . Acesso em 21 dez. 2015.

_____. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região**. Disponível em: . Acesso em 21 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 21 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 21 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 21 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 21 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 21 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 ag. 2009. Disponível em: . Acesso em 21 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 21 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 21 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 21 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 21 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 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 21 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 21 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 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 21 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 21 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 21 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 metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Necessidade de impedir que a transgressão a esse direito faça irromper, no seio da coletividade, conflitos intergeracionais - Espaços territoriais especialmente protegidos (CF, art. 225, §1º, III) - Alteração e supressão do regime jurídico a eles pertinente - Medidas sujeitas ao princípio constitucional da reserva de lei - Supressão de vegetação em área de preservação permanente - Possibilidade de a administração pública, cumpridas as exigências legais, autorizar, licenciar ou permitir obras e/ou atividades nos espaços territoriais protegidos, desde que respeitada, quanto a estes, a integridade dos atributos justificadores do regime de proteção especial - Relações entre economia (CF, art. 3º, II, c/c o art. 170, VI) e ecologia (CF, art. 225) - Colisão de direitos fundamentais - Critérios de superação desse estado de tensão entre valores constitucionais relevantes - Os direitos básicos da pessoa humana e as sucessivas gerações (fases ou dimensões) de direitos (RTJ 164/158, 160-161) - A questão da precedência do direito à preservação do meio ambiente: uma limitação constitucional explícita à atividade econômica (CF, art. 170, VI) - Decisão não referendada - Consequente indeferimento

do pedido de medida cautelar. 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 (RTJ158/205-206). 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 estiver 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 21 dez. 2015.

[21] SILVA, 2009, *passim*.

[22] SILVA, 2009, *passim*.

[23] 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 21 dez. 2015.

[24] Idem. **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 21 dez. 2015.

[25] SILVA, 2009, *passim*.

[26] BRASIL. **Lei Nº. 6.902, de 27 de Abril de 1981**. Dispõe sobre a criação de Estações Ecológicas, Áreas de Proteção Ambiental e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 21 dez. 2015.

[27] Ibid.

[28] SILVA, 2009, *passim*.

[29] SILVA, 2009, *passim*.

STF NÃO REAFIRMA TÍTULO DO FLAMENGO DE 1987 - HOUVE JUSTIÇA COM A DECISÃO?

LEONARDO SARMENTO: Advogado. Professor constitucionalista, consultor jurídico, palestrante, parecerista, colunista do jornal Brasil 247 e de diversas revistas e portais jurídicos. Pós graduado em Direito Público, Direito Processual Civil, Direito Empresarial e com MBA em Direito e Processo do Trabalho pela FGV.

1. Aspectos introdutórios – entenda o imbróglio - histórico

Os principais clubes do Brasil, querendo um campeonato mais rentável e prevendo algo pior, resolveram tomar as rédeas da situação, em 1987, se uniram e criaram, no dia 11 de julho, uma liga independente, chamada de Clube dos 13 (C13), para realizar um campeonato de menor porte e mais rentável, querendo então jogar somente entre eles e mais algumas outras equipes convidadas. Para isso, os treze clubes que eram, à época, os treze primeiros do Ranking da CBF começaram a formular um novo campeonato. Porém, quando este novo certame foi formatado, a intenção era transformar a competição em um grande produto para o mercado. O principal atrativo era haver apenas confrontos entre clubes de grande torcida. Por isso, não houve critérios técnicos para a escolha dos competidores.

Ainda assim, o Clube dos 13 contava com o apoio discreto da CBF, que aceitou cancelar de certa forma a competição idealizada pela união de clubes, a *Copa União*, já que estava enfrentando uma grave crise financeira e não poderia arcar com as despesas do certame.

Apesar de o nome “Copa União” não ter sido utilizado pela CBF como denominação oficial para a edição de 1987 do principal torneio do País, já que para a entidade o que o Clube dos 13 e a grande mídia chamava de Copa União não passava do Módulo Verde do torneio nacional daquele ano que contava com os principais times do futebol brasileiro (o que seria a 1ª divisão do futebol), enquanto o Módulo Amarelo era composto por clubes de menor expressão (o que seria uma 2ª divisão do futebol). Porém, o nome dado pelo Clube dos 13 foi o que acabou ficando como a designação mais utilizada para referir-se a este torneio, o nome ficou tão popular que a CBF decidiu adotar esta designação para a edição seguinte do seu campeonato.

O campeão e o vice de cada módulo deveriam se enfrentar em um quadrangular final. Mas, antes da disputa se concretizar, o Clube dos 13

anunciou que não reconhecia este cruzamento. O Flamengo, campeão do módulo verde e o Internacional, vice, decidiram não jogar contra Sport e Guarani, campeão e vice do módulo amarelo. Com isso, o Leão e o Alviverde de Campinas jogaram a final.

De tudo isso o mais estranho é que em verdade não houve um vencedor no Módulo Amarelo. Depois de 12 cobranças para cada lado, uma perda por cada equipe, Sport e Guarani não deram sequência à disputa por pênaltis. Jogadores dos dois times se abraçaram, considerando-se campeões, e a final terminou sem que houvesse um vencedor. Para que os clubes não fossem punidos por abandono de campo, o Guarani abdicou do título, uma vez que o Sport tinha a melhor campanha da competição. Depois, os dois times voltaram a se enfrentar no que deveria ter sido um quadrangular contra Flamengo e Internacional (primeiro e segundo colocados do módulo Verde).

No Módulo Amarelo assim houve um campeão decidido fora das quatro linhas, o Sport Recife por mera deliberação entre os dois clubes. A nosso sentir, sem um resultado final em campo ou decisão desportiva que o sagrasse campeão nem o Sport nem o Guarani teriam legitimidade para pleitear disputar o quadrangular com os finalistas do Módulo Verde – Flamengo e Internacional.

O Sport ajuizou ação ordinária contra a CBF e a União, buscando, a partir do reconhecimento da validade do regulamento inicial do Campeonato Brasileiro de 1987, que fosse declarado o legítimo vencedor do torneio. O juízo da 10ª Vara Federal de Pernambuco aceitou o pedido e o trânsito em julgado teria ocorrido em 1999.

Em 2001, a CBF editou resolução declarando que o Flamengo também foi campeão do torneio. Posteriormente, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF-5) decidiu que o único ganhador era o Sport. O Flamengo recorreu ao STJ, que manteve a decisão.

No RE 881864, o clube carioca alegou que a sentença da Justiça Federal não o impedia de ser reconhecido como campeão nacional, ao lado do Sport. Sustentou que a decisão judicial violou o artigo 217, inciso I, da Constituição Federal (CF), que prevê a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações quanto a sua organização e funcionamento. Argumentou ainda que a divisão do título não ofende o inciso XXXVI do artigo 5º da CF (a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada).

2. Instância desportiva como pressuposto para Justiça Comum - debate

De início é consenso que a Justiça Comum não é a instância mais adequada para lidar com litígios de natureza desportiva porque, em geral, carece de conhecimentos especializados e utiliza rituais e processos incompatíveis com a premência exigida para a solução dos conflitos ligados à prática desportiva. Por isso, fundamental o perfeito funcionamento da Justiça Desportiva

Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados:

(...)

§ 1º - O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei.

O artigo 217 da Constituição estava contido na proposta elaborada por Álvaro Melo Filho para a inserção da matéria desportiva no âmbito da Constituição de 1988. O autor citado buscava, com o citado preceito diminuir as temerárias ingerências do Judiciário quando da concessão de liminares, as quais viriam a tornar inviável a própria prática do desporto, tendo em vista a possibilidade de alteração radical dos resultados das partidas por conta da utilização dos institutos da tutela antecipada e de liminares *inaudita altera pars*, mesmo em se tratando de comprovado *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Afirmo o autor que:

“(...) não é de hoje que se constata o uso imoderado e até abusivo na concessão de liminares, *inaudita altera parte*, pela Justiça Comum, seja em ações cautelares inominadas, seja em mandados de segurança, quando se trata de matéria desportiva. É o deferimento de tais liminares, de caráter provisório e transitório, com a função precípua de resguardar o direito do requerente contra lesão grave e de difícil reparação, tem, na prática desportiva, produzido efeito jurídico reverso, atentando, paradoxalmente, contra os propósitos que informam a própria concessão da liminar. Sem dúvida, apesar de modificáveis ou revogáveis, pelo próprio juiz ou por procedimentos judiciais da parte contrária para obter a cassação, estas liminares, no plano desportivo, adquirem, muitas vezes, uma feição de definitividade, acarretando ofensa irreversível e irreparável, na esfera desportiva, à parte requerida.”

Assim, criou-se a imperiosa necessidade de prévio recurso ao âmbito da Justiça Desportiva quando a situação em estado de conflito restar atinente à seara desportiva, quando não há em verdade que se falar em Justiça, pois atinente ao campo administrativo.

Como muito bem assevera Celso Ribeiro Bastos, “a justiça desportiva não é autônoma, muito menos independente; foi criada por ato administrativo, sendo portanto uma justiça administrativa e uma instituição ministerial. Ela não é um órgão jurisdicional integrante do Poder Judiciário; seus funcionários e membros não estão vinculados ao Poder Público, é dizer, não são funcionários públicos.”

Prevalente nos presentes termos do artigo constitucional em comento, uma seara de contencioso desportivo, quando a jurisprudência exige a comprovação do prévio acesso ao campo da justiça desportiva nas hipóteses sob pena de extinção do processo sem julgamento do mérito por carência de ação.

Em contraposição o Brasil adotou o sistema de jurisdição una, assim Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“O direito brasileiro adotou o sistema da **jurisdição una**, pelo qual o Poder Judiciário tem o monopólio da função jurisdicional, ou seja, do poder de apreciar, com força de coisa julgada, a lesão ou ameaça de lesão a direitos individuais e coletivos. Afastou, portanto, o sistema da dualidade de jurisdição em que, paralelamente ao Poder Judiciário, existem os órgãos do Contencioso Administrativo que exercem, como aquele, função jurisdicional sobre lides de que a Administração Pública seja parte interessada. O fundamento Constitucional do sistema da unidade de jurisdição é o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal (...).

A questão é: qual deve ser o entendimento do conteúdo do art. 5º, inciso XXXV, verdadeira base jurídica do sistema de jurisdição una, se em conflito aparente de normas com o teor do art. 217, § 1º, quando ambos estão presentes no Texto Constitucional.

Importante dizer que, não existe norma inconstitucional produzida pelo poder constituinte, quando se concebe a pecha da arguição de inconstitucionalidade apenas de normas que hajam sido criadas pelo poder de reforma, pelo poder constituído (para alguns poder constituinte derivado de reforma). A norma criada pelo poder constituinte, norma originária, poderá ser objeto de emenda constitucional, mas enquanto não se utilizar, não de proceder ao poder de reforma, não há que se cogitar de sua inconstitucionalidade. A doutrina de 1951, criada pelo jurista alemão Otto Bachof, a doutrina das normas constitucionais inconstitucionais não recebe acolhida no STF, não restou adotada pelo sistema jurisdicional pátrio.

Não resta outra hermenêutica jurídica que não a de se compreender a possível antinomia constante do art. 217, § 1º, em relação do art. 5º, inciso XXXV no sentido da ocorrência de uma exceção determinada pelo próprio Poder Constituinte, atribuindo-a neste senda inapelável validade. Assim nos termos que assentemos, Celso Ribeiro Bastos:

“Houve uma restrição da atuação do Poder Judiciário no âmbito desportivo, contudo não se extingue a garantia constitucional que assegura o acesso das pessoas físicas e jurídicas à justiça comum para defesa de seus direitos”.

No mesmo sentido, Alexandre de Moraes:

“A própria Constituição Federal exige, excepcionalmente, o prévio acesso às instâncias da justiça desportiva, nos casos de ações relativas à disciplina e às competições desportivas, reguladas em lei (CF, art. 217, § 1º), sem porém condicionar o acesso ao Judiciário ao término do processo administrativo, pois a justiça desportiva terá o prazo máximo de 60 dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final (CF, art. 217, § 2º). A Constituição de 1988 consagrou, de *forma mitigada*, o denominado *vínculo de justiça (...)*”.

Ainda, José Afonso da Silva:

“A Constituição valorizou a *Justiça Desportiva* quando estabeleceu que o Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias daquela. Mas impôs a ela um prazo máximo para proferir a decisão final, que é de sessenta dias, após o qual, evidentemente, o Poder Judiciário poderá conhecer da controvérsia”.

Em suma, o art. 217, parágrafo 1º da CF colacionado pelo poder constituinte originário apenas estabelece uma condição de admissibilidade, um pressuposto objetivo para a ação judicial de cunho desportivo, quando se tratar de questão desportiva, o prévio exaurimento das instâncias da justiça desportiva (instância em verdade administrativa conforme exposto) para o ingresso no Judiciário. Esta condição tem a natureza de limitação procedimental, e não de vedação.

Inevitável como melhor hermenêutica constitucional tomar em consideração o **princípio da unidade da constituição** quando a constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas. O princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição em sua inteireza e procurar harmonizar os espaços de tensão porventura existentes entre as normas constitucionais a concretizar. Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios, nos termos dos princípios da Máxima Efetividade das Normas Constitucionais, da Interpretação Afectiva (quando se deve atribuir às normas constitucionais a maior efetividade possível) e da Concordância Prática.

3. A grande questão relevante e o nosso parecer

O que ocorre porém é que a “Justiça Desportiva” restou criada apenas com a Lei Pelé, Lei 9.615/98, portanto mais de uma década do imbróglio do ano de 1987. Em assim considerando a questão que discutimos não passa pelas instâncias do STJD como muitos deveriam imaginar, e nem pela anterior Lei Zico, Lei nº 8.672/93, também posterior a 1987. Desta feita não há como argumentar que não se exauriu as instâncias da Justiça Desportiva, já que esta ainda não existia.

Inapelável porém que, não seria necessário a sua existência para que houvesse respeito aos ditames do inciso I, do artigo em debate:

Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados:

I - a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento;

Assim, se a CBF acabou por reconhecer o título do ano de 1987 por dividido entre Flamengo e Sport esta decisão deveria encontrar o respaldo da Justiça Comum, nos termos tratados pelo artigo supra constitucional.

A decisão da Justiça Comum que exclui o Clube de Regatas do Flamengo como um dos campeões de 1987, à nosso sentir, resta absolutamente inconstitucional por desrespeitar a autonomia das entidades desportivas e associações para organização e funcionamento do desporto.

Em considerando o Sport Clube Recife e o Clube de Regatas do Flamengo como campeões do torneio de 1987, na forma que ratificou os Clubes dos 13 (associação desportiva criada para conduzir o torneio de 1987), não há que se ventilar qualquer lesão que haja sofrido o Sport Clube Recife capaz de fomentar a Justiça Comum interferir na autonomia instada pelo inciso I do art. 217 da CRFB alterando a decisão tomada no âmbito desportivo.

O Sport ajuizou ação ordinária contra a CBF e a União, buscando, a partir do reconhecimento da validade do regulamento inicial do Campeonato Brasileiro de 1987, que fosse declarado o legítimo vencedor do torneio. O juízo da 10ª Vara Federal de Pernambuco aceitou o pedido e o trânsito em julgado ocorreu em 1999.

Em 2001, a CBF editou resolução declarando que o Flamengo também foi campeão do torneio. Posteriormente, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF-5) decidiu que o único ganhador era o Sport. O Flamengo recorreu ao STJ, que manteve a decisão.

Porém, a sentença da Justiça Federal não impedia o Flamengo de ser reconhecido como campeão nacional ao lado do Sport, e caso assim tivesse procedido, conforme afirmamos, haveria violado o artigo 217, inciso I, da Constituição Federal.

A resolução da CBF não dispôs em sentido contrário a decisão da Justiça Federal de Pernambuco, conforme decidiu o ministro Marco Aurélio ao rejeitar recurso interposto pelo Flamengo. Conforma infirmamos a decisão da Justiça Federal de Pernambuco apenas declarou o Sport campeão de 1987 em momento nenhum firmando o Spot como o exclusivo campeão. Por resolução a CBF declarou o Sport e também o Flamengo, em respeito a decisão do Clube do 13 que reconheceu por ilógico obrigar o Flamengo e o Internacional que disputaram uma competição muito mais difícil serem obrigados a enfrentar Sport e Guarani em um quadrangular final de uma partida que não teve nem vencedor (conforme por nós já exposto) e neste sentido deliberaram e assinaram.

Assim que a CBF apenas fez cumprir os ditamos do inciso I do art. 217 da CRFB respeitando a autonomia das entidades desportivas e das associações (leia-se Clube dos 13 – associação que organizou de forma independente ao torneio em comento).

O trânsito em julgado ter ocorrido em 1999 não exclui o reconhecimento da validade atribuída por resolução da CBF que não retirou o título do Sport e apenas também o estendeu também ao Clube de Regatas do Flamengo, quando voltamos a esclarecer que a decisão da Justiça Federal de Pernambuco não atribuiu exclusividade ao Sport, não havendo falar na absurda hipótese de força de rescisória da resolução da CBF.

Nosso parecer é no sentido de que existiram em 1987 dois campeões, o Sport Clube Recife, assim declarado pela Justiça Federal com trânsito em julgado e o Clube de Regatas do Flamengo, quando levou em conta a realidade dos fatos (foi o Flamengo quem venceu o módulo com as principais equipes do futebol brasileiro) e em respeito a decisão do Clube dos 13 que deliberou por unanimidade que Flamengo e Internacional não deveriam enfrentar Sport e Guarani de um módulo que nem houvera vencedor em campo em seu aspecto fático, quando o campeão sagrou-se assim por meio da "canetada". Nosso entendimento final acorda-se com o que impõe o inciso I do art. 217 da CRFB.

As decisões jurídicas não podem pretender distanciar-se das realidades fáticas. O campeão brasileiro não pode ser apenas o vencedor do módulo disputados entre as equipes de menor dimensão do futebol brasileiro em prejuízo de quem venceu o módulo disputados entre as equipes principais.

Assim, por medida de equidade e justiça, não pode o STF excluir do Clube de Regatas do Flamengo um direito amplamente reconhecido no âmbito desportivo e que por tradição já incorporou-se na cultura futebolística nacional de seu povo. Nos termos do que expusemos sobre o art. 217, I da CRFB o entendimento à época do Clube do 13 e posteriormente da CBF devem ser respeitados como entidades desportivas dirigentes por suas autonomias constitucionais.

4. Pedido de Vistas no STF

Pedido de vista do ministro Luís Roberto Barroso suspendeu o julgamento de agravo regimental no Recurso Extraordinário (RE) 881864 interposto pelo Clube de Regatas Flamengo contra decisão do ministro Marco Aurélio que julgou inviável o recurso contra a decisão judicial que proclamou o Sport Club do Recife como único campeão brasileiro de futebol de 1987. O ministro Barroso explicou que os pareceres e memoriais apresentados pelas partes têm questões jurídicas intrincadas e, por este motivo, pretende estudar mais a matéria.

5. Decisão da 1ª Turma do STF

Nesta terça-feira (18/04), acompanharam o entendimento de Marco Aurélio os ministros Rosa Weber e Alexandre de Moraes. Apenas o ministro Luís Roberto Barroso votou a favor de o Flamengo também ser considerado vencedor da competição, ao lado do Sport. O ministro Luiz Fux se declarou impedido de participar do julgamento porque o filho dele, Rodrigo Fux, atuou como advogado do Flamengo na ação.

Finalizamos afirmando que não se fez justiça em nosso entender, uma decisão pouco sensível aos fatos e que denotou certo desconhecimento dos senhores ministros quanto a realidade posta à época. Melhor se entenderia repartindo-se o título entre Flamengo e Sport pelos motivos que arrolamos, o que premiaria a equipe que disputou a competição mais difícil (com times de 1ª divisão) - o Flamengo, e Sport que teve a seu favor o trânsito em julgado de uma decisão que lhe foi favorável.

Lamentamos porém discutirmos ainda questões desportivas no Poder Judiciário, com um sem número de julgados de temáticas de muito maior relevo na fila, o STF tomar seu tempo para tema deste viés. O resgate do conceito de autonomia desportiva revela-se fundamental, enquanto um título ganho no tapetão não dignifica pela ausência da legitimidade da questão campo.

6. Curiosidades

Módulo verde (clubes e pontos conquistados):

01- Flamengo/RJ - 24 02- Internacional/RS - 18 03- Atlético/MG - 25
04- Cruzeiro/MG - 21 05- Grêmio/RS - 18 06- São Paulo - 17 07-
Fluminense/RJ - 17 08- Palmeiras/SP - 16 09- Botafogo/RJ - 15 10- Vasco
da Gama/RJ - 13 11- Bahia/BA - 13 12- Coritiba/PR - 12 13- Goiás/GO - 11
14- Santa Cruz/PE - 11 15- Santos/SP - 11 16- Corinthians/SP - 10

Módulo amarelo (clubes e pontos conquistados):

01- Sport Recife/PE - 26 02- Guarani/SP - 24 03- Bangu/RJ - 18 04-
Atlético/PR - 18 05- Criciúma/SC - 17 06- Vitória/BA - 17 07- Portuguesa
Esp./SP - 15 08- Internacional (limeira)/SP 14 09- Treze/PB - 12 10- Rio
Branco/ES - 12 11- Atlético/GO - 12 12- Ceará/CE - 10 13- Náutico/PE - 10
14- Joinville/SC - 09 15- CSA/AL - 08 16- América-RJ - 00 (não participou).

O TRABALHO ESCRAVO DO SÉCULO XXI

TAYNARA DE SOUZA JANUARIO:
Acadêmica do Curso de Direito da
Universidade Brasil.

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
Camilo Castelo Branco.

RESUMO: O presente artigo possui o escopo de conscientizar a sociedade de que o trabalho escravo ainda é uma realidade de nosso país. Problema esse que vem se arrastando ao longo dos séculos, criando-se várias leis, convenções, pactos internacionais, mas o procedimento para a erradicação se permanece lenta. A conscientização não pode partir apenas do Estado, a sociedade e o Estado têm que trabalhar juntos e lutar por seus direitos. A conscientização e a denúncia aos órgãos competentes é o primeiro passo para que se garanta o direito dos trabalhadores.

Palavras-chave: trabalho escravo, conscientização, Brasil, século XXI.

ABSTRACT: The present article has the scope to make society aware that slave labor is still a reality in our country. A problem that has been dragging along the centuries, creating several laws, conventions, international pacts, but the procedure for eradication remains slow. Awareness can not start from the state alone, society and the state have to work together and fight for their rights. Awareness and denunciation to the competent bodies is the first step towards guaranteeing workers' rights.

Keywords: slave labor, conscientization, Brazil, 21st century.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Breves relatos da história do trabalho escravo. 2 Legislação. 2.1 Constituição Federal e Princípios. 2.2 Dignidade da Pessoa Humana. 2.3 Princípio da Liberdade. 2.4 Princípio da Igualdade. 2.5 As Convenções Internacionais. 3 Globalização. 4 Formas de Escravidão atual. 4.1 Escravidão por dívidas. 4.2 Escravidão de Imigrantes. 5 Direitos Trabalhistas. 6 Plano Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Qual o primeiro pensamento que se tem quando se fala de trabalho escravo? Pois bem, o primeiro pensamento do trabalho escravo é que foi um marco histórico que aconteceu em séculos passados, e que já foi abolida pela Lei Áurea, e já não existe mais no Brasil.

Pensamento errôneo, pois o trabalho escravo continua bem vivo no nosso país, mais próximo do que se pode imaginar, os escravos de hoje não são mais rotulados como só os negros que eram miseráveis e escravizados, que era lícito se comprar e vender e dar castigos, esse tipo de escravo da época era custoso, seus senhores tinham gasto para manter seus escravos.

Hoje, as pessoas escravizadas independe de cor, raça, sexo ou idade, pode ser qualquer pessoa que se vê obrigado a servidão ou pagar uma dívida para sustentar sua família, sendo que na maioria das vezes o mesmo que é escravizado colocam pessoas de âmbito familiar para ajudar, enquanto outros migram por esta passando pela mesma situação e se veem obrigados a aceitar a condição do trabalho, nesse momento entra os aliciadores com falsas promessas lhe oferecendo o trabalho perfeito, com todos os direitos garantidos.

Entre esses trabalho a uma semelhança, que quem paga são todos aqueles bem sucedido financeiramente, tem condições de pagar melhor,

as empresas lucram com a mão de obra barata, rende muito dinheiro, e se os trabalhadores ficam doentes eles são descartados e novos trabalhadores são aliciados.

A forma mais comum de aliciamento, é por dívida ou por servidão, essas pessoas que são forçadas a trabalhar por algumas dessas condições tem medo de denunciar ou de abandonar o local de trabalho, pois tem hoje os vigias que usam da violência para intimidar a vítima, tendo nesses ambientes muitos maus tratos.

Inicialmente, o conceito básico que se tem do trabalho é que é tido como um meio para a pessoa alcançar sua dignidade, se mostrando útil para si mesma e para a sociedade em que vive. O trabalho, assim, é um instrumento eficaz que consolida o ideal de garantir seu sustento, observando sempre seus direitos de alimentação, educação, proteção, lazer entre muitos outros.

Uma grave lesão a essas prerrogativas, asseguradas pela Constituição Federal de 1988, encontra-se na imposição do trabalho forçado, em condições degradantes, em afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos trabalhistas fundamentais.

Para garantir os direitos dos trabalhadores foi criada a Consolidação das Leis do Trabalho, aqui temos todos os direitos que o empregador deve respeitar e cumprir no momento que irá contratar o empregado, tais como, registro na Carteira de Trabalho e Previdência Social, férias, FGTS, jornada de trabalho, pagamento de salário, descanso semanal remunerado, equipamento de segurança, a falta de alguns desses direitos negados geram conflitos com Direito do Trabalho.

As organizações internacionais, a exemplo da Organização Internacional do Trabalho e da Organização das Nações Unidas, frequentemente debatam assuntos relacionados às condições de trabalho e às formas de exterminação do trabalho forçado, editando convenções e recomendações, o que significa que a utilização de tal regime de trabalho ainda persiste em vários países do mundo, não só no Brasil.

1 BREVES RELATOS DA HISTÓRIA DO TRABALHO ESCRAVO

A escravidão no Brasil se consolidou como uma experiência de longa duração que marcou diversos aspectos da cultura e da sociedade brasileira. Mais do que uma simples relação de trabalho, a existência da mão de obra escrava fixou um conjunto de valores da sociedade brasileira em relação ao trabalho, aos homens e às instituições. Nessa trajetória percebe-se claramente a ocorrência do problema do preconceito racial e social.

Apesar do fim da escravidão, a abolição não foi acompanhada por nenhuma ação no sentido de integrar o negro à sociedade brasileira. A discriminação racial e a exclusão econômica persiste ao longo do século XXI. Apesar de várias ações governamentais que atualmente querem atenuar o peso dessa “dívida histórica”, ainda falta muito para que o negro supere os vestígios de uma cultura ainda aberta a exclusão.

A escravidão contemporânea é diferente daquela que existia um pouco antes do final do século XIX, quando o Estado garantia que comprar, vender e usar gente era uma atividade legal. Mas é tão perversa quanto, por roubar do ser humano sua liberdade e sua dignidade.

A nova escravidão é mais vantajosa para os empresários do que na época da Colônia e do Império, pelo menos do ponto de vista financeiro.

Antigamente, ser dono de outra pessoa inferior financeiramente era permitida, hoje não mais. Mas era muito mais caro comprar e manter um escravo do que nos dias de hoje. O negro africano era um investimento tão custoso que o tráfico humano já existiam desde aquela época. Hoje, o custo é quase zero paga-se apenas o transporte e, no máximo, a dívida que o sujeito tinha em algum comércio, que será cobrando quando começar a trabalhar. A vida dos trabalhadores não significam nada além da mão de obra, sendo descartáveis quando não mais úteis. O desemprego é gigantesco no país, e a mão-de-obra, é farta. Na escravidão contemporânea, não faz diferença se a pessoa é negra,

branca ou amarela. Os escravos são considerados miseráveis, independentemente de raça.

Porém, tanto na escravidão imperial e na escravidão contemporânea, mantém-se a ordem por meio de ameaças, terror psicológico, coerção física e moral, punições e assassinatos.

Não há estatística exata para o número de trabalhadores em situação de escravidão no país, mas segundo dados do Índice de Escravidão Global, elaborado por Organizações Não Governamentais ligadas à Organização Internacional do Trabalho estima-se que uns 200 mil trabalhadores estão nessa situação de trabalho escravo.

A forma de trabalho forçado mais encontrada no país é a da servidão, ou por dívida. Nela, a pessoa empenha sua própria capacidade de trabalho ou a de pessoas de âmbito familiar (esposa, filhos, pais) para saldar uma dívida. E isso acontece sem que o valor do serviço executado seja aplicado no abatimento da conta de forma razoável ou que a duração e a natureza do serviço estejam claramente definidas.

E não é apenas a restrição da liberdade que configura o trabalho escravo, mas sim uma série de etapas tais como, recrutamento, transporte, alojamento, alimentação e vigilância. E cada qual com a existência de maus-tratos, fraudes, ameaças e violências física ou psicológica.

Infelizmente, o que vemos hoje é uma grande quantidade de desempregados, presas fáceis para o aliciamento no trabalho escravo, tanto nas áreas rurais como nas áreas urbanas.

2 LEGISLAÇÃO

2.1 CONSTITUIÇÃO FEDERAL E PRINCÍPIOS

A primeira Constituição Federal do Brasil foi outorgada em 1824 por D. Pedro I, baseada no liberalismo da Revolução Francesa, e não tratou dos direitos sociais do trabalhador.

A única menção que fez ao trabalho está contida no artigo 179 e seus incisos, em que abolia as penas de açoites e marcas a ferro que, todavia, continuaram a ser praticadas.

Com isso inicia-se então a luta pelos direitos dos trabalhadores, onde foi criada várias Constituições e leis esparsas que instruíram nossos direitos, chegando então a nossa atual Constituição de 1988.

A Constituição Federal de 1988 é considerada uma Constituição social democrata, por trazer um contraponto entre o socialismo e o liberalismo. Em seu bojo, tem se uma série de valores e assegurada uma série de direitos, os quais podemos chamar de direitos fundamentais por serem imprescindível a vida em sociedade.

Dentre esses direitos feridos pelo trabalho escravo estão a dignidade da pessoa humana, a liberdade e a igualdade.

2.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana é a fonte das fontes de direito. Por meio dela se asseguram os direitos sociais previstos no artigo 6º da CF, como a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados, e no artigo 7º como os trabalhadores. O princípio da dignidade da pessoa humano é o princípio mais importante do nosso ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que todos os outros visam a concretiza-lo, inclusive o da isonomia.

A dignidade do trabalhador, como ser humano, segundo José Cláudio Monteiro de Brito Filho, procurador do trabalho, quanto à dignidade ferida do trabalhador:

Dar trabalho, e em condições decentes, então, é forma de proporcionar ao homem os direitos que decorrem desse atributo que lhe é próprio: a dignidade. Quando se fala em trabalho em que há a redução do homem à condição análoga à de escravo, dessa feita, é imperioso considerar que

violado o princípio da dignidade da pessoa humana, pois não há trabalho decente se o homem é reduzido a essa condição. Como entende, com perfeição, a OIT: o controle abusivo de um ser humano sobre o outro é a antítese do trabalho decente.

Não resta dúvida de que o trabalho forçado fere a dignidade do trabalhador, em razão da “coisificação” do homem, advinda da supressão de sua liberdade, de sua vontade e de sua honra. De acordo com Immanuel Kant, o homem não pode ser usado como meio para obtenção de lucros e sim como um fim em si mesmo.

A escravidão é, portanto, um crime contra a liberdade individual e contra a dignidade humana, porque segundo Castilho (1999), a dignidade abrange tudo, e a escravidão tira tudo.

2.3 PRINCÍPIO DA LIBERDADE

A liberdade, um dos princípios famoso propagados pela Revolução Francesa, é um princípio de grande importância no ordenamento jurídico brasileiro. Conceitua-se como o direito do indivíduo se autodeterminar. Introduzido neste princípio e expresso no artigo 5º, XIII da CF, tem-se o livre exercício de qualquer trabalho ofício ou profissão. Isto se traduz na possibilidade de o indivíduo, exercendo seu livre arbítrio, escolher o trabalho que irá executar ou a profissão que deseja seguir.

De acordo com Celso Ribeiro Bastos e Ives Guandra Martins (2002, p.85), a liberdade de trabalho é própria da condição humana, porque “é na escolha do trabalho que ele vai impregnar mais fundamentalmente sua personalidade com os ingredientes de uma escolha livremente levada a cabo”.

Certo que nem todos podem escolher o trabalho que gostariam de exercer. Em virtude da extrema desigualdade social, ainda existente no Brasil, algumas pessoas que sequer tem acesso à educação para que possam ocupar postos de trabalho que exijam qualificação. E,

finalmente, porque, em razão de alto índice de desemprego, outras tantas pessoas não podem dar-se ao luxo de escolher seus empregos, mas devemos aceitar aqueles ofertados pelo mercado.

Infere-se do princípio da liberdade de ofício que o indivíduo não pode ser forçado a exercer atividade que não deseja. Assim, estando ele contratado ou não, mas exercendo atividade para outrem, tem o direito de deixar de exercê-la. Da mesma forma que aquele para quem se exerce a atividade não pode opor nenhum obstáculo ou sanção em virtude de sua saída. Não pode, portanto, ameaça-lo ou reter seus pertences, nem, tampouco, deixar de pagar-lhe o que é devido.

Inobstante a proibição, essas práticas são muito comuns. Os trabalhadores, ao perceberem que foram enganados e estão exercendo suas atividades sem nada receber por isso, tendem a querer deixar o local e são impedidos pelos vigias. Com essa atitude, aquele que explora, desrespeita a liberdade de livre locomoção, estabelecida no artigo 5º, XV da CF (é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens).

Conclui-se ainda, pela restrição a sua liberdade de escolha, posto que, embora, na maioria das vezes, se tenha dirigido ao local de trabalho por livre e espontânea vontade, essa vontade foi viciada pelo erro e fraude. Isso porque, ao se deparar com o trabalho, o indivíduo percebe que as condições são diversas das que foram prometidas no momento da contratação. A fraude é usada para iludir a vítima, tornando falsa sua percepção da realidade.

2.4 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

É evidente que o trabalho forçado também viola o princípio da igualdade, tendo em vista que o trabalhador fica privado de todos os direitos trabalhistas previstos na Constituição Federal, na Consolidação das Leis do Trabalho e nas demais legislações.

Assim, não informam a eles, sobre o direitos que tem, tais como, registro em carteira, o salário, a jornada de trabalho, os descansos semanais remunerados, licenças, férias, 13º salário, fundo de garantia por tempo de serviço, benefícios da Previdência Social, entre outros dispositivos que são aplicados aos trabalhadores em geral.

A privação de direito torna o trabalhador desigual perante outros trabalhadores, uma vez que sua força de trabalho não é remunerada nos termos consolidados pela legislação, e diante do próprio empregador, em razão da submissão imposta.

2.5 AS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS

As organizações internacionais, a exemplo da Organizações Internacional do Trabalho e da Organização das Nações Unidas, frequentemente debatem assuntos relacionados às condições de trabalho e as formas de exterminação do trabalho forçado, editando convenções e recomendações, que significa que a utilização de tal regime de trabalho ainda persiste não só no Brasil, mas em vários países do mundo.

O Brasil, ciente da existência do trabalho forçado em seu território, tem ratificado e internalizado as convenções e recomendações providas das organizações internacionais, na tentativa de reduzi-lo.

A Organização das Nações Unidas não ignora o tema. Uma das primeiras normas internacionais das Nações Unidas sobre o tema foi editada em 1930, sob o âmbito da Convenção nº 29, os países membros assumiram o compromisso de “abolir a utilização do trabalho forçado ou obrigatório, em todas as suas formas, no mais breve espaço de tempo possível”.

Já em 1948, ao promulgar a Declaração Universal dos Direitos Humanos como uma norma comum a ser alcançada por todos os povos e nações, a Organização das Nações Unidas estabeleceu, pela primeira vez, a proteção universal dos direitos humanos e nela proibiu a escravidão

(art. 4º), bem como a sujeição de qualquer pessoa à tortura, penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes (art. 5º).

Em 1957, foi adotada também a Convenção nº 105 da Organização Internacional do Trabalho, complementar à de nº 29, e que tratou da abolição do trabalho forçado como uma obrigação a ser imposta a todos os países membros daquela Organização. Da mesma forma, em 1966, o Pacto Internacional a Convenção sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das Suas Famílias (art. 11º).

Mais recentemente, em 2014, houve a adoção unânime ao protocolo e uma Recomendação (nº 203) que complementam a Convenção nº 29 da Organização Internacional do Trabalho, fornecendo orientações específicas sobre medidas efetivas a serem tomadas pelos Estados Membros para eliminar todas as formas de trabalho forçado, proteger vítimas e assegurar-lhes acesso à justiça e compensação.

3 GLOBALIZAÇÃO

Pode-se dizer que a sociedade capitalista é dividida em duas classes: de um lado, os trabalhadores que vendem a sua força de trabalho em troca do salário para garantir a sua subsistência e do outro, os empregadores que são os donos de capitais.

A globalização é derivada da necessidade de expansão do sistema capitalista e, para se adquirir essa expansão foi necessário conquistar novos mercados para obter maiores lucros e acumular riquezas.

Amauri Mascaro Nascimento (2010), entende que entre os efeitos gerados pela globalização econômica no mundo do trabalho, estão “a migração de indústrias dos países desenvolvidos para os emergentes, a descentralização das atividades da empresa (terceirização) por meio de subcontratações e a informalização do trabalho”.

Para os empresários que buscam meios para reduzir o custo de produção, uma das alternativas encontradas é transferir a sua produção para países subdesenvolvidos, onde a mão de obra é farta e barata.

A globalização, é vista como um dos fatores que colaborou para o trabalho forçado, trazendo imigrantes, para mão de obra. Segundo uma pesquisa feita pela Organização Não Governamental Walk Free, o Brasil tem hoje 161,1 mil pessoas e ocupa a 94ª posição no mundo entre os países que, proporcionalmente à sua população, mais possuem pessoas que trabalham em regime de escravidão.

O crescente desemprego em que vivemos hoje, praticamente obriga a população mais pobre à buscar alternativas, onde muitos resolvem migrar e caem em mãos de pessoas inescrupulosas. No Brasil, a maior parte da população são submetidas ao trabalho escravo rural com fins de exploração econômica sendo a maioria homens. As atividades para as quais esse tipo de mão de obra é utilizado exigem força física, por isso os aliciadores têm procurado basicamente homens e jovens. Os trabalhadores rurais libertados são, em sua maioria, migrantes que deixaram suas casas com destino à região de expansão agrícola. Pessoas que são submetidas ao trabalho forçado, na maioria das vezes já chegam ao destino do serviço com dívidas, usado como forma de obrigar a mesma a permanecer no local e trabalhar em jornadas exaustiva, para quitar a dívida e ganhar o direito da liberdade, isso quando não são assassinados. Essas pessoas são atraídos por falsas promessas de aliciadores ou migram forçadamente pela situação de miséria em que vivem.

Vale lembrar que o trabalho escravo não existe somente no meio rural, ocorre também nas áreas urbanas. O trabalho escravo urbano é de outra natureza.

No Brasil, os principais casos de escravidão urbana ocorrem na região metropolitana de São Paulo, onde os imigrantes ilegais são predominantemente latino-americanos como os bolivianos, paraguaios e peruanos que trabalham dezenas de horas diárias, sem folga e com baixíssimos salários, geralmente em oficinas de costura. A solução para

essa situação é a regularização desses imigrantes e do seu trabalho ou outra medida, que também ajuda a reduzir os custos e é utilizada de forma muito comum, é a terceirização de mão de obra.

A dez anos atrás, com o crescimento na economia do Brasil e a crise mundial contribuíram para aumentar significativamente o número de estrangeiros no país nos últimos anos. De acordo com dados da Polícia Federal, de 2006 até o presente ano, o número de estrangeiros em situação regular no Brasil aumentou em 160%. Há ainda aqueles que, por estarem em situação irregular, são mais vulneráveis à exploração e a terem seus direitos desrespeitados.

Contudo, vimos que a globalização está ligada diretamente ao trabalho escravo contemporâneo, considerado um dos problemas que o Brasil está enfrentando atualmente.

4. FORMAS DE ESCRAVIDÃO ATUAL

4.1 ESCRAVIDÃO POR DIVIDAS

No Brasil a escravidão por dividas tem suas raízes desde o tempo dos colonos que foram cerceados em virtude das despesas com viagens.

Atualmente são as mesmas situações em que as pessoas são enganadas pelos os aliciadores, conhecidos como “gatos” que tem como objetivos fazer falsas promessas para que acreditem estarem indo para o trabalho perfeito com todos seus direitos garantidos, não exigindo nenhum documento para isso, mas os que derem os documentos são apanhados e retidos como forma de obrigar o trabalhador a permanecer no serviço.

Logo após as falsas promessas, em que as pessoas aceitam, os aliciadores fornece uma quantia de dinheiro suficiente para os trabalhadores se manterem durante a viagem.

Quando chegam ao destino final caem em si que foram enganados, que é bem diferente do que prometeram, muitos querem voltar para casa e são surpreendidos pela pessoa que o recrutou, dizendo que ele

possuem uma dívida e que agora terão que trabalhar para paga-la, e a cada dia correrá juros em cima da quantia emprestada.

Muitos não consegue quitar a dívida, pois a merreca do salário não é suficiente para se manter, e o débito só vai aumentando por conta dos juros.

Caracterizada está a escravidão por dívida, que, além de desrespeitar as normas de Direito do Trabalho, causa o desfazimento de vínculos familiares, privação do acesso à escolas aos filhos, sujeição a contração de moléstias, desamparo na ocorrência de acidentes, condições subumanas de higiene e habitação, perda da identidade como pessoa humana, baixa expectativa de vida, punições e maus-tratos.

4.2 ESCRAVIDÃO DE IMIGRANTES

Conforme o site Terra “o estado de São Paulo tem hoje pelo menos um milhão de imigrantes irregulares, condição esta que os coloca em situações de vulnerabilidade para o aliciamento de trabalhadores em condições análogas às da escravidão”.

A maior parte desse contingente é de bolivianos, cerca de 200 mil, estima-se, espalhados em situações precárias em confecções da capital paulista de grandes marcas. Os números são do governo de São Paulo e do Ministério Público do Trabalho. Os principais objetivos que trazem os imigrantes bolivianos ao Brasil são, emprego, maior salário e uma vida bem melhor do que leva em seu país de origem, sendo o estado de São Paulo o principal destino.

A busca por uma qualidade de vida melhor e boa remuneração sujeitam bolivianos aceitarem trabalhos clandestinos, boa parte desta comunidade trabalham em indústrias de transformação, popularmente conhecida como indústria têxtil, embora também exista uma menor porcentagem atuando em comércios nos centros da grande São Paulo.

Algumas das maiores marcas de roupa no Brasil já foram flagradas ao explorar o trabalho escravo contemporâneo. A prática criminosa

acontece em pequenas confecções terceirizadas, a maioria com funcionários imigrantes.

Conforme pesquisa feita pelo site reporterbrasil.org.br foi realizada uma reportagem e acompanha as fiscalizações de trabalho escravo nas confecções desde 2009, quando foi lançado o Pacto Municipal Tripartite Contra a Fraude e a Precarização, e pelo Emprego e Trabalho Decentes em São Paulo, do qual a organização é signatária.

Dentre várias marcas famosas envolvidas com trabalho escravo estão a marca Zara, que em agosto de 2011, equipes de fiscalização trabalhista flagraram, pela terceira vez, trabalhadores estrangeiros submetidos a condições análogas à escravidão produzindo peças de roupa para a Zara, do grupo espanhol Inditex. A equipe registrou contratações ilegais, trabalho infantil, condições degradantes, jornadas de até 16h diárias, cobrança e desconto irregular de dívidas dos salários e proibição de deixar o local de trabalho. Um dos trabalhadores confirmou que a autorização do dono da oficina para sair da casa era concedida apenas em casos urgentes. A investigação se iniciou em outra fiscalização, realizada em maio do mesmo ano. Na ocasião, 52 trabalhadores foram encontrados em condições degradantes.

A Renner que foi responsabilizada por autoridades trabalhistas pela exploração de 37 costureiros bolivianos em regime de escravidão contemporânea. O flagrante aconteceu em novembro de 2014 em uma oficina de costura terceirizada localizada na periferia de São Paulo. Os trabalhadores viviam sob condições degradantes em alojamentos, cumpriam jornadas exaustivas e parte deles estava submetida à servidão por dívida. Tais condições constam no artigo 149 do Código Penal

Brasileiro para se configurar o crime de utilização de trabalho escravo. A fiscalização responsabilizou a Renner também por aliciamento e tráfico de pessoas.

E por fim a marca Marisa, que em março de 2010, a fiscalização encontrou 16 bolivianos, um deles com menos de 18 anos, e um jovem peruano trabalhando em condições análogas à escravidão na fabricação de peças para a Marisa em uma pequena oficina na cidade de São Paulo. Nenhum dos operadores de máquina tinha carteira de trabalho assinada. Cadernos com anotações dos empregadores indicavam cobranças ilegais de passagens da Bolívia para o Brasil, com a “taxas” e despesas que, segundo a fiscalização, consiste em “fortes indícios de tráfico de pessoas”, além de endividamentos por meio de descontos indevidos. Há registros de salários de R\$ 202 e de R\$ 247, menos da metade do salário mínimo (na época, R\$ 510). A Superintendência Regional do Trabalho e Emprego de São Paulo aplicou 43 autos de infração com passivo total de R\$ 633 mil.

No site notícias.terra.com.br, o advogado trabalhista Leandro Barros afirma que “os patrões de bolivianos sem registro na carteira podem ser multados e até processados, pois o registro garante que não ocorram abusos e as horas extras sejam pagas corretamente”.

A erradicação desse labor é difícil porque os imigrantes não denunciam. Em razão das condições socioeconômicas de seus países, muitas vezes, a qualidade de vida aqui, mesmo em condições análogas às de escravos, é até melhor. Outro fato relevante é a lei de estrangeiros (Lei nº 6.815/1980), que proíbe o exercício de atividade remunerada pelo estrangeiro, tornando difícil a legislação deste labor.

5. DIREITOS TRABALHISTAS

Do que foi dito acima, falamos tudo que diz respeito aos direitos feridos dos trabalhadores sendo eles garantidos pela Constituição Federal, por Leis Internacionais, e também pela Consolidações das Leis Trabalhistas.

Os direitos básicos que todos os empregadores devem respeitar quando contratar alguém são o Registro na Carteira de trabalho, o pagamento de Salário, tem que cumprir a jornada de trabalho, férias, equipamentos de segurança, FGTS, esses direitos são os básicos.

Para o empregador a anotação na carteira de trabalho gera uma obrigação, uma vez que ela se constitui como meio de prova do contrato de trabalho, mas para o trabalhador é a única forma de provar e garantir seus direitos.

Só que no caso do trabalho forçado o empregador lhe tira esse direito no momento em que retém todos seus documentos, e ainda ameaçam e usam de violência para intimidar os trabalhadores para que não o denunciem.

A jornada exaustiva que esses trabalhadores sofrem prejudicam a sua saúde, lhe tiram a liberdade e a igualdade de ter uma vida saudável, todos precisamos trabalhar, mas um emprego que traga prazer, que trabalhe apenas as horas devidas, que no final do mês receba por aquilo em que trabalhou, e que receba todos seus direitos.

No Brasil a escravidão ainda é uma realidade, com algumas diferenças, mais existe, pessoas aceitando essas condições mesmo sabendo os seus direitos, pelo fato de não ter oportunidades de melhores empregos.

Apesar da realidade ser esta ainda em pleno século XXI, é sempre importante fazer campanhas e criarem mas leis, em que punam os empregadores que não agem conforme a lei.

6 PLANO NACIONAL DE ERRADICAÇÃO DO TRABALHO ESCRAVO

Diante da triste realidade que assola nosso país, levando em consideração que ainda existem empregadores que submetem seus trabalhadores à condições sub-humanas, o Governo, a iniciativa privada, e pensadores juntos desenvolvem e seguem táticas para a erradicação do trabalho escravo.

Acontece que o combate ao trabalho escravo dá-se em várias frentes, mas certamente passa pelo desenvolvimento econômico e social das populações de risco e da fiscalização governamental. Mas só isto não é suficiente, é necessário o envolvimento da população brasileira para erradicar do país esta prática que arde a dignidade humana.

Em busca de mudar essa triste realidade em nosso país, desde 2003 o Governo Brasileiro mantém a Comissão Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo, que acompanha os planos e ações do governo. Quem é responsável pelas estratégias de erradicação é o Grupo Especial de Fiscalização Móvel do Ministério do Trabalho e do Emprego, onde tanto auditores fiscais como sociedades civis e a iniciativa privada estão engajadas nestes fins.

Quanto a isso há algumas ações que contribuem para a repressão do trabalho escravo sendo um deles a “lista suja”.

A chamada Lista Suja, foi criada pela Portaria n.º 540/2004 do Ministério do Trabalho e Emprego, que disponibiliza uma lista dos empregadores flagrados com trabalho escravo, que uma vez condenados perdem direito a empréstimos de bancos públicos e têm a comercialização de seus produtos restringida.

Os nomes desses empregadores só serão excluídos desta lista se, durante 2 anos, eles não se tornarem reincidentes e pagarem as multas oriundas da fiscalização, bem como quitarem os débitos trabalhistas e previdenciários.

Outro ponto que merece destaque é o que se faz depois de resgatar os trabalhadores, pensando nisso o Grupo Especial de Fiscalização Móvel (GEFM) atua também no pagamento de direitos trabalhistas que não

foram realizados. Tal pagamento se dá pelos auditores do Grupo Especial de Fiscalização Móvel, quando estes ao fiscalizarem as fazendas, aplicam multa a estes empregadores. Só em 2007, quase 6 mil trabalhadores foram resgatados e o valor total de indenizações ultrapassaram 9 milhões de reais. Este montante em 2007 representa um recorde de indenizações pagas de 1995 a 2010. Tal aumento desses valores comprova a efetividade das ações formuladas pelo governo para o combate do trabalho escravo.

O Seguro Desemprego é uma importante iniciativa governamental no combate ao trabalho escravo, assegurado pela Lei n.º 10.608/2002, com a finalidade de auxílio temporário ao trabalhador desempregado, em virtude de ter sido dispensado sem justa causa e de ter sido resgatado de um regime escravo.

Contudo, se explora várias hipóteses para a erradicação do trabalho escravo, algumas já está em ação como alista suja, o grupo GEFM, seguro desemprego Lei 10.608/2002, mas essas soluções não está sendo eficaz para erradicar o trabalho escravo, tendo que ser criadas mas projetos voltados para erradicação e ter mais fiscalização por parte do Ministério do Trabalho e Emprego e do Grupo Especial de Fiscalização Móvel.

CONCLUSÃO

Enfim, ao longo de todo o trabalho ficou demonstrado, o quanto presente o trabalho escravo ainda continua sendo uma realidade de nosso país.

Chega-se à conclusão que essa luta não é tão somente do Estado, e sim de todos, que tem que se conscientizar olhar para o próximo e tomar atitudes simples para ajudar a erradicar o trabalho escravo.

Portanto, fechar os olhos para o problema e não ter nenhuma iniciativa só pelo fato de não ser você trabalhador escravizado, não irá ajudar o nosso país sair dessa situação degradante.

Não será uma luta fácil e rápida, até porque ela vem se arrastando durante séculos, tomando algumas transformações em relação a quem se torna o escravo, mas as condições desumanas e degradantes continuam a mesma.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Guandra. **Comentários à Constituição do Brasil**, 2 ed., Saraiva (2002, p. 85).

ELA WIECKO V. de *Castilho*. **Em busca de uma definição jurídico-penal de trabalho escravo no Brasil contemporâneo**”. *São Paulo: Loyola, 1999*.

FILHO, José Cláudio Monteiro de Brito. **Trabalho Escravo: caracterização jurídica**- São Paulo: LTr, 2014.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 25ªed. São Paulo: Saraiva, 2010.

QUEIROZ, Victor Santos. [A dignidade da pessoa humana no pensamento de Kant](#). **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 757, 31 jul. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7069>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

REPÓRTER Brasil. **As marcas da moda flagradas com trabalho escravo**. Em: <http://reporterbrasil.org.br/2012/07/especial-flagrantes-de-trabalho-escravo-na-industria-textil-no-brasil>. Acesso em 12 jun. 2016.

BARROS, Leandro. **Trabalho escravo**. Em: <http://noticias.terra.com.br/brasil/trabalho-escravo>. Acesso em 15 jun.2016.

O PAPEL DO ESTADO DIANTE DA FUNÇÃO DE REGULAR E FISCALIZAR AS ATIVIDADES DAS AGÊNCIAS REGULADORAS À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

JESUS CLÁUDIO PEREIRA DE ALMEIDA:
Mestre e doutorando em Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC.

RESUMO: O presente artigo visa analisar o poder do Estado na função de regular e fiscalizar as atividades das Agências Reguladoras e, conseqüentemente, sua aplicação nas relações consumeristas. O trabalho se desenvolve em cinco seções. Inicialmente, serão expostos aspectos quanto ao papel do Poder Público no exercício de sua função de fiscalizar as atividades das Agências Reguladoras. Em seguida, serão abordados os aspectos: (i) quanto à fiscalização às Agências Reguladoras, já que houve uma sensível mudança no Estado de Polícia Brasileiro, a partir das privatizações empreendidas na última década do século passado, em que as tarefas antes cometidas ao poder público passaram às mãos da iniciativa privada; (ii) a regulação, como uma forma de intervenção do Poder Público como responsividade - ou seja - ocupar o espaço da ação atribuída às Agências Reguladoras, (iii) dos cuidados com a transparência que devem ter as Agências Reguladoras, como deveres para com os consumidores, especialmente, nas atribuições que deveriam atuar o Poder Público, a fim de evitar as queixas dos consumidores e, (iv), do processo sancionatório, decorrente da fiscalização, já que cabe à Agência Reguladora fiscalizar as condições da prestação do serviço e aplicar sanções às concessionárias, por meio de um processo sancionatório célere e descomplicado.

Palavras-chave: Fiscalização e Regulação. Agências Reguladoras. Código de Defesa do Consumidor

ABSTRACT: This paper aims to analyze the power of the State in regulating and supervising the activities of Regulatory Agencies and, consequently, their application in consumer relations. The work is developed in five sections. Initially, aspects will be exposed

regarding the role of the Public Power in the exercise of its function of supervising the activities of the Regulatory Agencies. Next, the following aspects will be addressed: (i) regarding the oversight of the Regulatory Agencies, since there has been a significant change in the State of the Brazilian Police since the privatizations undertaken in the last decade of the last century, in which the tasks previously committed to power The private sector; (li) regulation, as a form of public intervention as responsiveness - that is. (lii) care with the transparency that Regulatory Agencies should have, as duties to consumers, especially in the attributions that the Public Power should perform, in order to avoid complaints from Consumers, and (iv) of the sanctioning process, resulting from the inspection, since it is up to the Regulatory Agency to supervise the conditions of service provision and to apply sanctions to the concessionaires, through a speedy and uncomplicated sanction process.

Keys-words: Supervision and Regulation. Regulatory agencies. Code of Consumer Protection.

1.INTRODUÇÃO

O presente artigo visa analisar o poder do Estado na função de regular e fiscalizar as atividades das Agências Reguladoras e, conseqüentemente, sua aplicação nas relações consumeristas.

O trabalho se desenvolve em cinco seções. Inicialmente, serão expostos aspectos quanto ao papel do Poder Público no exercício de sua função de fiscalizar as atividades das Agências Reguladoras, já que é função do Estado garantir, mediante a fiscalização, a prestação do serviço adequado, definido no parágrafo 1º do artigo. 6º da Lei nº 8.987/95 (Lei de Concessões de Serviços Públicos)

No campo dos serviços públicos concedidos a particulares, a fiscalização envolve dois aspectos fundamentais: (i) o

cumprimento dos contratos de concessão e (ii) os regulamentos que estabelecem os deveres dos prestadores de serviço perante os usuários.

Em seguida, serão abordados os aspectos quanto à fiscalização junto às Agências Reguladoras, já que houve uma sensível mudança no Estado de Polícia Brasileiro, a partir das privatizações empreendidas na última década do século passado, em que as tarefas antes cometidas ao poder público passaram às mãos da iniciativa privada; (ii) a regulação, como uma forma de intervenção do Poder Público como responsividade - ou seja- ocupar o espaço da ação atribuída às Agências Reguladoras, já que a regulação visa substituir, de certa forma, a proteção com que o consumidor contava (embora isto nem sempre tenha ocorrido) com a execução dos serviços públicos pelo Estado ou por entes estatais; (iii) os cuidados com a transparência que devem ter as Agências Reguladoras, como deveres para com os consumidores, especialmente, nas atribuições que deveriam atuar o Poder Público, a fim de evitar as queixas dos consumidores e, por fim, (iv), do processo sancionatório, decorrente da fiscalização, já que cabe à Agência Reguladora fiscalizar as condições da prestação do serviço e aplicar sanções às concessionárias, por meio de um processo sancionatório célere e descomplicado.

2. O PAPEL DO PODER PÚBLICO NO EXERCÍCIO DE SUA FUNÇÃO DE GESTOR E FISCALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

A fiscalização e serviço adequado é uma das manifestações do poder de polícia do Estado, bem como a atividade da administração destinada a promover o respeito às normas jurídicas e regulamentares, ao interesse público, funcionando como um mecanismo de repressão e de abusos de direito.

Sob este prisma, corresponde ao poder-dever de estabelecer parâmetros de comportamentos, conforme a norma,

restringindo-se no campo de ação do fiscalizado, caso necessário, e punindo as transgressões.

No campo dos serviços públicos concedidos a particulares, a fiscalização envolve dois aspectos fundamentais: o cumprimento dos contratos de concessão, bem como dos regulamentos que estabelecem os deveres dos prestadores de serviço perante os usuários. Com efeito, aqui não se trata apenas de evitar condutas individuais contrárias ao interesse público, mas em promover ativamente a qualidade dos serviços, tal como previsto no contrato de concessão e legislação pertinente – inclusive o Código de Defesa do Consumidor – o que torna a fiscalização tarefa essencial para a atuação eficiente do ente regulador FARENA (2013, p.2).

Portanto, a obrigação de respeitar os direitos do consumidor será sempre a mesma, enquanto se trate de serviços públicos prestados por empresas sob o controle acionário estatal, quer sejam prestados por concessionários privados, conforme autoriza o parágrafo 1º do artigo. 6º da Lei nº 8.987/95 (Lei de Concessões de Serviços Públicos), bem como o artigo. 22 da Lei nº 8.078/90. No entanto, a despeito de que as estatais também podem desviar-se do serviço adequado e do próprio interesse público.

Neste cenário, foi a privatização da prestação dos serviços que inspirou a criação das agências reguladoras, como autoridade independente, capaz de conciliar o interesse público, as obrigações decorrentes da concessão e o interesse do consumidor com a liberdade para a gestão lucrativa do negócio, típica das empresas privadas.

Em qualquer caso, o controle do cumprimento das normas regulamentares relativas à prestação do serviço e à proteção do consumidor torna-se um dos objetivos preponderantes da atividade de fiscalização, tudo com vistas a tornar realidade a prestação do serviço adequado (inciso IV ao parágrafo único ao

art. 175, Constituição Federal), que é um direito do usuário e dever do Poder Concedente FARENA (2013, p.3).

É, portanto, função do Estado garantir mediante a fiscalização, a prestação do serviço adequado, definido no parágrafo 1º do artigo. 6º da Lei nº 8.987/95 (Lei de Concessões de Serviços Públicos)

Acerca do papel do Estado na fiscalização das atividades das Agencias Reguladoras, a professora Maria Sylvia Di Pietro, leciona: *“regular significa organizar determinado setor. As agências reguladoras estabelecem normas, regras para o setor e também atuam no caso concreto. Tanto podem regular o objeto da concessão quanto podem atuar como poder de polícia. No caso das concessões, a agência assume o papel do poder concedente. Ela elabora o edital, celebra o contrato, fiscaliza a execução dos serviços, regulamenta e implementa a política tarifária. Quando se fala em papel de agências reguladoras, o que se tem em foco são as cláusulas regulamentares da concessão. Se não existe agência reguladora, o próprio Poder Público assume suas funções originais e regula o setor”*.^[1]

Além disso, assume o Estado o risco ao conceder às Agencias Reguladoras a prestação dos serviços públicos, em caso descumprimento do contrato de concessão ou ocorrendo falha na execução dos serviços, respondendo objetivamente pelos danos causados aos consumidores, restando-lhe uma ação de regresso em face da causadora dos danos.

Neste sentido, DENARI (2007, p. 228) ensina: *“TEORIA DO RISCO-nos termos do art. 22 e seu parágrafo único, quando os órgãos públicos se descumpram da obrigação de prestar serviços adequados, eficientes, seguros e contínuos, são compelidos a cumpri-los e reparar dos danos causados, na forma prevista do Código”*

Portanto, responde o ente público ao assumir o risco pela concessão às Agências Reguladoras na prestação de serviços públicos, quando este é defeituoso e cause danos ao consumidor.

3. O PAPEL DO PODER PÚBLICO NO EXERCÍCIO DE SUA FUNÇÃO DE FISCALIZAR AS ATIVIDADES DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

A década de 1990 foi marcada no Brasil pela crescente influência da ideia de Estado regulador, difundida de modo mais incisivo no restante do mundo, a partir da década anterior com o Consenso de Washington e com os governos de Margaret Thatcher e Ronald Reagan, respectivamente na Inglaterra e nos Estados Unidos. Nesse contexto de revisão da política estatal e da própria máquina administrativa, se percebe uma remodelagem das funções do Estado por meio da desestatização e da maior participação do setor privado na economia CAMARGO (2010, p.365).

A abordagem do Consenso de Washington, além do receituário de medidas a serem adotadas pelos países menos desenvolvidos, também colocou em evidência a noção de consensualidade que os países desenvolvidos teriam em torno das causas e da natureza da crise latino-americana. Como tradução desse diagnóstico, aponta-se o excessivo tamanho do Estado e sua ineficiência. A crise passa, portanto, a ser considerada uma crise do Estado, exaltando a necessidade de uma revisão da própria máquina administrativa e de remodelagem de suas funções por meio da desestatização e da maior participação do setor privado na economia CAMARGO (2010, p.365).

As Agências Reguladoras, portanto, são consideradas instituições relativamente novas no Brasil – as primeiras agências completaram duas décadas de criação, e ainda enfrentam desafios para se consolidarem institucionalmente e para se articularem com outros organismos que atuam de forma complementar, como é o caso dos órgãos de defesa do consumidor.

A atuação das agências e órgãos reguladores impacta diretamente no dia-a-dia dos consumidores, pois a elas cabe fiscalizar, guiar e suplementar o mercado e corrigir suas falhas, como o desequilíbrio entre consumidores – parte mais vulnerável na relação de consumo – e fornecedores.

A partir do surgimento das privatizações no Brasil, houve uma sensível mudança na prestação dos serviços públicos pelo Estado, as tarefas que antes eram desempenhadas pelo poder público passaram às mãos da iniciativa privada.

Essa novidade, no mercado, era vista como a solução para os problemas de atraso e inacessibilidade de serviços públicos, como, por exemplo, a eletricidade, os transportes públicos e a telefonia. Restou, assim, ao Estado, a função regulatória, que foi conferida às Agências Reguladoras que se inspiraram no modelo americano, mas que aqui foram implantadas de forma que a atividade de “organização do setor” acabou sobrepujando a atividade de fiscalização, fenômeno patente especialmente nas Agências Reguladoras de serviços públicos antes considerados exclusivos do Poder Público.

A privatização entregou ao mercado o controle econômico e financeiro de serviços públicos essenciais, muitos deles monopólios naturais. A criação – nem sempre simultânea – de agências reguladoras destinou-se à correção das “falhas de mercado” que representariam obstáculo à eficiência ótima na prestação desses serviços, após o investimento inicial aportado pela iniciativa privada. A separação entre o poder concedente e a atividade regulatória funciona também como um atrativo para o investimento de longo prazo, na medida em que concorre para afastar injunções políticas que possam comprometer a rentabilidade do negócio FARENA (2013, p.4).

Nesse modelo de privatizações, podemos dizer que as Agências Reguladoras são dotadas de independência, mandatos fixos e autonomia, protegidas contra as suas ingerências políticas

do executivo e desempenham múltiplas atividades, tais como a manutenção da integridade dos contratos, a promoção da competitividade, a fiscalização, funcionando, ainda, como “autoridade moral” para mediação de conflitos entre as prestadoras.

Dentre as agências reguladoras, destacamos a ANATEL que é aquela cuja legislação, a Lei nº 9.472/97, mais se aproximou do paradigma, especificando este diploma legal a sua natureza jurídica, regime e características de independência, ausência de subordinação, mandato fixo dos dirigentes e autonomia financeira, a saber:

“Art.8º - Fica criada a Agência Nacional de Telecomunicações, entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador das telecomunicações, com sede no Distrito Federal, podendo estabelecer unidades regionais. (...)

§ 2º A natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira. (...)

Art.9º - A Agência atuará como autoridade administrativa independente, assegurando-se, nos termos desta Lei, as prerrogativas necessárias ao exercício adequado de sua competência.

Além disso, a Lei Geral de Telecomunicações-LGT, dispõe em seu artigo 2º, inciso II sobre o dever do Poder Público de “estimular a expansão do uso de redes e serviços de telecomunicações pelos serviços de interesse público em benefício da população brasileira”. Outras disposições dessa Lei também se relacionam aos princípios do Código de Defesa do Consumidor. Confira-se.

O art. 3º da LGT também se encontra de acordo com os princípios dos arts. 4º e 6º do CDC, na medida em que estabelece os direitos dos usuários dos serviços de telecomunicações, quais sejam:

Art. 3º O usuário de serviços de telecomunicações tem direito:

I - de acesso aos serviços de telecomunicações, com padrões de qualidade e regularidade adequados à sua natureza, em qualquer ponto do território nacional.

II - à liberdade de escolha de sua prestadora de serviço;

III - de não ser discriminado quanto às condições de acesso e fruição do serviço;

IV - à informação adequada sobre as condições de prestação dos serviços, suas tarifas e preços;

V - à inviolabilidade e ao segredo de sua comunicação, salvo nas hipóteses e condições constitucional e legalmente previstas;

VI - à não divulgação, caso o requeira, de seu código de acesso;

VII - à não suspensão de serviço prestado em regime público, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização ou por descumprimento de condições contratuais;

VIII - ao prévio conhecimento das condições de suspensão do serviço;

IX - ao respeito de sua privacidade nos documentos de cobrança e na utilização de seus dados pessoais pela prestadora do serviço;

X - de resposta às suas reclamações pela prestadora do serviço;

XI - de peticionar contra a prestadora do serviço perante o órgão regulador e os organismos de defesa do consumidor;

XII - à reparação dos danos causados pela violação de seus direitos.

Além disso, a LGT em seu art. 5º, faz expressa referência ao artigo 170 da Constituição Federal, impondo ao poder público o dever de observar na disciplina das relações econômicas no setor de telecomunicações, o princípio constitucional da defesa do consumidor e o da continuidade do serviço prestado no regime público, dentre outros. Já o seu artigo 6º reforça o dever do Poder Público de reprimir as infrações da ordem econômica, e o artigo 7º estabelece que as normas gerais de proteção à ordem econômica são aplicáveis ao setor de telecomunicações.

Porém, as Agências Reguladoras deveriam ser a primeira instância de defesa do usuário (consumidor) dos serviços públicos; no entanto, uma vez implantadas, elas negligenciam este dever,

priorizando a “regulação consensual, muitas vezes aplicada sem traumas porque adequada aos interesses dos regulados.

A fiscalização, parte do poder da concessão atribuído às agências, passou a enfrentar a maior parte dos problemas ligados à prestação dos serviços que afetam diretamente o consumidor. A capacidade de regulamentar – o poder normativo – não foi acompanhada dos necessários aperfeiçoamento e aparelhamento da fiscalização, reduzida esta última a instrumentos defasados, anti-econômicos e ineficazes e ofuscam o interesse social.

4. O PAPEL DO PODER PÚBLICO NO EXERCÍCIO DE SUA FUNÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO

A regulação, que se defende neste trabalho, seria uma forma de intervenção do Poder Público como responsividade - ou seja- como ocupar o espaço da ação atribuída às Agências Reguladoras.

A regulação é, para fins analíticos, dividida em dois tipos básicos, a econômica e a social. A regulação econômica trata dos esforços governamentais em assegurar o funcionamento adequado dos mercados, como prevenção de monopólios, definição de tarifas e regras de entrada, permanência e saída em determinados mercados. Já a regulação social trata de questões como assimetrias de informação, segurança e externalidades negativas, em áreas como meio ambiente, proteção do consumidor, segurança do trabalho, entre outras. Usualmente as duas formas de regulação andam juntas e implicam em custos para os regulados. Sob esse prisma, a intervenção do Estado na economia passa a ser meio para a promoção de direitos SODRÉ (2010, p. 15).

Nessa esteira, se em determinado setor sensível à sociedade o mercado funcionasse em perfeitas condições, ainda, assim, haveria a necessidade de regulação, entendida como a intervenção do Estado na economia para a promoção do bem-

estar social? Ao que parece sim, já que as Agências Reguladoras, quando atuam sob concessão do Poder Público, em muitos casos, negligenciam na prestação dos serviços públicos.

Decorridos mais de dez anos desde a criação das primeiras agências reguladoras no país, podemos afirmar que a existência de previsão legal dos mecanismos de participação social no processo regulatório não foi suficiente para o bom funcionamento do modelo. Não há dúvidas que, até o momento, nem o cidadão individualmente, nem as organizações que o representam conseguiram exercer de forma efetiva o seu papel junto aos reguladores. Os obstáculos são diversos e vão muito além da complexidade técnica comumente alegada. Há, por exemplo, o risco constante de se limitar a participação a assuntos periféricos quando o saber técnico e a atividade de monitoramento do setor em questão não existem LIPORACE (2011, p. 197).

Cumpra ainda mencionar que uma das mais frequentes razões técnicas para a regulação dos serviços públicos é a constatação de que o mercado não poderá prover o serviço em patamares adequados, pois o mercado onde são estabelecidas tais relações possui falhas que impedem que ele funcione adequadamente e otimize os resultados de suas relações de forma isonômica. É consenso que um mercado que funciona adequadamente, havendo concorrência efetiva entre os ofertantes é uma das principais garantias de que os consumidores serão tão bem atendidos quanto possível, tanto em termos de preços adequados como da busca da satisfação de seus anseios. Por outro lado, mercados que possuem falhas, que não funcionam adequadamente, em especial aqueles em que não existe concorrência efetiva entre os ofertantes, tendem a não atender adequadamente os consumidores. BESSA, MOURA, SILVA, (2014, p.248).

Verifica-se no contexto brasileiro uma verdadeira ausência de política regulatória que considere os interesses do consumidor como prioritários. Tal fato decorre do próprio processo de criação

das agências no Brasil, marcado pela inexistência de debate sobre as prioridades políticas, sobre o acesso e universalização de serviços públicos, pela ausência de marcos regulatórios claros e pela falta de definição dos mecanismos de transparência e de controle social e político.

Nem os princípios básicos das agências, como a transparência e a participação, foram adequadamente definidos por uma lei específica, o que ocasionou uma grande diferença entre as formas de atuação desses órgãos. Na maioria dos casos não houve esclarecimento público sobre o papel dos órgãos criados, o que aumenta a dificuldade para os cidadãos monitorarem o seu desempenho. Configurou-se, portanto, uma total ausência de cultura reguladora no país.

A regulação visa substituir, de certa forma, a proteção com que o consumidor contava (embora isto nem sempre tenha ocorrido) com a execução dos serviços públicos pelo Estado ou por entes estatais, os quais não tinham o lucro como objetivo primordial, evitando que a transferência desses serviços a prestadores privados seja prejudicada pelo advento das conhecidas imperfeições do mercado.

Assim, podemos afirmar que a regulação deve assegurar a competitividade dos serviços; propiciar a correção das assimetrias de informação entre consumidor e fornecedor, e entre os próprios fornecedores; propiciar a internalização de “externalidades” (custos não absorvidos pela formação de preços no mercado, como a poluição), evitar práticas abusivas no mercado e contra os consumidores, etc., enfim, um conjunto de ações voltadas para a efetividade da prestação dos serviços públicos FARENA (2013, p.6).

Portanto, mesmo que haja uma regulação a ser aplicada pelas Agências Reguladoras, em se tratando de serviços públicos prestados à sociedade consumerista, espera-se que se apliquem e cumpram os princípios constitucionais, no que se refere à

legislação especial, por mais que almejem o fim econômico, o que realmente está em jogo é o interesse social.

5. O PAPEL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO EXERCÍCIO DE SUAS ATIVIDADES E RESPEITO AOS PRINCÍPIOS CONSUMERISTAS

Um ponto relevante dentro deste estudo são os cuidados com a transparência que devem ter as Agências Reguladoras, como deveres para com os consumidores, especialmente, nas suas atribuições sob concessão do ente o Poder Público, a fim de evitar as queixas dos consumidores, no intuito de manter o equilíbrio da relação primitiva, já que a ausência de uma política de defesa do consumidor planejada e divulgada pelas Agências Reguladoras desrespeita o art. 4º, II, 'd', do CDC, que preconiza ação governamental para proteger efetivamente o consumidor no mercado de consumo.

De acordo com o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/1990, artigo 6º, II, “*a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, assegurados a liberdade de escolhas e a igualdade nas contratações*”. Assim, o legislador da época absorveu que a educação de que cuida o inciso correspondente da Legislação Consumerista deveria ser analisado segundo FILOMENO (2007, p.145-146), sob dois aspectos: a) *a educação formal*, a ser dada nos diversos cursos desde o primeiro grau de escolas públicas ou privadas, aproveitando-se as disciplinas afins, como a educação moral e cívica, onde se tratará dos aspectos legais e institucionais, como ciência, onde se cuidará da qualidade dos alimentos, da água e outros produtos essenciais e, b) *a educação informal*, de responsabilidade desde logo dos próprios fornecedores quando, já mediante a ciência do marketing, como já acentuado e tendo-se em conta seus aspectos éticos, procurando bem informar o consumidor sobre características dos produtos e serviços já colocados no mercado, ou ainda os que serão colocados à disposição do público consumidor.

Na visão do renomado doutrinador, seria indispensável que houvesse uma ligação permanente, ou um elo de comunicação entre fornecedores e consumidores para que esses últimos pudessem efetivamente ter acesso às informações sobre os produtos e serviços.

Será que essa ligação seria apenas entre fornecedor (Agências Reguladoras) e consumidor? Ao que parece não! Entendemos que a educação ao consumidor não se limita apenas aos fornecedores. Tal responsabilidade também se estende aos Órgãos Públicos (Estado), bem como às entidades privadas (Agências Reguladoras), sob concessão de um serviço público, no sentido de promoverem debates, simpósios sobre os direitos dos consumidores, como responsabilidade social, editando livros, cartilhas, enfim, tudo que esteja à disposição e ao alcance do consumidor, especialmente, quanto à educação e informação.

Portanto, a educação para o consumo deve ser incentivada e tratada desde cedo nas escolas, tanto pelos entes públicos como pelos entes privados e, em princípio, os consumidores estariam mais informados, conscientizados e preparados para o mercado de consumo e prontos para enfrentar temas de tamanha importância e relevância como à obediência e aplicação dos princípios consumeristas nas relações entre Agências Reguladoras, Estado e os consumidores.

Tal esforço e vontade dos entes públicos e privados será possível alcançar os bons resultados, como, por exemplo, ocorre na cidade de São José dos Campos-SP, onde o Município instituiu a educação específica aos consumidores mirins, de modo a conscientizar o jovem da importância de ser um cidadão crítico e criterioso na hora de comprar ou contratar algum serviço FILOMENO (2007, p.80).

Além disso, outro princípio que está diretamente ligado ao exemplo acima destacado, é a informação adequada, que corrobora a necessidade de conscientizar o consumidor, mesmo

que mirim. O consumidor deve ser educado e informado para ganhar conhecimento e adquirir uma real liberdade de escolha dos produtos e serviços que lhe interessam MALFATTI (2003, p. 250).

Com o bom exemplo ocorrido na cidade de São José dos Campos, podemos pensar que a conscientização do consumidor já começa nas escolas, com isso avançaremos nesse aspecto, porém, sem olvidar da necessária regulação e fiscalização, por parte do Estado e das Agências Reguladoras, como obrigação das garantias econômicas e do interesse social.

6. DA NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DE SANÇÕES À AUSÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO

No que se refere ao poder de atuação das Agências Reguladoras, quando deixa de cumprir suas funções, seja na aplicação da regulação ou fiscalização e cause prejuízos à coletividade, surge a necessidade de aplicar sanções, já que cabe ao ente público o dever de fiscalizar as condições da prestação do serviço e aplicar sanções às concessionárias, por meio de um processo sancionatório célere e descomplicado.

O processo sancionatório a ser aplicado nas agências reguladoras deverá respeitar os imperativos constitucionais da ampla defesa e do contraditório, não poderá reproduzir as mazelas dos processos judiciais, criando, por exemplo, inúmeras instâncias revisoras desnecessárias.

Por outro lado, há casos nos quais o descumprimento implica em ganhos imediatos para o infrator, como por exemplo, nas cobranças indevidas enviadas a milhares de usuários. A simples instauração de um procedimento é insuficiente para inibir a ação lesiva dos entes regulados, cortando imediatamente os ganhos que levam à continuidade das infrações. Acresce, assim, a importância do uso de cautelares, em casos de lesões de massa que precisam ser imediatamente coibidas, a fim de que a apropriação de renda dos consumidores ao longo do tempo não

compense amplamente eventuais sanções pecuniárias nos procedimentos administrativos de descumprimento de obrigação, especialmente, se o julgamento definitivo for demorado. A instauração sucessiva de procedimentos por agências como a ANATEL na tentativa de coibir práticas recorrentes somente tem reforçado a ideia de sua ineficácia, longe de representar instrumento efetivo de mudança de comportamento dos regulados FARENA (2013, p.12).

Por mais que em alguns casos a aplicação das sanções em face da inércia das Agências Reguladoras, no exercício de suas funções, sejam descumpridas, temos que continuar levantando a bandeira, ou seja, reiterando a aplicação das sanções, já que do outro da relação jurídica está um consumidor individual ou uma coletividade que necessita restabelecer o equilíbrio do contrato firmado entre as partes que sofreu abrupta alteração, pelo fornecedor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebemos que, no presente artigo, mesmo com a presença recorrente de prestadores de serviços públicos regulados nas listas oficiais dos maiores destinatários, os consumidores, ficou demonstrado o quão longe ainda estamos de um verdadeiro respeito à sociedade consumerista, mesmo passados mais vinte anos do surgimento das primeiras das privatizações.

O consumidor, na verdade, tem o legítimo direito à proteção do Estado, antes e após do advento das privatizações, revelando-se o grande débito deste em fiscalizar os serviços prestados pelas agências reguladoras, em especial, aquelas de serviços que antes eram exclusivos do Estado.

Neste cenário, investigou-se o papel do Poder Público no exercício de sua função de fiscalizar as das atividades das Agências Reguladoras e, em seguida, seus reflexos que,

diretamente atingem os consumidores, por serem os destinatários finais dos serviços públicos.

Percebemos também que, mesmo com a regulamentação advinda com a Lei 8.987 de 1995, (Lei de Concessões de Serviços Públicos), o poder público e as agências reguladoras falham no exercício de suas atividades, sejam na fiscalização ou na prestação dos serviços públicos, caindo em descrédito e até mesmo colocando em cheque a concessão dada às agências para a prestação dos serviços públicos.

Cumpramos esclarecer que o trabalho regulatório é recuperar, no âmbito das agências reguladoras, a importância da fiscalização, orientando-a também para a apuração de violações dos direitos dos consumidores.

O que se observou, neste estudo, foi a falha nas prestações dos serviços ou por práticas abusivas, por parte do poder público ou das prestadoras que se eternizam ao longo dos anos, levando a uma sobrecarga dos órgãos integrantes do sistema nacional de defesa do consumidor, como os procons e os ministérios públicos, transformados em balcão de atendimento das prestadoras, bem como nos ajuizamentos de ações, por parte dos consumidores, buscando-se a reparação civil das agências reguladoras ou do Estado

Por fim, concluímos que a eficácia da fiscalização ou regulação na prestação dos serviços públicos pelo Estado ou pelas reguladoras somente poderão ter algum efeito prático se estiverem amparados pela Lei, ou seja, por uma regulamentação eficaz ao lado de um processo sancionatório célere que, certamente, inibirá condutas violadoras dos direitos dos usuários, fomentando um ambiente de empresas de práticas saudáveis, baseado na lealdade e no respeito pelo consumidor.

Longe disso, ficamos apenas com a seguinte indagação: qual seria então o real sentido do papel da regulação ou fiscalização, a quem tem o

dever de por em prática, passando a relacionar a defesa do consumidor dentre as prioridades?

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BESSA, Leonardo Roscoe, **MOURA**, Walter José Fiad, **SILVA**, Juliana Pereira – Manual de Direito do Consumidor,

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 out. de 1988. Disponível em: . Acesso em: 25 de fevereiro de 2017.

_____. Lei n.º 8.078, de 11 set. 1990. Dispõe sobre a proteção ao consumidor e dá outras providências . Disponível e m : . Acesso em: 25 de fevereiro de 2017.

CAMARGO, Bibiana Helena Freitas - **Regulação Econômica -Agências reguladoras e os direitos dos consumidores: A Aneel e A comissão de defesa do consumidor da câmara dos deputados** - 2010

DENARI, Zelmo. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado **pelos Autores do Anteprojeto**. 9ª ed. – Rio de Janeiro – Forense Universitária, 2007.

FARENA, Duciran Van Marsen - Agências reguladoras: fiscalização dos serviços públicos e defesa do consumidor - Revista Eletrônico do Ministério Público Federal – vol. 4. 2013

FILOMENO. José Geraldo Brito. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado **pelos Autores do Anteprojeto**. 9ª ed. – Rio de Janeiro – Forense Universitária, 2007.

LIPORACE, Teresa Donato. O Programa de Fortalecimento da Capacidade Técnica da Participação Social na Regulação. Melhoria da Regulação no Brasil: o papel da participação e

MAFATTI. Alexandre David. Direito-Informação no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Alfabeto Jurídico, 2003.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella, O Controle Externo da Regulação de Serviços Públicos (Seminário realizado em Brasília

em outubro de 2001)- Projeto de Aperfeiçoamento do Controle Externo da Regulação de Serviços Públicos- O Equilíbrio Econômico-financeiro e o Controle das Agências Reguladoras, 2002.

SODRÉ, Marcelo Gomes - série pensando o direito sumário executivo relatório de pesquisa agências reguladoras e a tutela do consumidor – 2010 -

NOTA:

[1] O Equilíbrio Econômico-financeiro e o Controle das Agências Reguladoras. In: O Controle Externo da Regulação dos Serviços Públicos, Tribunal de Contas da União e Instituto Serzedello Corrêa, Brasília, 2002. Disponível em <http://www.portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2059166.PDF>, acesso em 26.02.2017.

DO DEPOIMENTO PESSOAL, DA CONFISSÃO E DA EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO OU COISA NO ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (ARTS. 385 A 404)

ARTUR BARBOSA DA SILVEIRA:
Procurador do Estado de São Paulo (PGE/SP). Principais cargos públicos anteriormente exercidos: Advogado da União (AGU), Assessor de Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Analista Processual do Ministério Público da União (MPU).

Resumo: O presente artigo jurídico pretende estudar algumas das espécies de provas prescritas no atual Código de Processo Civil, quais sejam, o depoimento pessoal, a confissão e a exibição de documento ou coisa, com base nos ensinamentos doutrinários e da legislação em espécie, delineando seus conceitos, naturezas jurídicas, espécies, procedimentos e inovações decorrentes da novel legislação processual civil.

Sumário. 1. Introdução. 2. Depoimento pessoal (arts. 385 a 388 do CPC). 2.1. Conceito e natureza jurídica. 2.2. Legitimidade. 2.3. Pena de confesso. 2.4. Fatos que podem ser objeto de depoimento pessoal. 2.5. Diferenças entre depoimento pessoal e interrogatório. 2.6. Procedimento do depoimento pessoal. 3. Confissão (arts. 389 a 395 do CPC). 3.1. Conceito e natureza jurídica. 3.2. Elementos constitutivos da confissão. 3.3. Espécies de Confissão. 3.3.1. Confissão Judicial. 3.3.2. Confissão Extrajudicial. 3.4. Revogação da Confissão. 3.5. Indivisibilidade da Confissão. 3.6. Condições de Validade. 3.7. Confissão por procurador. 3.8. Confissão Ficta. 4. Da exibição de documento ou coisa (arts 396 a 404 do CPC). 4.1. Características. 4.2. Conceito. 4.3. Natureza Jurídica da Exibição de documento ou coisa. 4.4. Exibição judicial de documento ou coisa em poder da parte contrária. 4.5. Documento ou coisa em poder de terceiro e seu procedimento. 4.6. Requisição x Exibição contra a parte x Exibição contra terceiro. 5. Considerações finais. 6. Referências.

1. Introdução

A palavra “prova” deriva do latim “probare” (convencer, tornar crível) e, de acordo com a doutrina, é o meio e modo utilizados pelos litigantes com o escopo de convencer o juiz da veracidade dos fatos por eles alegados, e igualmente, pelo magistrado, para formar sua convicção sobre os fatos que constituem a base empírica da lide.

Assim, prova é o meio idôneo para se provar a veracidade ou não de determinados fatos da causa, alegados pelas partes no processo, ou seja, pelo autor na inicial e pelo réu na contestação.

As provas destinam-se à reconstrução histórica dos fatos da causa, tendo como destinatário o juiz.

Os meios de prova expressamente tipificados no atual Código de Processo Civil são a ata notarial (art. 384, novidade em relação ao CPC de 1973), o depoimento pessoal (arts. 385 a 388), a confissão (arts. 389 a 395), a exibição de documento ou coisa (arts. 396 a 404), a prova documental (arts. 405 a 429), a prova testemunhal (fls. 442 a 463), a prova pericial (arts. 464 a 480) e a inspeção judicial (arts. 481 a 484).

No presente artigo, serão exploradas especificamente o depoimento pessoal, a confissão e a exibição de documento ou coisa.

2. Depoimento pessoal (arts. 385 a 388 do CPC):

2.1 – Conceito e natureza jurídica:

É meio de prova, previsto na Seção IV, Capítulo XII (das provas), Título I (do procedimento comum), Livro I (do processo de conhecimento e do cumprimento de sentença), da Parte Especial do Código de Processo Civil de 2015, por meio da qual o juiz, a requerimento de uma das partes, colhe as declarações do adversário dela, com a finalidade de obter informações a respeito de fatos relevantes do processo, ou seja, obter a confissão.

Nos termos do art. 385, *caput*, do CPC, “*cabe à parte requerer o depoimento pessoal da outra parte, a fim de que esta seja interrogada na audiência de instrução e julgamento, sem prejuízo do poder do juiz de ordená-lo de ofício*”.

2.2 – Legitimidade:

I - Para requerer o depoimento pessoal: em regra, a legitimidade é da parte contrária, ou seja, ninguém poderá requerer o seu próprio depoimento pessoal. Como visto, o juiz poderá ordenar o depoimento pessoal de ofício, mas nesse caso, a natureza será de interrogatório.

OBS: a jurisprudência tem admitido que, além do adversário, o membro do Ministério Público, na condição de fiscal da lei, requeira o depoimento pessoal de uma das partes.

II – Para prestar o depoimento pessoal: da pessoa física que figura no processo; no caso de pessoa jurídica, a legitimidade é dos seus representantes legais ou de prepostos por ela indicados, desde que, nesse último caso, haja conhecimento dos fatos e poderes especiais para confessar.

OBS 1: prevalece o entendimento que o procurador de uma das partes também possa prestar depoimento pessoal, desde que tenha procuração com autorização específica para confessar.

OBS 2: no caso de parte absolutamente incapaz, o depoimento pessoal será prestado pelo seu representante legal; se a parte for relativamente incapaz, ela mesma poderá prestar o depoimento pessoal.

2.3 – Pena de confesso:

A parte deverá ser intimada pessoalmente para a audiência de instrução de julgamento e se não comparecer ou, comparecendo, se recusar a depor, ser-lhe-á aplicada a pena de confesso (art. 385, § 1º). Entretanto, essa presunção de confissão é relativa e deverá ser considerada pelo juiz em conjunto com os demais elementos de prova (art. 386).

2.4 – Fatos que podem ser objeto de depoimento pessoal:

Em regra, todos os fatos, salvo as exceções do art. 388, I a IV, ressalvada “a exceção da exceção” do parágrafo único do mesmo artigo:

Art. 388. A parte não é obrigada a depor sobre fatos:

I - criminosos ou torpes que lhe forem imputados;

II - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo;

III - acerca dos quais não possa responder sem desonra própria, de seu cônjuge, de seu companheiro ou de parente em grau sucessível;

IV - que coloquem em perigo a vida do depoente ou das pessoas referidas no inciso III.

Parágrafo único. Esta disposição não se aplica às ações de estado e de família.

2.5 – Diferenças entre depoimento pessoal e interrogatório:

Depoimento pessoal:

Legitimidade: É sempre requerido pela parte contrária.

Momento: É prestado na audiência de instrução e julgamento, para a qual a parte é intimada sob pena de confissão.

Finalidade: Tem por finalidade principal obter, do adversário, a confissão a respeito de fatos contrários aos seus interesses.

Interrogatório:

Legitimidade: É determinado pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes.

Momento: Pode ser determinado pelo juiz a qualquer tempo.

Finalidade: Tem finalidade complementar, sendo determinado pelo juiz para obter, das partes, informações a respeito de fatos que permanecem confusos ou obscuros. Por isso, é mais comum que se realize ao final da instrução, quando ainda restarem dúvidas ao juiz.

2.6 – Procedimento do depoimento pessoal:

I – Requerimento de uma das partes (ou do MP): pode ser feito na inicial, na contestação ou no momento da especificação de provas;

II – Juiz determina e a parte adversa é pessoalmente intimada para prestar depoimento pessoal e advertida da pena de confissão se não comparecer ou, comparecendo, se recusar a depor;

III – O depoimento pessoal é colhido diretamente pelo juiz na audiência de instrução e julgamento (não há inquirição direta pelas partes, como na prova testemunhal).

IV – Caso haja requerimento recíproco de depoimento pessoal, primeiro é ouvido o autor, e depois o réu;

V – Durante o depoimento pessoal, a parte que ainda não depôs não pode assistir ao interrogatório da outra parte (art. 385, § 2º); caso a parte adversa não vá depor, não precisará ser retirada da sala de audiência durante o depoimento pessoal da outra parte.

VI – Caso a depoente resida em comarca, seção ou subseção diversa daquela onde tramita o processo, o depoimento pode ser prestado por videoconferência ou outro recurso tecnológico equivalente.

VII – Caso a parte deixe de responder ao que lhe for perguntado ou empregue evasivas, o juiz, apreciando as demais circunstâncias e os elementos de prova, declarará, na sentença, se houve recusa de depor (art. 386).

VIII – A parte deverá responder pessoalmente sobre os fatos articulados, não podendo servir-se de escritos anteriormente preparados, permitindo-lhe o juiz, todavia, a consulta a notas breves, desde que objetivem completar esclarecimentos (art. 387).

IX – Após o juiz formular as perguntas ao depoente, terão possibilidade de fazê-lo o advogado da parte contrária e o Ministério Público se for o caso. Não há possibilidade de reperguntas do advogado do próprio depoente.

3. Confissão (arts. 389 a 395 do CPC):

3.1 – Conceito e natureza jurídica:

Conceito: é a admissão, pela parte, de forma judicial ou extrajudicial, da verdade de fato contrário ao seu interesse e favorável ao do adversário.

A confissão como meio de prova: parte da doutrina minoritária (v.g. Marcus Vinícius Rios Gonçalves) entende que NÃO, porque não constitui mecanismo para que as partes obtenham informações a respeito de fatos relevantes para o processo, mas se trata de uma **declaração unilateral** de ciência sobre um fato e pode, eventualmente, tornar dispensáveis as provas de determinado fato. A lei, inclusive, a

considera um **negócio jurídico**, que pode ser anulado na forma do art. 393 do CPC.

Entretanto, a maioria da doutrina entende que a confissão constitui meio de prova, pois se trata de verdadeiro **reconhecimento de fatos feito livremente pelo adversário, exonerando a parte do ônus da prova.**

3.2 – Elementos constitutivos da confissão:

a) Capacidade plena de quem confessa: A confissão somente é válida se feita por aqueles que tiverem plena capacidade de disposição do direito a que se referem os fatos confessados (art. 392, § 1º), pois a confissão implica em ato de renúncia de um direito, ato de verdadeira disposição. A confissão feita por um representante somente é eficaz nos limites em que este pode vincular o representado (art. 392, § 2º).

b) Ânimo de confessar: A confissão é ato unilateral de uma das partes, que acaba reconhecendo a veracidade dos fatos argüidos pelo adversário em seu prejuízo. O ânimo de confessar é a vontade, ou seja, o ânimo de manifestar o reconhecimento da verdade dos fatos.

c) Objeto hábil: A confissão tem como objeto os fatos, próprios e pessoais do confitente. Se versar sobre fatos de terceiros não será confissão, possuindo apenas o efeito de testemunho.

3.3 - Espécies de Confissão:

A confissão pode ser feita nos autos, sendo chamada de confissão judicial; ou pode ser feita fora dos autos, chamada de confissão extrajudicial.

3.3.1 - Confissão Judicial: é aquela feita em juízo e na forma prescrita na lei, isto é, feita nos autos, onde é tomada por termo. Segundo o art. 390 do Código de Processo Civil, pode ser subdividida em:

a) Espontânea: é a feita diretamente por uma das partes, ou por “representante com poder especial” (art. 390, § 1º); no curso do processo e, em regra, mediante petição escrita. Resulta, portanto, de iniciativa de quem confessa; efetiva-se em juízo, podendo ocorrer em qualquer momento ou grau de jurisdição, até

quando a prolação da sentença definitiva. Seja por escrito, ou oralmente, será a confissão espontânea, necessariamente, reduzida a termo.

b) Provocada: é a prestada pela parte em virtude do depoimento pessoal, necessariamente reduzido a termo (art. 390, § 2º) à ordem do juízo (interrogatório), ou mediante requerimento da parte contrária, com essa finalidade (depoimento pessoal propriamente dito).

A confissão judicial, que é aquela feita perante o juiz competente, pode, também, ser tácita, quando decorre da revelia ou da falta de impugnação específica dos fatos, ou ainda, da falta de comparecimento ou recusa em depor.

A confissão judicial faz prova contra o confitente, não prejudicando, todavia, os litisconsortes (art. 391, *caput*), salvo:

a. Nas ações que versarem sobre bens imóveis ou direitos reais sobre imóveis alheios, a confissão de um cônjuge ou companheiro não valerá sem a do outro, salvo se o regime de casamento for o de separação absoluta de bens (art. 391, parágrafo único);

b. Na admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis (CPC, art. 392).

3.3.2) Confissão Extrajudicial: é aquela feita sempre fora do juízo, podendo admitir as seguintes formas:

a) Por escrito: a confissão extrajudicial por escrito compreende a feita diretamente à parte ou a seu representante, a terceiro ou em testamento, tendo a mesma eficácia probatória da judicial.

Em relação à confissão por escrito, deve-se fazer diferença entre a pública (ou autêntica), quando formalizada através escritura ou outro instrumento, e a particular, quando constante de instrumento particular.

b) Oralmente: é aquela feita verbalmente. O art. 394 do Código de Processo Civil, reza que: “A *confissão extrajudicial, quando feita oralmente, só terá eficácia nos casos em que a lei não exija prova literal*”.

3.4 - Revogação da Confissão:

A confissão, em princípio, uma vez consumada, é irretratável, entretanto, poderá ser revogada em determinadas circunstâncias. Nos termos do art. 393 do CPC: *“A confissão é irrevogável, mas pode ser anulada se decorreu de erro de fato ou de coação”*.

Para impedir os efeitos produzidos pela confissão, quando demonstrado alguns dos vícios, deve-se verificar se houve sentença transitada em julgado ou não. Se pendente o processo, a ação própria será anulatória; caso contrário caberá a ação rescisória.

3.5 - Indivisibilidade da Confissão:

A confissão é tomada como um todo indivisível, não podendo o adversário aproveitar-se somente das declarações favoráveis desprezando as desfavoráveis.

Segundo o art. 395 do CPC, *“A confissão é, em regra, indivisível, não podendo a parte que a quiser invocar como prova aceitá-la no tópico que a beneficiar e rejeitá-la no que lhe for desfavorável, porém cindir-se-á quando o confitente a ela aduzir fatos novos, capazes de constituir fundamento de defesa de direito material ou de reconvenção”*.

Há, pois, de distinguir entre a **confissão pura e a confissão qualificada**. A confissão pura ou simples ocorre quando a parte reconhece, puramente, sem nada adicionar ou modificar, o fato afirmado pela parte contrária, isto é, aquela que se relaciona apenas com os fatos alegados pelo autor.

Já a confissão qualificada, é aquela em que, confirmando a verdade do fato alegado pela outra parte, o confitente procura, entretanto, qualificar juridicamente, de forma diversa da alegada. Quem confessa, acrescenta circunstâncias ou qualificação ao fato confessado; reconhece alguns fatos do autor, mas adiciona outros que lhe cessam ou restringem a eficácia. Somente nesse caso é admitida a divisibilidade da confissão.

Convém dizer que a regra da indivisibilidade da confissão só é absoluta quando seja este o único meio de prova para basear a sentença. Quando o juiz dispõe de outros elementos para fundar

seu convencimento, a regra que prevalece é a da livre convicção, formada em decorrência da instrução do processo.

Em tais circunstâncias, pode o juiz livremente escolher trechos da confissão, junto com outras provas, para aproveitar apenas aquilo que estiver em concordância com todo o conjunto das provas que utilizará para o seu convencimento.

3.6 - Condições de Validade:

A confissão deve ser clara e precisa, sem contradições, para que possa ser entendida perfeitamente. Deve, ainda, ter forma expressa, na qual quem confessa, manifesta claramente a sua vontade em confessar, e também, ser proferida pelo próprio sujeito da confissão, ou através de procurador com poderes especiais.

Seja qual for o tipo de confissão, ela não será eficaz para a prova de ato jurídico para o qual a lei exija instrumento público como de sua substância. Nesses casos, a forma solene não é usada para provar o negócio, mas constituía própria essência do ato (art. 406 do CPC).

A confissão não será eficaz se recair sobre fatos relacionados a direitos indisponíveis, que são em regra, aqueles de natureza extrapatrimonial e pública.

Sendo assim, nas lides que versem sobre esses tipos de direitos, ainda que haja confissão, o juiz não considerará incontroversos os fatos, nem dispensará a produção de provas a seu respeito.

3.7 - Confissão por procurador:

Somente a confissão espontânea, fora dos autos, pode ser feita pela parte ou por seu procurador com poderes expressos para tanto. Logo após, a petição será juntada aos autos, lavrando-se o respectivo termo.

Quando a parte a depor for pessoa jurídica a confissão é feita através de seu órgão de representação, ou seja, realizado por procurador com poderes especiais para tal ato.

3.8 - Confissão Ficta:

O comparecimento das partes, em juízo, é obrigatório, desde que regularmente intimadas para depor (intimação real). Porém, o

juiz não pode obrigá-las a comparecerem em juízo para prestar depoimento pessoal.

Portanto, quando a parte intimada pessoalmente ou por carta para o depoimento pessoal, não comparece ou comparecendo, recusa-se a depor, tem-se a chamada confissão ficta ou tácita, que é a sanção imposta para o não comparecimento ou para a recusa a depor, presumindo-se verdadeiros os fatos alegados pela parte adversa (conforme tópico já visto anteriormente).

4. Da exibição de documento ou coisa (arts 396 a 404 do CPC):

4.1 - Características:

No tema da instrução probatória, a denominada exibição de documento ou coisa está explicitada no Código de Processo Civil nos arts. 396 a 404.

Assim sendo, a exibição de documento ou coisa pode ser ordenada pelo juiz, sempre a requerimento de uma das partes, tanto relativamente à parte contrária à requerente, como em relação a terceiro, estranho ao processo.

Rezam, a tal propósito, os arts. 396 e 401 do CPC, respectivamente, que: “O juiz pode ordenar que a parte exhiba documento ou coisa que se encontre em seu poder”; e “Quando o documento ou a coisa estiver em poder de terceiro, o juiz ordenará sua citação para responder no prazo de 15 (quinze) dias”.

4.2 - Conceito:

Do dever que incumbe às partes e aos terceiros de colaborar com o Poder Judiciário “para o descobrimento da verdade” (CPC, art. 378), decorre para o juiz o poder de determinar a exibição de documento ou coisa que se ache na posse dessas pessoas, sempre que o exame desses bens for útil ou necessário para a instrução do processo.

Quando um documento ou coisa, que pode servir de prova sobre fatos relevantes da lide, encontra-se em poder da própria parte, ela mesma faz a exibição em juízo desse documento ou coisa. Entretanto, se o documento ou a coisa encontra-se sob a

guarda do adversário, o pedido de exibição pode ser feito a requerimento da parte e se processa como simples incidente.

A exibição pode ser feita como prova direta do fato litigioso, ou como instrumento de prova indireta ou circunstancial.

O documento ou coisa a ser exibida terá, obviamente, que manter algum nexos com a lide, para justificar o ônus imposto à parte ou ao terceiro possuidor. Caso contrário, a exibição deverá ser denegada por falta de interesse da parte em postulá-la.

4.3 - Natureza Jurídica da Exibição de documento ou coisa:

Como visto, o direito à exibição visa à constituição de prova, ou seja, provar um fato no decorrer de um processo. Feito o exame, o documento ou a coisa pode se restituída ao exibidor. A exibição pode ser promovida contra a parte adversa ou contra terceiro que não é parte na relação processual. Com isso, o legitimado passivo pode ser uma das partes ou o terceiro detentor da coisa ou documento.

A exibição incidental contra a parte não é uma ação autônoma, e sim um mero incidente da fase probatória, segundo o rito dos arts. 396 até 400 do Código de Processo Civil.

Já a exibição incidental contra terceiros é uma ação inteiramente autônoma, pois o terceiro não é apenas intimado, mas citado (art. 401), seguindo-se o rito dos artigos 402 a 404 do CPC.

4.4 - Exibição judicial de documento ou coisa em poder da parte contrária:

Se o documento ou coisa estiver em poder da parte contrária, o interessado (autor ou réu) deverá requerer ao juiz, através de petição, a sua exibição. Não há previsão legal de exibição de documento ou coisa determinada de ofício pelo juiz.

OBS: O juiz poderá requisitar, de ofício ou a requerimento da parte, documentos localizados em repartições públicas (requisição judicial - art. 438 do CPC). Segundo a doutrina, nada impede que as requisições também sejam dirigidas a instituições privadas, como hospitais (prontuários médicos) ou instituições de proteção ao crédito.

A petição deverá conter os requisitos do art. 397 do Código de Processo Civil, indicando:

I - a individualização, tão completa quanto possível, do documento ou da coisa;

II - a finalidade da prova, indicando os fatos que se relacionam com o documento ou com a coisa;

III - as circunstâncias em que se funda o requerente para afirmar que o documento ou a coisa existe e se acha em poder da parte contrária.

O requerimento de exibição poderá ser formulado em qualquer momento do procedimento ordinário, antes ou depois da decisão que saneia o processo, inclusive na petição inicial ou na contestação. Não há autuação em separado. O incidente ocorre dentro dos próprios autos do processo, como parte da fase instrutória.

Não cumpridas as providências do art. 397, o juiz indeferirá de plano o incidente. Caso contrário, o juiz intimará o requerido dar a sua resposta no prazo de 5 (cinco) dias (OBS: caso o pedido de exibição seja formulado incidentalmente no processo já em curso, a intimação será na pessoa do advogado do requerido, já que se trata de incidente da ação principal).

Poderá então o requerido tomar quatro posições diferentes:

a) Exibir o documento ou a coisa: se a exibição é feita, encerra-se o incidente;

b) Afirmar que não o possui: nessa hipótese, o juiz permitirá que o requerente prove, por qualquer meio, que a declaração não corresponde à verdade (art. 398, parágrafo único);

c) Escusar-se da exibição pretendida, por um dos motivos consignados no art. 404 do Código de Processo Civil, como, por exemplo, quando a apresentação puder violar dever de honra (CPC, art. 404, II). Nesses casos, se os motivos da escusa disserem respeito a apenas uma parcela do documento, a parte ou o terceiro exhibirá a outra em cartório, para dela ser extraída cópia reprográfica,

de tudo sendo lavrado auto circunstanciado (art. 404, parágrafo único);

d) Silenciar, deixando transcorrer in albis o prazo de cinco dias, caso em que o juiz presumirá a posse do requerido e a inexistência de causas de recusa.

Dispõe o art. 399, do Código de Processo Civil, sobre as hipóteses em que a recusa do oferecimento do documento ou da coisa não será admitida, ou seja, casos em que se impõe ao juiz a inadmissão da recusa, quando:

a) o requerido tiver obrigação legal de exhibir;

b) o requerido tiver aludido ao documento ou à coisa, no processo, com o intuito de constituir prova (Neste caso, o requerente tem o direito de conhecê-lo, reclamando sua exibição, mesmo porque, tendo a parte contrária praticamente afirmado estar de posse da coisa ou documento, não lhe cabe recusar a exibição).

c) o documento, por seu conteúdo, for comum às partes;

Frise-se que o adversário do requerente não tem propriamente dever legal de apresentar o documento ou coisa, mas o ônus processual de fazê-lo, se o juiz determinar.

Isso porque, conforme o art. 400 do CPC, ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar se:

I - o requerido não efetuar a exibição nem fizer nenhuma declaração no prazo do [art. 398](#); ou

II - a recusa for havida por ilegítima.

Reza o parágrafo único do art. 400 do CPC que, **sendo necessário**, o juiz pode adotar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para que o documento seja exibido.

Quando impugnado o pedido de exibição, deverá ser realizada uma instrução probatória, concedendo-se, ao final, às partes, o prazo de cinco dias para manifestarem-se sobre a prova produzida (analogia ao art. 398 do CPC).

Em seguida, os autos serão conclusos ao juiz, para que este profira decisão. O julgamento do incidente de exibição contra a parte, seja de procedência ou improcedência, é sempre conteúdo de decisão interlocutória, sendo cabível o agravo de instrumento (art. 1015, VI, do CPC).

4.5 - Documento ou coisa em poder de terceiro e seu procedimento:

Aqui, há importantes diferenças em relação ao dever de exibição de documento em coisa em poder da parte contrária:

a. O terceiro, ao contrário do adversário do requerente, possui o dever legal de exibir o documento, sob pena inclusive de responder pelo crime de desobediência;

b. O pedido de exibição, quando formulado contra quem não é parte no processo principal, provoca a instauração de um novo processo (ação incidental), em que são partes o pretendente à exibição e o possuidor do documento ou coisa; a petição inicial deverá ter os mesmos requisitos dos artigos 319 e 320 do CPC.

Estando o documento ou coisa em poder de terceiro, a parte interessada terá que propor ação de exibição, requerendo a citação daquele ao juiz. O terceiro terá 15 (quinze) dias de prazo, após a citação, para responder.

Nesse mencionado lapso temporal, concedido para a apresentação da resposta, o requerido poderá:

a) Exibir o documento ou a coisa: nessa hipótese, ocorre o encerramento da providência probatória, devido ao alcance do objetivo

b) Impugnar o pedido: quando o requerido negar a obrigação de exibir ou a posse do documento ou da coisa, o juiz designará audiência especial, tomando-lhe o depoimento, bem como o das partes e, se necessário, o de testemunhas, e em seguida proferirá decisão (art. 402). Desse decisão caberá agravo de instrumento (art. 1015, VI, do CPC).

c) Sem justo motivo, se recusar a efetuar a exibição: nesse caso, o juiz ordenar-lhe-á que proceda ao respectivo depósito em cartório ou em outro lugar designado, no prazo de 5 (cinco) dias, impondo ao requerente que o ressarça pelas despesas que tiver (art. 403).

Na hipótese de descumprimento da ordem mandamental, o juiz expedirá mandado de apreensão, requisitando, se necessário, força policial, sem prejuízo da responsabilidade por crime de desobediência, pagamento de multa e outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar a efetivação da decisão (art. 403, parágrafo único).

Se o documento ou a coisa estiver em poder de repartição pública ou autarquia, o juiz os requisitará de ofício (art. 438).

4.6 - *Requisição x Exibição contra a parte x Exibição contra terceiro:*

Requisição: É a determinação, feita pelo juiz, às repartições públicas, para que apresentem em juízo documentos relevantes para o processo. Vem tratada no art. 438 do CPC. Admite-se que o juiz ainda possa requisitar documentos de entidades particulares, como, por exemplo, prontuários médicos de internações hospitalares.

Exibição contra a parte: A exibição é sempre requerida por uma das partes. O suscitante deverá precisar o documento, o fato que se pretende provar por seu intermédio e as razões pelas quais se supõe que ele esteja com o suscitado. O juiz o ouvirá em cinco dias. Ele poderá apresentar o documento, oferecer escusa nos casos autorizados por lei, ou demonstrar que não o tem consigo. Se acolhido o incidente (por decisão interlocutória), o juiz considerará provados os fatos que com ele se pretendia demonstrar.

Exibição contra terceiro: É sempre suscitada pela parte, e será dirigida contra terceiro se for este que tiver em seu poder o documento. Tem natureza de ação autônoma incidente, uma vez que o terceiro não integra o processo originário. Por isso, ele será citado para contestar em quinze dias (art. 401). O terceiro poderá

negar a obrigação de apresentar o documento ou a sua posse, caso em que, se necessário, o juiz designará audiência e julgará, por decisão interlocutória, podendo condenar o réu a apresentar os documentos, sob pena de busca e apreensão e outras medidas coercitivas, sem prejuízo de responsabilidade criminal.

5. Considerações finais

Dentre os meios de prova expressamente tipificados no atual Código de Processo Civil, estão o depoimento pessoal (arts. 385 a 388), a confissão (arts. 389 a 395) e a exibição de documento ou coisa (arts. 396 a 404).

O depoimento pessoal é meio de prova por meio da qual o juiz, a requerimento de uma das partes, colhe as declarações do adversário dela, com a finalidade de obter informações a respeito de fatos relevantes do processo, ou seja, obter a confissão.

A confissão é a admissão, pela parte, de forma judicial ou extrajudicial, da verdade de fato contrário ao seu interesse e favorável ao do adversário. A maioria da doutrina entende que a confissão constitui meio de prova, pois se trata de verdadeiro reconhecimento de fatos feito livremente pelo adversário, exonerando a parte do ônus da prova.

Por fim, a exibição de documento ou coisa decorre do dever que incumbe às partes e aos terceiros de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade, tendo o juiz o poder de determinar a exibição de documento ou coisa que se ache na posse dessas pessoas, sempre que o exame desses bens for útil ou necessário para a instrução do processo.

6. Referências

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Direito Processual Civil Esquematizado*. 6ª Ed. Saraiva. São Paulo: 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; **ARENHART**, Sérgio Cruz; **MITIDIERO**, Daniel. *Curso de Processo Civil*. Vols. 1. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2015.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. 17ª edição. JusPodivm. Salvador: 2015.

APONTAMENTOS AO SISTEMA FEDERAL DE CULTURA: TESSITURAS AO DECRETO Nº 5.520/2004

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 do Sistema Federal de Cultura (SFC) instituído pelo Decreto nº 5.520/2004. 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 cultural. A cultura brasileira é o resultado daquilo que era próprio das populações tradicionais indígenas e das transformações trazidas pelos diversos grupos colonizadores e escravos africanos. Nesta toada, ao se analisar o meio ambiente cultural, enquanto complexo macrossistema, é perceptível que é algo incorpóreo, abstrato, fluído, constituído por bens culturais materiais e imateriais portadores de referência à memória, à ação e à identidade dos distintos grupos formadores da sociedade brasileira. O conceito de patrimônio histórico e

artístico nacional abrange todos os bens moveis e imóveis, existentes no País, cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da História pátria ou por seu excepcional valor artístico, arqueológico, etnográfico, bibliográfico e ambiental.

Palavras-chaves: Patrimônio Cultural. Sistema Federal de Cultura. Salvaguarda.

Sumário: 1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito; 2 Comentários à concepção de Meio Ambiente; 3 Meio Ambiente e Patrimônio Cultural: Aspectos Introdutórios; 4 Apontamentos ao Sistema Federal de Cultura: Tessituras ao Decreto nº 5.520/2004.

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

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

Com espeque em tais premissas, cuida hastear, com bastante pertinência, como flâmula de interpretação o *“prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de*

interdependência que esse binômio mantém”[1]. Destarte, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo primevo é assegurar que não haja uma vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras em que o homem valorizava a Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

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

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

mencionados sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis, diante das situações concretas.

Nas últimas décadas, o aspecto de mutabilidade tornou-se ainda mais evidente, em especial, quando se analisa a construção de novos que derivam da Ciência Jurídica. Entre estes, cuida destacar a ramificação ambiental, considerando como um ponto de congruência da formação de novos ideários e cânones, motivados, sobretudo, pela premissa de um manancial de novos valores adotados. Nesta trilha de argumentação, de boa técnica se apresenta os ensinamentos de Fernando de Azevedo Alves Brito que, em seu artigo, aduz: *“Com a intensificação, entretanto, do interesse dos estudiosos do Direito pelo assunto, passou-se a desvendar as peculiaridades ambientais, que, por estarem muito mais ligadas às ciências biológicas, até então era marginalizadas”*^[4]. Assim, em decorrência da proeminência que os temas ambientais vêm, de maneira paulatina, alcançando, notadamente a partir das últimas discussões internacionais envolvendo a necessidade de um desenvolvimento econômico pautado em sustentabilidade, não é raro que prospere, mormente em razão de novos fatores, um verdadeiro remodelamento ou mesmo uma releitura dos conceitos que abalizam a ramificação ambiental do Direito, com o fito de permitir que ocorra a conservação e recuperação das áreas degradadas, primacialmente as culturais.

Ademais, há de ressaltar ainda que o direito ambiental passou a figurar, especialmente, depois das décadas de 1950 e 1960, como um elemento integrante da farta e sólida tábua de direitos fundamentais. Calha realçar que mais contemporâneos, os direitos que constituem a terceira dimensão recebem a alcunha de direitos de fraternidade ou, ainda, de solidariedade, contemplando, em sua estrutura, uma patente preocupação com o destino da humanidade^[5]. Ora, daí se verifica a inclusão de meio ambiente como um direito fundamental, logo, está umbilicalmente atrelado com humanismo e, por extensão, a um ideal de

sociedade mais justa e solidária. Nesse sentido, ainda, é plausível citar o artigo 3º., inciso I, da Carta Política de 1988 que abriga em sua redação tais pressupostos como os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direitos: “**Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária**”[6].

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

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

Quadra anotar que os direitos alocados sob a rubrica de *direito de terceira dimensão* encontram como assento primordial a visão da espécie humana na condição de coletividade, superando, via de consequência, a tradicional visão que está pautada no ser humano em sua individualidade. Assim, a preocupação identificada está alicerçada em direitos que são coletivos, cujas influências afetam a todos, de maneira

indiscriminada. Ao lado do exposto, cuida mencionar, segundo Bonavides, que tais direitos “*têm primeiro por destinatários o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta*”[8]. Com efeito, os direitos de terceira dimensão, dentre os quais se inclui ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, positivado na Constituição de 1988, emerge com um claro e tangível aspecto de familiaridade, como ápice da evolução e concretização dos direitos fundamentais.

2 Comentários à concepção de Meio Ambiente

Em uma primeira plana, ao lançar mão do sedimentado jurídico-doutrinário apresentado pelo inciso I do artigo 3º da Lei Nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981[9], que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências, salienta que o meio ambiente consiste no conjunto e conjunto de condições, leis e influências de ordem química, física e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. Pois bem, com o escopo de promover uma facilitação do aspecto conceitual apresentado, é possível verificar que o meio ambiente se assenta em um complexo diálogo de fatores abióticos, provenientes de ordem química e física, e bióticos, consistentes nas plurais e diversificadas formas de seres 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 acepção conceitual de meio ambiente, coloca em destaque que tal tema se assenta em um ideário jurídico indeterminado, incumbindo, ao intérprete das leis, promover o seu preenchimento. Dada à fluidez do tema, é possível colocar em evidência que o meio ambiente encontra íntima e umbilical relação com os componentes que cercam o ser humano, os quais são de imprescindível relevância para a sua existência. O Ministro Luiz Fux, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº. 4.029/AM, salientou, com bastante pertinência, que:

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

É denotável, desta sorte, que a constitucionalização do meio ambiente no Brasil viabilizou um verdadeiro salto qualitativo, no que concerne, especificamente, às normas de proteção ambiental. Tal fato decorre da premissa que os robustos corolários e princípios norteadores foram alçados ao patamar constitucional, assumindo colocação eminente, ao lado das liberdades públicas e dos direitos fundamentais. Superadas tais premissas, aprovou 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.

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 hígidez, ao cumprir os preceitos de ecologicamente equilibrado, salvaguardando a vida em todas as suas formas (diversidade de espécies).

Por derradeiro, o quarto pilar é a corresponsabilidade, que impõe ao Poder Público o dever geral de se responsabilizar por todos os elementos que integram o meio ambiente, assim como a condição positiva de atuar em prol de resguardar. Igualmente, tem a obrigação de atuar no sentido de zelar, defender e preservar, asseverando que o meio-ambiente permaneça intacto. Aliás, este último se diferencia de conservar que permite a ação antrópica, viabilizando melhorias no meio ambiente, trabalhando com as premissas de desenvolvimento sustentável, aliando

progresso e conservação. Por seu turno, o cidadão tem o dever negativo, que se apresenta ao não poluir nem agredir o meio-ambiente com sua ação. Além disso, em razão da referida corresponsabilidade, são titulares do meio ambiente os cidadãos da presente e da futura geração.

3 Meio Ambiente e Patrimônio Cultural: Aspectos Introdutórios

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

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

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

Ementa: Meio Ambiente. Patrimônio cultural. Destruição de dunas em sítios arqueológicos. Responsabilidade civil. Indenização. O autor da destruição de dunas que encobriam sítios arqueológicos deve indenizar pelos prejuízos causados ao meio ambiente, especificamente ao meio ambiente natural (dunas) e ao meio ambiente cultural (jazidas arqueológicas com cerâmica indígena da Fase Vieira). Recurso conhecido em parte e provido. (Superior Tribunal de Justiça – Quarta Turma/ REsp 115.599/RS/ Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar/ Julgado em 27.06.2002/ Publicado no Diário da Justiça em 02.09.2002, p. 192).

Diz-se, de outro modo, o meio-ambiente cultural abstrato, chamado, ainda, de imaterial, quando este não se apresenta materializado no meio-ambiente humano, sendo, deste modo, considerado como a cultura de um povo ou mesmo de uma determinada comunidade. Da mesma maneira, são alcançados por tal acepção a língua e suas variações regionais, os costumes, os modos e como as pessoas relacionam-se, as produções acadêmicas, literárias e científicas, as manifestações decorrentes de cada identidade nacional e/ou regional. Neste sentido, é

possível colacionar o entendimento firmado pelo Tribunal Regional Federal da Segunda Região, quando, ao apreciar a Apelação Cível N° 2005251015239518, firmou entendimento que “*expressões tradicionais e termos de uso corrente, trivial e disseminado, reproduzidos em dicionários, integram o patrimônio cultural de um povo*”[18]. Esses aspectos constituem, sem distinção, abstratamente o meio-ambiente cultural. Consoante aponta Brollo, “*o patrimônio cultural imaterial transmite-se de geração a geração e é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente*”[19], decorrendo, com destaque, da interação com a natureza e dos acontecimentos históricos que permeiam a população.

O Decreto N°. 3.551, de 04 de Agosto de 2000[20], que institui o registro de bens culturais de natureza imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências, consiste em instrumento efetivo para a preservação dos bens imateriais que integram o meio-ambiente cultural. Como bem aponta Brollo[21], em seu magistério, o aludido decreto não instituiu apenas o registro de bens culturais de natureza imaterial que integram o patrimônio cultural brasileiro, mas também estruturou uma política de inventariança, referenciamento e valorização desse patrimônio. Ejeta-se, segundo o entendimento firmado por Celso Fiorillo[22], que os bens que constituem o denominado patrimônio cultural consistem na materialização da história de um povo, de todo o caminho de sua formação e reafirmação de seus valores culturais, os quais têm o condão de substancializar a identidade e a cidadania dos indivíduos inseridos em uma determinada comunidade. Necessário se faz salientar que o meio-ambiente cultural, conquanto seja artificial, difere-se do meio-ambiente humano em razão do aspecto cultural que o caracteriza, sendo dotado de valor especial, notadamente em decorrência de produzir um sentimento de identidade no grupo em que se encontra inserido, bem como é propiciada a constante evolução fomentada pela atenção à diversidade e à criatividade humana.

4 Apontamentos ao Sistema Federal de Cultura: Tessituras ao Decreto nº 5.520/2004

Em sede de comentários introdutórios, o Sistema Federal de Cultura apresenta as seguintes finalidades: (i) integrar os órgãos, programas e ações culturais do Governo Federal; (ii) contribuir para a implementação de políticas culturais democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da federação e sociedade civil; (iii) articular ações com vistas a estabelecer e efetivar, no âmbito federal, o Plano Nacional de Cultura; e (iv) promover iniciativas para apoiar o desenvolvimento social com pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional. Nesta linha, ainda, integram o SFC: I - Ministério da Cultura e os seus entes vinculados, a seguir indicados: a) Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN; b) Agência Nacional de Cinema - ANCINE; c) Fundação Biblioteca Nacional - BN; d) Fundação Casa de Rui Barbosa - FCRB; e) Fundação Nacional de Artes - FUNARTE; f) Fundação Cultural Palmares - FCP; e Instituto Brasileiro de Museus – IBRAM. Ao Ministério da Cultura, órgão central do SFC, compete: (i) exercer a coordenação-geral do Sistema; (ii) estabelecer as orientações e deliberações normativas e de gestão, consensuadas no plenário do CNPC e nas instâncias setoriais; (iii) emitir recomendações, resoluções e outros pronunciamentos sobre matérias relacionadas com o SFC, observadas as diretrizes sugeridas pelo CNPC; (iv) desenvolver e reunir, com o apoio dos órgãos integrantes do SFC, indicadores e parâmetros quantitativos e qualitativos para a descentralização dos bens e serviços culturais promovidos ou apoiados, direta ou indiretamente, com recursos da União; (v) sistematizar e promover, com apoio dos segmentos pertinentes no âmbito da administração pública federal, a compatibilização e interação de normas, procedimentos técnicos e sistemas de gestão relativos à preservação e disseminação do patrimônio material e imaterial sob a guarda da União; (vi) subsidiar as políticas e ações transversais da cultura nos planos e ações estratégicos do Governo e do Estado brasileiro; (vii) auxiliar o Governo Federal e subsidiar os entes federados no estabelecimento de instrumentos metodológicos e na classificação dos programas e ações culturais no âmbito dos respectivos planos plurianuais; e (viii) coordenar e convocar a Conferência Nacional de Cultura.

O SFC tem os seguintes objetivos: (i) incentivar parcerias no âmbito do setor público e com o setor privado, na área de gestão e promoção da cultura; (ii) reunir, consolidar e disseminar dados dos órgãos e entidades dele integrantes em base de dados, a ser articulada, coordenada e difundida pelo Ministério da Cultura; (iii) promover a transparência dos investimentos na área cultural; (iv) incentivar, integrar e coordenar a formação de redes e sistemas setoriais nas diversas áreas do fazer cultural; (v) estimular a implantação dos Sistemas Estaduais e Municipais de Cultura; (vi) promover a integração da cultura brasileira e das políticas públicas de cultura do Brasil, no âmbito da comunidade internacional, especialmente das comunidades latino-americanas e países de língua portuguesa; e (vii) promover a cultura em toda a sua amplitude, encontrando os meios para realizar o encontro dos conhecimentos e técnicas criativos, concorrendo para a valorização das atividades e profissões culturais e artísticas, e fomentando a cultura crítica e a liberdade de criação e expressão como elementos indissociáveis do desenvolvimento cultural brasileiro e universal.

O CNPC, órgão colegiado integrante da estrutura básica do Ministério da Cultura, tem por finalidade propor a formulação de políticas públicas, com vistas a promover a articulação e o debate dos diferentes níveis de governo e a sociedade civil organizada, para o desenvolvimento e o fomento das atividades culturais no território nacional, sendo integrado pelos seguintes entes: I - Plenário; II - Comitê de Integração de Políticas Culturais - CIPOC; III - Colegiados Setoriais; IV - Comissões Temáticas ou Grupos de Trabalho; e V - Conferência Nacional de Cultura. Compete ao Plenário do CNPC: (i) estabelecer orientações e diretrizes, bem como propor moções pertinentes aos objetivos e atribuições do SFC; (ii) propor e aprovar, previamente ao encaminhamento à coordenação-geral do SFC tratada no inciso I do art. 3º, as diretrizes gerais do Plano Nacional de Cultura; (iii) acompanhar e avaliar a execução do Plano Nacional de Cultura; (iv) fiscalizar, acompanhar e avaliar a aplicação dos recursos provenientes do sistema federal de financiamento da cultura e propor medidas que concorram para o cumprimento das diretrizes estabelecidas no Plano Nacional de Cultura; (v) apoiar os acordos e pactos entre os entes federados, com o

objetivo de estabelecer a efetiva cooperação federativa necessária à consolidação do SFC; (vi) estabelecer cooperação com os movimentos sociais, organizações não-governamentais e o setor empresarial; (vii) incentivar a participação democrática na gestão das políticas e dos investimentos públicos na área da cultura; (viii) delegar às diferentes instâncias componentes do CNPC a deliberação e acompanhamento de matérias; (ix) aprovar o regimento interno da Conferência Nacional de Cultura; e (x) estabelecer o regimento interno do CNPC, a ser aprovado pelo Ministro de Estado da Cultura.

Compete ao CIPOC articular as agendas e coordenar a pauta de trabalho das diferentes instâncias do CNPC. Compete aos Colegiados Setoriais fornecer subsídios para a definição de políticas, diretrizes e estratégias dos respectivos setores culturais de que trata o art. 12, e apresentar as diretrizes dos setores representados no CNPC, previamente à aprovação prevista no inciso II do art. 7º. Compete às Comissões Temáticas e aos Grupos de Trabalho fornecer subsídios para a tomada de decisão sobre temas específicos, transversais ou emergenciais relacionados à área cultural. Compete à Conferência Nacional de Cultura analisar, aprovar moções, proposições e avaliar a execução das metas concernentes ao Plano Nacional de Cultura e às respectivas revisões ou adequações. O CNPC e seu Plenário serão presididos pelo Ministro de Estado da Cultura e, em sua ausência, pelo Secretário-Executivo do Ministério da Cultura.

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 22 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 22 dez. 2015.

_____. **Decreto-Lei Nº 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 22 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: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22 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 o outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 dez. 2015.

_____. **Lei nº 11.483, de 31 de maio de 2007.** Dispõe sobre a revitalização do setor ferroviário, altera dispositivos da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22 dez. 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 22 dez. 2015.

_____. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região.** Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em 22 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 22 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 22 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 22 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 22 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 22 dez. 2015, s.p.

[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: <www.stf.jus.br>. Acesso em 22 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 22 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 22 dez. 2015.

[7] Idem. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade N.º 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 22 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 22 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 22 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 22 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 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 22 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 22 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 N° 2005251015239518. Direito da propriedade industrial. Marca fraca e marca de alto renome. Anulação de marca. Uso compartilhado de signo mercadológico (ÔMEGA). I – Expressões tradicionais e termos de uso corrente, trivial e disseminado, reproduzidos em dicionários, integram o patrimônio cultural de um povo. Palavras dotadas dessas características podem inspirar o registro de marcas, pelas peculiaridades de suas expressões eufônicas ou pela sua inegável repercussão associativa no imaginário do consumidor. II – É fraca a marca que reproduz a última letra do alfabeto grego (Omega), utilizado pelo povo helênico desde o século VIII a.C., e inserida pelos povos eslavos no alfabeto cirílico, utilizado no Império Bizantino desde o século X d.C. O propósito de sua adoção é, inegavelmente, o de fazer uso da familiaridade do consumidor com o vocábulo de uso corrente desde a Antiguidade. III – Se uma marca fraca alcançou alto renome, a ela só se pode assegurar proteção limitada, despida do jus excludendi de terceiros, que também fazem uso do mesmo signo merceológico de boa-fé e em atividade distinta. Nessas circunstâncias, não há a possibilidade de o consumidor incidir erro ou, ainda, de se configurar concorrência desleal. IV – Apelação parcialmente provida tão-somente para ajustar o pólo passivo da relação processual, fazendo constar o Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI como réu, mantida a improcedência do pedido de invalidação do registro da marca mista OMEGA (n° 818.522.216), classe 20 (móveis e acessórios de cozinha), formulado por Ômega S.A. Órgão Julgador: Segunda Turma Especializada. Relator:

Desembargador Federal André Fontes. Julgado em 25.08.2007. Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em 22 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 22 dez. 2015.

[21] BROLLO, 2006, p. 33.

[22] FIORILLO, 2012, p. 80.



UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

DIA SAGRADO E EDUCAÇÃO: direito de liberdade religiosa no acesso à educação

Lorena Ferreira de Araújo

Prof. Dr. Gustavo Ferreira Santos

(orientador)

Recife

2016



Lorena Ferreira de Araújo

DIA SAGRADO E EDUCAÇÃO: direito de liberdade religiosa no acesso à educação

Monografia apresentada como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito na Universidade Católica de Pernambuco.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo Ferreira Santos

Recife

2016

Lorena Ferreira de Araújo

DIA SAGRADO E EDUCAÇÃO: direito de liberdade religiosa no acesso à educação

DEFESA PÚBLICA em

Recife, ____ de _____ de _____

BANCA EXAMINADORA:

Presidente: Orientador: Prof. Dr. Gustavo Ferreira Santos

1º Examinador:

2º Examinador:

Orientador: Prof. Dr. Gustavo Ferreira Santos

Recife

2016

Dedico este trabalho ao Eterno, por sempre me guiar por caminhos desafiadores e de muito aprendizado, e a todos os estudantes, pois conheço as lutas individual e coletiva enfrentadas.

“A Tua Justiça é Eterna, e a Tua Lei é
a Verdade.”

Salmos 119:142

RESUMO

Este trabalho tem por objeto de estudo os estudantes religiosos e o dia sagrado destes perante os direitos fundamentais à educação e à religião e a legislação pertinente. O objetivo é analisar a suposta colisão entre o direito à educação e à liberdade religiosa. Busca-se explorar o vínculo entre a sociedade, o Estado Democrático de Direito e a religião. Focaliza-se o dia sagrado como uma manifestação cultural e suas reflexões. Desenha-se o quadro nacional do direito à educação e à liberdade religiosa. No âmbito externo, relata-se a perspectiva internacional quanto aos objetores por convicção religiosa diante de obrigações e deveres. Debate-se de que forma a legislação e a jurisprudência nacionais estudam a extensão da objeção de consciência frente ao acesso livre à educação, numa concepção laica, plural e integrativa. Ao serem analisadas tais fontes, procura-se verificar se há necessidade de um Legislador mais atuante e garantidor.

Palavras-chave: Liberdade religiosa; Educação; Objeção de Consciência; Religião; Direito; Direito Fundamental; Minorias.

RESUMEN

Este trabajo tiene por objeto de estudio los estudiantes y lo día sagrado de estos ante los derechos fundamentales de educación y de religión y la legislación pertinente. El objetivo es analizar la supuesta colisión entre el derecho a la educación y a la libertad religiosa. Buscase explorar el vínculo entre la sociedad, el Estado Democrático de Derecho e la religión. Centrase el día sagrado como una manifestación cultural e sus reflexiones. Dibujase el cuadro nacional del derecho a la educación e a la libertad religiosa. En el ámbito externo, informase la perspectiva internacional cuanto a los objetores por convicción religiosa delante de deberes. Internamente, como legislación y jurisprudencia nacionales estudian la extensión de la objeción de consciencia frente al acceso libre a la educación, en una concepción laica, plural e integrativa. Al analizarse tales fuentes, procurase verificar se hay necesidad de un Legislador más actuante.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	9
2. SOCIEDADE E RELIGIÃO.....	11
2.1. Religião e Cultura.....	11
2.2. Religião e Estado.....	12
2.3. Dia Sagrado e Sociedade.....	14
2.4. O Sábado como Dia Sagrado.....	15
2.5. O Sábado e o Ensino.....	17
3. DIREITO E RELIGIÃO: IGUALDADE, LIBERDADE E PLURALISMO.....	19
3.1. Ordenamento jurídico e Religião/Dia Sagrado: uma relação histórica.....	19
3.2. Religião e Direito Internacional.....	20
3.3. Religião e Constituição Brasileira: a laicidade como garantia de liberdade religiosa.....	24
3.4. Direito à Educação e Liberdade Religiosa.....	27
3.5. Dia Sagrado e Constituição: direito à objeção de consciência e a garantia de prestação alternativa.....	31
4. A GARANTIA DA LIBERDADE RELIGIOSA E DE CULTO NO DIA SAGRADO....	32
4.1. Estudantes, Sábado e Legislação brasileira infraconstitucional.....	32
4.2. Estudantes, Sábado e Ministério da Educação.....	35
4.3. Estudantes, Sábado e Poder Judiciário.....	38
5. CONCLUSÃO.....	44
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	46

1. INTRODUÇÃO

Ser um jovem religioso não se resume a questões espirituais e sociais, mas pode ter também implicações jurídicas. Um desses reflexos está em ser ele confrontado com a exigência da legislação brasileira de serem inseridas todas as crianças e os adolescentes em uma instituição de ensino, como forma de integração social e de educação. Dessa forma, milhares de jovens são levados a procurar instituições que conformem a necessidade humana à norma compulsória nacional.

Instituições confessionais, que professam a sacralidade de um dia da semana, oferecem aos seus jovens o ensino e a qualificação necessária para a vida socioprofissional. Essas instituições estão em crescimento, oferecendo alternativa para aqueles que procuram uma educação na qual não enfrentarão problemas por causa da fé professada. Esse fato, por outro lado, leva ao problema a ser alçado: a segregação. A existência de instituições confessionais é uma saída e conforto para milhares de jovens que procuram se qualificar sem sofrer por sua fé, não necessitando se ausentar de aulas, semanalmente, em virtude de convicção religiosa. Entretanto, aparentemente, as demais instituições, particulares seculares e públicas, "ficam acomodadas" e não se esforçam para receber, da melhor maneira possível, uma parcela diferente da população. Essas instituições, que não buscam tal inserção, têm suas vontades "legitimadas", superficialmente, pelo princípio da isonomia, pelo princípio da livre iniciativa e pela suposta oferta, em número considerável, de instituições de ensino como formas possíveis para a solução do "problema" dos religiosos faltosos. Contudo, tais ofertas não são em grande variedade e a condição financeira de milhares de estudantes não permite uma acomodação de muitos jovens que buscam o direito básico à educação de qualidade, sem que, para isso, tenham que sacrificar a sua crença. A dificuldade se agrava, sobretudo, ao estudante ingressar em instituições com uma gama de turmas reduzida, ficando a mercê da simpatia de um coordenador de curso ou de um diretor de escola. A resposta das autoridades próximas, frequentemente, rotacionam para que o aluno procure outro curso, outra instituição, outra forma, outro jeito, longe dali, longe do espaço destinado a pessoas "normais". Sem grandes análises, opta-se pela não adaptação e acolhimento, pois o ideal seria a retirada desses problemas de instituições sérias que, prioritariamente, são isonômicas e desenvolvidas.

Neste trabalho, apresenta-se, inicialmente, a religião no meio social em relação à cultura e ao Estado. Conseqüentemente, há uma pequena explanação sobre o dia sagrado no seio da comunidade, analisando o sábado enquanto tal. A conexão da educação, enquanto ramo da sociedade e do Estado laico, com o sábado é tema também abordado. Nesse debate, o mais

interessante é até que ponto uma norma fundamental pode se sobrepujar a outra, sem que haja um prévio e aprofundado estudo sobre o tema, e o quanto um sistema educacional pode ser segregador e desenvolver um plano de ensino não integrativo. É nesse cenário que se propõe explorar sobre o direito à objeção de consciência e a garantia de prestação alternativa para os estudantes faltosos em virtude de convicção religiosa. Por derradeiro, cumpre observar a conjuntura da legislação vigente, interna e internacional, bem como o entendimento do Poder Judiciário e do Ministério da Educação no que diz respeito aos estudantes religiosos que se ausentam de provas e aulas em virtude de crença, posto que o Legislador e os Tribunais não podem se desviar da discussão ora levantada e, por isso, fecha-se esse trabalho com a análise da atuação hodierna dos Poderes nesse cenário conflitivo.

2. SOCIEDADE E RELIGIÃO

2.1. Religião e Cultura

A vida, do ponto de vista sociológico, contém um sentido cultural e histórico, envolvendo diversas ramificações. De tais ramificações, a sociedade se estrutura sobre um suporte plural e, ao mesmo tempo, harmônico, conduzindo as populações, de diferentes épocas, em um sentido correspondente.

Bauman¹ explica que a maneira como agimos e pensamos são conformadas pela expectativa do grupo a que pertencemos, podendo se manifestar de várias formas. Tais formas são a maneira que os grupos buscam identificar-se, refletidas nos fins que alcançamos, nos meios que utilizamos e no modo como distinguimos quem pode e quem não pode colaborar nesse processo.

A cultura, nesse sentido, é o resultado desse processo de identificação da sociedade e esta, por sua vez, é o espaço de realização do indivíduo enquanto ser cultural. Essa relação de um para com o outro leva a concluir que a variedade de manifestações de cultura são formas variadas de identificação do ser humano. Entre essas formas, temos a Religião, que alça importante posição no meio social.

Cumprir observar que o estudo e a proteção da cultura² evoluíram e que, atualmente, a sua conceituação não se restringe à instrução e à educação, mas importa na consideração das diferentes manifestações de ser e de viver de cada indivíduo e dos diferentes grupos sociais existentes. Assim, as minorias, entendidas como não apenas os numericamente menores, mas os com pouca expressividade no meio político e social, devem ser estimadas na análise das questões decisivas da vida social.

O termo religião³ tem origem controversa. Alguns afirmam que vem do latim *religio*, que quer dizer “reverência pelos deuses, respeito pelo que é sagrado”. Doutra banda, outros argumentam que é palavra originária do verbo *religare*, significando “atar firmemente”, “atender a uma obrigação” ou mesmo “laço entre o ser humano e o divino”.

¹ BAUMAN, Zygmunt; MAY, Tim. *Ação, identidade e entendimento na vida cotidiana*. In: _____. **Aprendendo a pensar com a Sociologia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p. 38-40. Tradução de Alexandre Werneck.

² Cf. LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Proteção constitucional dos direitos fundamentais culturais das minorias sob a perspectiva do multiculturalismo**. *Revista de informação legislativa*, v. 45, n. 177, p. 19-29, jan./mar. 2008. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/160330>>. Acesso em: 03 out. 2016.

³ Cf. ORIGEM DA PALAVRA: *Site de Etimologia. Origem da Palavra Religião*. Publicado em: 9 mar. 2011. Disponível em: <<http://goo.gl/He5n21>>. Acesso em: 4 mar. 2016.

Quanto a números, consoante dados estatísticos da *Pew Research Center*⁴, temos que aproximadamente 84% da população mundial declara possuir uma filiação religiosa. E, mesmo entre os afiliados, existem os que praticam algumas crenças religiosas ou espirituais, ainda que não se identifiquem com uma fé particular. Quanto ao Brasil, com base no Censo Demográfico⁵, realizado em 2010, pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, apenas 8,0% da população brasileira declara não ter religião.

A Religião, no meio social, tem um papel fundante, sobretudo no que diz respeito a formação da personalidade e da função a desempenhar no meio coletivo, estas que são os principais motivos da existência da sociedade. E essa influência da Religião pode ser percebida em diferentes setores, tais como no compromisso do indivíduo com seu labor, no seio familiar, nas hierarquias simbólicas e institucionais e em sua cosmovisão, que repercute na realidade e no conhecimento.

A religião está tão intrínseca à sociedade tanto quanto o próprio sentido de ser humano. E, de fato, só houve uma ruptura mais drástica com a chegada do Iluminismo, tendo como apogeu o século XIX, época em que a sociedade começa a ser analisada sob um ponto de vista mais técnico e menos valorativo. No entanto, ainda assim, para se compreender a sociedade, sempre houve e haverá a necessidade de reconhecer e entender o papel da religião na relação do ser humano consigo mesmo e com os outros.

2.2. Religião e Estado

A relação do Estado e da Religião é uma relação histórica que remete à própria trajetória do ser humano, desde suas origens. O humano, desde os primórdios dos tempos, se estabeleceu no mundo utilizando-se de símbolos e rituais religiosos, trazendo para o cotidiano costumes e leis baseados nessas relações com a fé. Esse vínculo nunca foi marcado pela divisão. Tanto é assim que os afazeres, reuniões, conflitos e soluções sempre foram assinalados pela notória presença de elementos religiosos. Atualmente, contudo, vê-se uma mudança nesse cenário, sendo perceptível uma distinção, no meio social e político, da conexão indivíduo-religião e indivíduo-sociedade. Por outro lado, não se pode afirmar que, hoje, exista um desmembramento claro e total, mas, tão-somente, uma distinção conceitual e organizacional de institutos e instituições, a saber, do Estado e da Igreja. Doutra banda, também não se pode

⁴ *THE Global Religious Landscape. Elaborada por: Pew Research Center's Forum on Religion & Public Life. Publicado em: 18 dez. 2012. Disponível em: <<http://goo.gl/yqiMKD>>. Acesso em: 9 mar. 2016.*

⁵ *INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. Censo Demográfico 2010: Características gerais da população, religião e pessoas com deficiência. Rio de Janeiro, 2010. Elaborado por: Roberto Cavararo. Disponível em: <<http://goo.gl/P5Xp8F>>. Acesso em: 9 mar. 2016*

afirmar uma homogeneidade internacional nessa conexão. Nesse sentido, *Winfried Brugger*⁶ elaborou uma interessante classificação, com 6 modelos de Estado e Igreja e sua relação com a liberdade religiosa, da hostilidade agressiva, passando pelo reconhecimento, até a identificação de ambas as instituições.

Para *Brugger*, os Estados Ocidentais, entre guerras e rearranjos políticos, passaram, ao longo do tempo, por mudanças que resultaram numa distinção estrutural das áreas pertencentes ao Estado e à Igreja, as menções à liberdade religiosa nas novas constituições são, em sua maioria, mais específicas e abrangentes que nas constituições antigas e sintéticas. Entretanto, mesmo no Ocidente, nessa distinção, nos diferentes países, há uma variação de modelos com menor a maior afastamento. Em tal classificação, pode-se enquadrar, ainda, os modelos constitucionais orientais, com as ressalvas necessárias no que diz respeito às culturas e História do Oriente. Com a elaboração de tal classificação, também foi possível investigar em quais modelos a liberdade religiosa, enquanto direito fundamental, é mais protegida, sendo forçoso concluir que os modelos mais centrais [leia-se equilibrados] são os sinalizados com maior liberdade religiosa.

Como apontado, a conexão do indivíduo com a religião e com a sociedade, desde as primícias dos tempos, esteve presente conflituosa ou harmoniosamente e a modernidade foi a responsável por institucionalizar tais relações que sempre existiram, dos indivíduos entre si e dos indivíduos para com o transcendente. É nesse contexto que se viu surgir a figura da Igreja e a figura do Estado. A Igreja, em sentido amplo, é a expressão usualmente utilizada para referir-se às instituições e núcleos sociais reunidas organizadamente em virtude das ligações dos indivíduos ao transcendente e à fé. O Estado, por sua vez, é a entidade construída socialmente como forma de proteção de determinado povo ou determinados povos que se unem sob a égide de um mesmo ordenamento e sob um mesmo soberano.

O Brasil, dentro desta perspectiva, enquanto Estado, manteve relações diversas com a Igreja. Seguindo a classificação de *Brugger*, no Brasil, houve, nos primórdios coloniais, uma relação de identificação entre Estado e Igreja⁷, sendo o próprio “descobrimento” do Brasil e sua formação como Colônia de Portugal ocorridos devido à interferência e à influência da Igreja, até, nos tempos atuais, um reconhecimento de ambas instituições, podendo-se apontar

⁶ BRUGGER, Winfried. *Da Hostilidade passando pelo Reconhecimento até a Identificação: modelos de Estado e Igreja e sua relação com a liberdade religiosa*. Disponível em: <http://www.dfi.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/10_Dout_Estrangeira_1.pdf> Acesso em: 06 mai. 2016.

⁷ Cf. NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Brasil-Colônia*. In: _____ . *Lições de História do Direito*. 8ª ed., rev. e aum. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1995. p. 219-221.

uma cooperação e uma destacada influência mútua, por ser o Brasil fortemente religioso. E por ter essa religiosidade acentuada [vide tópico 2.1], a importância social desse ponto não pode ser ignorada e injustificadamente secularizada ao se estabelecer as bases do Estado perante a população, em todos os campos, inclusive no que diz respeito à estrutura educacional implementada.

2.3. Dia Sagrado e Sociedade

A religião e a sociedade sempre foram de tal forma interligadas que seus hábitos e conceitos influenciaram entre si. E entre os grandes pontos de destaque da religião e de suas repercussões no meio social é o estabelecimento de um dia sagrado.

As sociedades atuais, bem como as milenares e antigas, contêm diferenças gigantescas, sobretudo em questões de conflito, tecnológicas e de linguagem. Todavia, há claras semelhanças entre todas elas. Nesse diapasão, pode-se destacar a presença, em muitas delas, mesmo que sutis, do dia sagrado.

Não se pode negar as repercussões dessa necessidade do indivíduo, integrante de uma sociedade e enquanto ser religioso, de cultuar em um dia específico. Ela está presente, por exemplo, na disposição do calendário observado em diversas culturas, com a divisão milenar em sete dias. E não é por acaso, pois a forma como o indivíduo social está ligado à natureza e ao transcendente o conecta de tal modo que o impossibilita de perceber seu tempo, sobretudo semanal, organizado de outro jeito. Tanto é assim que muitas das mudanças ocorridas nos calendários de algumas sociedades modernas, como na França Revolucionária⁸ e na União Soviética⁹, se tornaram infrutíferas, apontando para o fator cultural dos povos que indica o não desvencilhamento do sacro pelos indivíduos nem mesmo em suas organizações sociais.

Esse ponto não é exclusivo de uma só cultura. Muitas religiões, ao longo das eras, foram estabelecidas com a observância de um dia especial, sagrado, em homenagem a um evento importante e fundamental para seu reconhecimento e ligação com o transcendente. Seja o *dies Dominicus* de boa parte dos cristãos, seja o *Shabbat* de judeus e outra parte de cristãos, sejam as sextas para os muçulmanos, ou qualquer outro signo no tempo de outros povos, o dia sagrado, ou os dias sagrados, sempre foram marcas das sociedades em todas as épocas.

⁸ Cf. *EDUCAÇÃO ADVENTISTA. Como era o calendário criado pela Revolução Francesa? Blog Tuuudo é História. Publicado em: 17 jun. 2012. Disponível em: <<https://goo.gl/DsKt4H>>. Acesso em: 28 set. 2016.*

⁹ Cf. *GONZÁLEZ, José Antonio Casares. El calendario revolucionario soviético. Site ATRIL, Calendario, Publicado em: 07 out. 2010. Disponível em: <<https://goo.gl/V5YYf9>>. Acesso em: 28 set. 2016.*

Destaquem-se, nesse sentido, os estudos de *Jostein Gaarder* e outros¹⁰, que analisaram alguns dos costumes de religiosos ao redor do mundo, como, por exemplo, os hinduístas, que, habitualmente, separam uma sala ou um canto especial para cultuar seus deuses e esses cultos ocorrem, em alguns casos, diversas vezes por dia e, em outros, uma vez por semana, geralmente nas sextas-feiras. Os muçulmanos também separam as sextas-feiras como um dia especial de contato com o transcendente. Este encontro semanal, segundo a fé islâmica, é o dia de convocação dos fiéis, para recordação de Deus e abandono dos negócios¹¹.

Para a Igreja Católica Apostólica Romana¹², o *dies Dominicus* é o centro do tempo litúrgico e constitui a sua santificação o terceiro mandamento da fórmula da Catequese, sendo um dos preceitos da Igreja participar na missa do Domingo e dos Dias Santos de Guarda e abster-se de trabalhos e atividades que impeçam a santificação desses dias.

O *Shabbat* é um dia sagrado reconhecido por diversas religiões como batistas do sétimo dia e adventistas do sétimo dia e também pelo povo judeu, justificando tal fato na crença da criação do mundo e, para cristãos, também se baseia no costume de Jesus e dos primeiros cristãos de crer que este é um dia santo, como foi destacado na obra de *Gaarder, Hellern e Notaker*¹³.

Este fato importa na constatação de que o fenômeno religioso, sobretudo quanto a um dia sagrado, é algo cotidianamente expressivo e lança valores também na organização política e jurídica dos Estados, inclusive dos Estados Democráticos de Direito.

2.4. O Sábado como Dia Sagrado

Como conceito introdutório das questões a serem abordadas nesse trabalho, deve-se também explicar e especificar o significado de dia sagrado e de sábado para os fins almejados.

Como já foi destacado, entende-se como dia sagrado não apenas os dias de importância histórica para uma nação, povo ou tribo, mas um dia de especial celebração no qual sejam conduzidas práticas importantes para o melhor entendimento do que seja sagrado,

¹⁰ GAARDER, Jostein; HELLERN, Victor; NOTAKER, Henry. *O livro das religiões*. Trad. Isa Mara Lando. Rev. Téc. e Apên. Antônio Flávio Pierucci. 7ª reimp. São Paulo, Companhia das Letras, 2000. Disponível em: <<http://goo.gl/3dEjFX>>. Acesso em: 02 set. 2016.

¹¹ Cf. ALCORÃO. *Português. Alcorão*. 62ª SURATA, AL JÚMU'A. Disponível em: <<http://goo.gl/nkIKXm>>. Acesso em: 18 mai. 2016.

¹² IGREJA CATÓLICA. *Catecismo da Igreja Católica (Comp.)*. Cidade do Vaticano, Vaticano: Libreria Editrice Vaticana, 2005. Disponível em: <<http://goo.gl/98pjO>>. Acesso em: 19 mai. 2016.

¹³ GAARDER, Jostein; HELLERN, Victor; NOTAKER, Henry. *op. cit.*. Disponível em: <<http://goo.gl/3dEjFX>>. Acesso em: 02 set. 2016.

conferindo um aspecto de perfeição e plenitude para a espiritualidade de quem participa dessa comemoração. O dia sagrado é a coroação de uma vida de espiritualidade e transcendência, no qual se busca se definir enquanto professante de uma fé específica e renovar os votos de fidelidade à divindade.

O dia sagrado não se trata apenas de uma lembrança, mas um compromisso de fé, no qual os devotos veem a plenitude de suas identidades consideradas, tornando-se parte de um corpo seletivo, separado, sagrado.

Nesse dia, como relatado, há práticas específicas de devoção. Como exemplo, temos a oração especial dos muçulmanos nas sextas-feiras. Outro exemplo é o costume de cultivar nas igrejas, aos domingos ou aos sábados. Os adventistas, enquanto referência, são acostumados a ir às igrejas, visitar amigos e necessitados, ajudar pessoas e passear na natureza nos dias de sábado.

Ao se falar do sábado como dia sagrado, este deve ser situado, primeiramente, na História. Tal crença nasce, como já apontado anteriormente, de outros credos religiosos milenares tal qual a crença da criação¹⁴ do mundo em 6 (seis) dias, por um Ser Supremo, que, ao sétimo dia, repousou de toda obra realizada, não por fadiga, mas como exemplo a ser seguido pela humanidade. Desde então, povos, de diferentes épocas, separam esse dia como um memorial da criação.

Os que creem nisso, como os adventistas¹⁵, por exemplo, não veem esse dia apenas como memorial da criação, mas também da redenção, acreditando que o fato de ter Jesus Cristo descansado no sábado entre a sua morte e ressurreição¹⁶, é prova de que houve uma confirmação desse dia como sagrado e especial para o Ser Supremo e Seu povo. Dessa forma, uma gama maior do que apenas judeus preservam a crença do sábado, cujo tratamento é de um marco no tempo para a eternidade.

Doutra banda, ao se tratar de como são feitos o culto e a consagração no *Shabbat*, há uma separação daquilo considerado santo e daquilo que é entendido como de interesses próprios¹⁷. Essa distinção é importante, pois esse dia é tido como um dia para não se praticar

¹⁴ Cf. *BÍBLIA. Português. Bíblia Sagrada: Gênesis 1. Tradução João Ferreira Almeida Atualizada*. Disponível em: <<http://biblia.com.br/joao-ferreira-almeida-atualizada/genesis/gn-capitulo-1/>>, Acesso em: 11 mar. 2016.

¹⁵ Cf. *IGREJA ADVENTISTA. Crenças Fundamentais da Igreja Adventista do Sétimo Dia*. Disponível em: <<http://www.adventistas.org/pt/institucional/crencas/>>, Acesso em: 11 mar. 2016.

¹⁶ Cf. *BÍBLIA. Português. Bíblia Sagrada: Mateus 28. Tradução João Ferreira Almeida Atualizada*. Disponível em: <<http://biblia.com.br/joao-ferreira-almeida-atualizada/mateus/mt-capitulo-28/>>. Acesso em: 11 mar. 2016.

¹⁷ Cf. *Id. Português. Bíblia Sagrada: Isaías 58:13. Tradução João Ferreira Almeida Atualizada*. Disponível em: <<http://biblia.com.br/joao-ferreira-almeida-atualizada/isaias/is-capitulo-58/>>. Acesso em: 11 mar. 2016.

atos considerados como de interesse próprio, isto é, tudo aquilo que não é de interesse secular e comum, é praticado como alimento espiritual. Nesse sentido, esses religiosos, neste dia, cultuam, jejuam, visitam enfermos, órfãos, doam sangue, ajudam necessitados, visitam presos, cuidam da família, passeiam pela natureza, dentre outras atividades.

Outra questão importante a ser previamente explicada é a contagem do tempo adotada para definição do dia sagrado. Esta contagem tem explicação histórica também, tendo em vista que, para os povos antigos, a luz natural era a única fonte de energia e, portanto, os dias eram baseados nela. Nesse diapasão, a Bíblia Sagrada, ao contar sobre a Criação, e em outras oportunidades¹⁸, explica que a contagem do dia era de tarde e manhã, ou seja, a chegada da noite marcava o fim do dia e o início de outro. Dessa forma, esta pequena comunidade de crentes continua a marcar o tempo do dia sagrado do pôr-do-sol ao pôr-do-sol, sendo, assim, iniciado o *Shabbat* no início da noite da sexta-feira até o fim da tarde do sábado.

Todas essas questões trazidas são importantes para se entender o quão significativo esse signo temporal tem para determinados grupos religiosos que são atores de uma sociedade em desenvolvimento coletivo e dinâmico.

2.5. O Sábado e o Ensino

Como apontado, a Religião e o Estado se cruzam enquanto instituições, mas também na vida social de religiosos, destacando-se, aqui, os que santificam um dia sagrado. Essa parcela da população não está à margem da sociedade, mas participa dela e, como integrante, é detentora de deveres e direitos estabelecidos pelo Estado. Dentre esses direitos, existem aqueles que são específicos de determinada categoria, e há os direitos gerais, protegidos e desfrutados por todos. O direito à educação, como será analisado no tópico 3.4, é um direito geral que tem por princípio a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola. Nesse sentido, deve-se compreender que os religiosos que professam fé na crença de um dia sagrado também têm direito a esse acesso¹⁹.

A priori, não se vê, qualquer empecilho para acesso livre ao sistema educacional pela minoria que professam a santificação do sábado por convicção religiosa. Os obstáculos são encontrados, contudo, ao serem analisadas as escolhas do legislador e as decisões judiciais, bem

¹⁸ Cf. *BÍBLIA. Português. Bíblia Sagrada: Levítico 23:32. Tradução João Ferreira Almeida Atualizada. Disponível em: < <https://goo.gl/erPcrS>>. Acesso em: 28 set. 2016.*

¹⁹ Cf. FERREIRA, Natanael Alves. *Liberdade religiosa e o exercício do direito à educação: a controvérsia acerca do respeito ao dia de descanso. 2010. Monografia (Bacharelado em Direito) – Instituto de Ensino Superior de Goiás, Formosa/GO, 2010. Disponível em: <<https://goo.gl/CpVRqD>>. Acesso em: 29 set. 2016.*

como as decisões puramente administrativas de oportunidade e conveniência²⁰, o que se fará nos capítulos seguintes.

Nesse ponto, não se pode esquecer que o ser humano, ainda que revestido de um cargo público, não se retira da sociedade e de suas raízes culturais nem por um momento, recebendo, direta e indiretamente, influências do seu cotidiano para as medidas a serem adotadas em prol da coisa pública e do desejado bem-estar social. É por isso que um cidadão, exercente de uma função perante o Estado-Legislador e o Estado-Administração, quando se depara com situações rotineiras, como o calendário anual, tende a pensar no coletivo de forma homogênea e prática, estabelecendo aquilo que é usual, alcançando a maioria interessada, e, aqueles que não se enquadrassem precisariam, “obviamente”, se adequar às exigências soberanas do Estado, justificando-se na isonomia pura, simples, abstrata e formal de todos perante a lei. Entretanto, como será averiguado, tal pensamento, perpetuado no cotidiano da vida pública, não parece ser o mais acertado, porque a problematização envolvida não é pura, simples, abstrata e formal, tendo variados elementos que não podem ser descartados injustificadamente, ganhando ênfase o direito fundamental da liberdade de culto.

Ao desprezar a complexidade do tema da educação em uma sociedade plural e diversa, não há como definir medidas tão importantes para a futuro de milhares de crianças e jovens de forma racional e justa. É necessário apurado estudo dos núcleos envolvidos e, em cumprimento dos deveres legais e constitucionais, assegurar máxima participação e acesso de todos, independente de sua situação social. Desrespeitar isso é diminuir aquilo que foi estabelecido como ordem suprema, que são os direitos fundamentais, e deslegitimar a construção de um Estado Democrático de Direito o mais próximo da realidade da sociedade em que esteja inserido.

A luta pelo Direito de todos está presente no cenário nacional e internacional e deve ser ponderado com a lógica-argumentativa nas tentativas de harmonia com o próprio Direito e suas limitações. A lei, a doutrina e a jurisprudência são fontes de como estão sendo solucionados os conflitos e de quais as melhores opções para uma questão real, qual seja, a de estudantes que não frequentam aulas aos sábados em virtude de crença.

3. DIREITO E RELIGIÃO: IGUALDADE, LIBERDADE E PLURALISMO

²⁰ Cf. SOUZA, Flavio da Silva de. *A laicidade brasileira e a guarda do sábado pelos Adventistas do Sétimo Dia*. 2013. Dissertação (Mestrado em Ciência da Religião) – Programa de Pós-Graduação em Ciência da Religião, Universidade Federal de Juiz de Fora, Minas Gerais, 2013. Disponível em: <<https://goo.gl/vqGp73>>. Acesso em: 29 set. 2016.

3.1. Ordenamento jurídico e Religião/Dia Sagrado: uma relação histórica

Como foi destacado, a religião tem um marco fundamental no próprio sentido de ser da sociedade. E os valores produzidos pelas relações sociais, enquanto principais fontes materiais do Direito, fundamentaram, durante a História das civilizações, importantes costumes e leis adotadas por diversos Estados. Em sendo assim, abre-se o caminho para expor alguns desses valores.

Ritos religiosos e práticas espirituais foram incorporados nas esferas de trabalho, empresariais, de negócios, penais, administrativos, dentre outras formas de vínculos sociais que conduzem o desenvolvimento de uma civilização. Como um exemplo das tantas influências da Religião no Direito, pode-se mencionar a questão do dia sagrado no âmbito do Direito do Trabalho.

Quando se trata de Direito do Trabalho, por ser um Direito voltado para a proteção de direitos básicos do indivíduo, é mais fácil identificarmos uma carga valorativa social mais presente. É nesse sentido que foi cada vez mais defendido e garantido um descanso semanal para o trabalhador, por ser este um ser pertencente a um grupo que tem nesta prática um ritual milenar e de grande importância social, cuja relação vai além dos interesses corporativistas e econômicos de sociedades empresárias empregadoras. A luta pela garantia de trabalhadores, dentre outros motivos, sempre foi pela salvaguarda da dignidade da pessoa, não enxergando como uma máquina, mas como um ser de relações socioculturais. Por essa razão, houve a inserção do descanso semanal no rol de direitos dos trabalhadores, sendo encontrado em diversos ordenamentos ao redor do mundo.

A Organização Internacional do Trabalho consagrou em mais de uma Convenção a importância, para os trabalhadores, do descanso semanal. O Brasil ratificou todas elas. A Convenção nº 14 foi promulgada pelo Decreto nº 41.721²¹, de 25 de junho de 1957, tratando da concessão do repouso semanal nos estabelecimentos industriais. Outra foi a Convenção nº 106, promulgada pelo Decreto nº 58.823²², de 14 de julho de 1966, relativa ao repouso semanal no comércio e nos escritórios. E, ainda, a Convenção nº 110, promulgada pelo

²¹ BRASIL. *Decreto nº 41.721, de 25 de junho de 1957*. Brasília, 1957. Disponível em: < <https://goo.gl/5rbLGX> >. Acesso em: 11 mar. 2016.

²² Id. *Decreto nº 58.823, de 14 de julho de 1966*. Brasília, 1966. Disponível em: < <https://goo.gl/j7iovx> >. Acesso em: 11 mar. 2016.

Decreto nº 58.826²³, de 14 de julho de 1966, relativa às condições de emprego dos trabalhadores em fazendas.

Tal estima pela preservação do repouso semanal é encontrada em muitos países e, talvez, seja uma das proteções aos trabalhadores mais enraizadas, como representantes da própria OIT tiveram oportunidade de destacar²⁴. Como exemplo disso, temos a proteção do repouso semanal consagrada na Constituição da República Portuguesa²⁵, art. 59, 1, “d”, elencando-o como direito fundamental do trabalhador.

3.2. Religião e Direito Internacional

Nesse ponto, é interessante analisar o papel do Direito Internacional e suas influências no cenário nacional no que diz respeito à liberdade de pensamento, religião e de culto. O Direito Internacional é matéria de estudo recente, sendo sua origem ainda matéria mal compreendida, apesar de existir dados suficientes para indicar possíveis vestígios de início de um direito para além do campo dos Estados soberanos. Por ser temeroso o impacto de assumir a existência de direitos que ultrapassam a soberania nacional, a eficiência dos direitos internacionais e a competência dos órgãos internacionais são dependentes de uma complexidade processual, de forma a garantir a participação e autorização dos Estados soberanos, sendo estes detentores de crucial autonomia na escolha dos direitos que seus nacionais obterão. Até mesmo a caracterização de nação e Estado depende de princípios internacionais, como a autodeterminação, que serão reconhecidos ou não nas relações entre soberanos.

Nesse diapasão, é possível analisar o posicionamento internacional tendente no que diz respeito às liberdades e aos direitos humanos. E esse entendimento é consolidado por entidades internacionais que declaram por meio de documentos oficiais aquilo que é considerado como bem comum a todos os indivíduos, independentemente de cor, nacionalidade, aspectos somáticos, religião, etnia, grupo social e cultura. Esses documentos são avaliados e considerados em cada Estado, sendo validado ou não pelas leis internas.

²³ BRASIL. *Decreto nº 58.826, de 14 de julho de 1966*. Brasília, 1966. Disponível em: <<https://goo.gl/Xvnjei>>. Acesso em: 11 mar. 2016.

²⁴ Cf. LEE, Sangheon; MCCANN, Deirdre; e MESSENGER, Jon C. *Flexibilidade da duração do trabalho: Flexibilidade e períodos de descanso semanal*. In: _____ . *Duração do Trabalho em Todo o Mundo: tendências de jornadas de trabalho, legislação e políticas numa perspectiva global comparada*. Brasília: Secretaria Internacional de Trabalho, OIT, 2009. p. 131. Disponível em: <<https://goo.gl/6VC9Ez>>. Acesso em: 11 mar. 2016.

²⁵ PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Lisboa, 1974. Disponível em: <<https://goo.gl/3YEW>>. Acesso em: 11/03/2016.

O Brasil, internacionalmente, posicionou-se oficialmente a favor de direitos fundamentais, declarados universais, os quais estariam acima de privações e limitações impostas que não sejam fruto da necessidade em proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas²⁶. Nesse contexto, extraíram-se importantes prescrições do artigo 27 do Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos de 1966, promulgado, no Brasil, em 1992, bem como do artigo 12 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, promulgado, no Brasil, em 1992, respectivamente. Senão, vejamos:

Artigo 27: Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua.²⁷

*Artigo 12. Liberdade de consciência e de religião: 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado. 2. Ninguém pode ser objeto de medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças. 3. A liberdade de manifestar a própria religião e as próprias crenças está sujeita **unicamente** às limitações prescritas pela lei e que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos ou liberdades das demais pessoas. 4. Os pais, e quando for o caso os tutores, têm direito a que seus filhos ou pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja acorde com suas próprias convicções.²⁸ [grifo nosso]*

O artigo 27 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos/MRE prevê expressamente a proteção de minorias religiosas, indicando que tais crentes não podem ser privados de ter sua própria vida cultural e esse compromisso internacional vai além do que simplesmente permitir sua existência. O pacto é de não prejudicar a educação, a profissão e tantas outras características do ser humano em virtude de sua crença. O artigo 12 do Pacto São José da Costa Rica, por sua vez, expressa que as limitações à liberdade de crença só podem ser feitas unicamente por lei e se for necessária para proteção pública ou das liberdades das demais pessoas.

²⁶ Cf. GORCZEWSKI, Clóvis; DIAS, Felipe da Veiga. **A imprescindível contribuição dos tratados e cortes internacionais para os direitos humanos e fundamentais**. Florianópolis/SC: Sequência. UFSC. 2012, n.65, p. 241-272. Disponível em: <<https://goo.gl/CaVjHk>>. Acesso em 19 ago. 2016.

²⁷ BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Decreto que promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos/MRE de 1966. Disponível em: <<https://goo.gl/YNbVEs>>. Acesso em: 23 set. 2016.

²⁸ Id. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <<https://goo.gl/2gMi9>>. Acesso em: 23 set. 2016.

Interessante notar a intenção de se preservar a cultura dos diferentes grupos sociais da sociedade, inclusive as minorias religiosas. Essa parcela da sociedade, muito embora não tenha tanta expressão em comparação à grande população, deve ter seus direitos socorridos e, salvo os casos justificadores de proteção à segurança, à ordem, à saúde ou à moral públicas ou os direitos ou liberdades das demais pessoas, não podem ser privadas de direitos que fazem jus, pressionando determinada minoria a se desfazer de suas crenças e valores por comodidade do Estado-Administração ou mesmo baseado em argumentos abstratos e inconsequentes. Por isso, é importante frisar que as disposições de normas internacionais, quando vigora regularmente no país, não detém apenas caráter de recomendação, mas, conforme interpretação do Supremo Tribunal Federal, contempla o *status* supralegal²⁹.

Quando se analisa os fatos ligados à liberdade religiosa no âmbito interno de diferentes Estados, percebe-se que o objeto de discussão em outros países se assemelham com o brasileiro. Vê-se, por exemplo, decisões importantes como o caso de *Sherbert v. Verner* (1963)³⁰, no qual um direito individual religioso foi protegido de forma a ter acesso a um direito social, um direito de todos. Por outro lado, há casos como o de *Mba v. Mayor and Burgesses of the London Borough of Merton*³¹, que, diante de um conflito entre a liberdade religiosa de um indivíduo e a liberdade individual de outro sujeito ou dever do Estado como empregador na prestação de um serviço público, este foi resguardado em detrimento do direito religioso.

No que diz respeito aos Tribunais Internacionais, a opção pelo equilíbrio nas decisões é justificada diante da complexidade e diversidade dos países sob suas jurisdições. Nesse pensamento, encontra-se decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos que, em diversos casos de possível afronta à liberdade religiosa, tem buscado harmonizar os direitos dos iguais ante seus iguais e garantir a diferença de tratamento entre os desiguais. É o que se extrai

²⁹ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5240/SP – São Paulo. Relator: Ministro Luiz Fux. Tribunal Pleno. Julgamento: 20 ago. 2015. DJe: 1 fev. 2016. **Pesquisa de Jurisprudência**. Acórdãos. Disponível em: <<https://goo.gl/HRmvDE>>. Acesso em: 23 set. 2016.

³⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. *SHERBERT v. VERNER*, (1963). n. 526. Argumento: 24 abr. 1963. Decisão: 17 de jun. 1963. **FindLaw**: for legal professional. Disponível em: <<https://goo.gl/1NbHDL>>. Acesso em: 19 ago. 2016.

³¹ REINO UNIDO. Court of Appeal (Civil Division). *Mba v. Mayor and Burgesses of the London Borough of Merton*. Caso n.: A2/2013/0201. Data da Audiência: 23 out. 2013. Publicação: 5 dez. 2013. **Courts and Tribunals Judiciary**: Judgments. Disponível em: <<https://goo.gl/WR3vNA>>. Acesso em: 19 ago. 2016.

dos seguintes julgamentos: *Tsirlis and Kouloumpas v. Greece*³²; *Thlimmenos v. Greece*³³; e *Eweida and others v. The United Kingdom*³⁴.

Nesse diapasão, é notório que, longe de ser uma discussão meramente interna, a liberdade religiosa é uma demanda internacional, em distintas profundidades. Nesse quadro, a liberdade religiosa dos estudantes pertence a um discurso maior, qual seja, a liberdade dos religiosos diante de aspectos cotidianos da sociedade que são objeto de tratamento legal e jurídico. Nesse caso, os estudantes religiosos integram outro fragmento social, a dos religiosos que, por suas crenças, enfrentam barreiras para se inserirem paritariamente no convívio cultural. Essa questão é uma temática de interessante discussão nas cortes internas e internacionais.

A questão central, nesses termos, é que a liberdade religiosa e suas repercussões no cotidiano de estudantes, trabalhadores, instituições e empregadores, é um tema de interesse geral, não podendo ficar despercebido pelos Poderes, como algo que não necessita de apurada discussão. Há muito o que se discutir, principalmente no âmbito do Poder Executivo, para que a garantia dos direitos individuais se harmonizem e sejam viáveis diante dos direitos coletivos. Cite-se, ainda, o fato de alguns países tentarem harmonizar as relações de religiosos com o cotidiano da sociedade e das exigências do Estado não só por decisões judiciais, mas também por outros meios, como, por exemplo, é o caso de Portugal, que editou a Lei nº 16/2001³⁵, que prescreve, no artigo 14, a dispensa de trabalho, de aulas e de provas, por motivo religioso.

Relembre-se que a Religião é uma expressão social humana, com o transcendente, presente em toda parte do mundo. O Estado, quando surge como uma realidade também presente em todo mundo, não pode ignorar o próprio modo de ser dos indivíduos, como se fossem simples máquinas que cumprem papéis para sustentar seu país. Cada pessoa, independente de nacionalidade ou lotação, é um ser de valores e de modos de vida e a omissão não é o caminho lógico a ser seguido para a construção organizada da sociedade e de seus objetivos.

³² EUROPA. *European Court of Human Rights. Tsirlis and Kouloumpas v. Greece. Estrasburgo, França, 29 mai. 1997. Aplicação: 19233/91 e 19234/91. HUDOC: European Court of Human Rights. Disponível em: <<https://goo.gl/3A9bqS>>. Acesso em: 19 ago. 2016.*

³³ *Id. European Court of Human Rights. Thlimmenos v. Greece. Estrasburgo, França, 6 abr. 2000. Aplicação: 34369/97. HUDOC: European Court of Human Rights. Disponível em: <<https://goo.gl/x56XKD>>. Acesso em: 19 ago. 2016.*

³⁴ *Id. European Court of Human Rights. Eweida and Others v. The United Kingdom. Estrasburgo, França, 15 jan. 2013. Aplicação: 48420/10, 59842/10, 51671/10 e 36516/10. HUDOC: European Court of Human Rights. Disponível em: <<https://goo.gl/o3vIXp>>. Acesso em: 19 ago. 2016.*

³⁵ PORTUGAL. *Lei nº 16, de 22 de junho de 2001. Lei da Liberdade Religiosa. Lisboa, 2001. Disponível em: <<https://goo.gl/OPNgBb>>. Acesso em: 19 ago. 2016.*

3.3. Religião e Constituição Brasileira: a laicidade como garantia de liberdade religiosa

O termo *laico*³⁶ tem a mesma origem que a palavra *leigo*. Isso é bastante elucidativo quando se entende que o termo laico é uma expressão que se contrapõe aquilo que é considerado sagrado ou separado. A laicidade denota aquilo que é comum aos povos, sem singularidades ou preferências, isto é, quando não há religiões, ideologias ou culturas que sejam defendidas, em detrimento das demais, pelo Estado.

O Estado laico é a consciência pública de respeito e oportunidade a todas as correntes de pensamento, sem distinção das demais. Esta postura requer do Estado a não-oficialização de determinadas filosofias ou religiões, para que não haja latente prejuízo às outras que sofram pela ausência de reconhecimento do Estado e de igualdade de condições dos membros das diferentes tribos. A laicidade é uma das principais características do Estado Democrático de Direito, permitindo que as diferentes culturas possam conviver pacificamente, sem a interferência ou coerção das de maior projeção ou mesmo do Estado.

Essa garantia constitucional [artigo 19, I e III, da Carta Maior³⁷] apresenta dois lados que se complementam: aplicabilidade positiva e aplicabilidade negativa³⁸. Fala-se em uma eficácia positiva, posto que o Estado, para que seja concretamente laico, deve demonstrar respeito a todas etnias, culturas e religiões, de forma a garantir a igualdade material entre os povos³⁹. Essa noção da laicidade indica que o Estado, por vezes, deverá tomar medidas que protejam religiões específicas, tidas como minoritárias, para que estas se encontrem em uma situação de isonomia perante outras de maior expressão social. Longe de prejudicar as religiões majoritárias, essas medidas visam permitir que as minorias religiosas não sejam prejudicadas por não pertencer à “normalidade” social. Isso se torna mais evidente quando a Administração toma medidas rotineiras ou de organização, que aparentam ser imparciais, mas que sofrem a influência direta das religiões dominantes do país. Exemplo disso é a escolha constante de reposição de aulas nos sábados e não nos domingos [dia sagrado para maioria dos religiosos

³⁶ Cf. ORIGEM DA PALAVRA: Site de Etimologia. *Origem da Palavra Laico*. Publicado em: 27 nov. 2011. Disponível em: <<https://goo.gl/uwX29K>>. Acesso em: 25 ago. 2016.

³⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 02 set. 2016.

³⁸ Cf. LELLIS, Lélío Maximino; HEES, Carlos Alexandre. (Orgs.). *A liberdade religiosa na Constituição Federal de 1988: Natureza jurídica e eficácia da liberdade religiosa*. In: _____ (Orgs.). *Manual de Liberdade Religiosa*. 1. Ed. Engenheiro Coelho, SP: UNASPRESS – Imprensa Universitária Adventista; Ideal Editora, 2013. p. 73/74. Disponível em: <<http://goo.gl/IX5Zlh>> Acesso em: 26 ago. 2016.

³⁹ Cf. MAIA, Luciano Mariz; ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *A proteção das Minorias no Direito Brasileiro*. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL: AS MINORIAS E O DIREITO, 2001, Brasília. *Série Cadernos do Centro de Estudos Judiciários (CEJ)*, v. 24. Brasília/DF: Conselho Federal de Justiça (CJF); Centro de Estudos Judiciários (CEJ); AJUFE; Fundação Pedro Jorge de Mello e Silva; The British Council; 2003. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol24/artigo03.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2016. p. 60-84.

brasileiros] quando há paralisação dos serviços das instituições de ensino, sem, por vezes, estabelecer condições alternativas para que estudantes pertencentes a minorias religiosas não sejam prejudicados por situações alheias a esses, configurando-se um caso fortuito ou de força maior. Doutra banda, a eficácia negativa da laicidade é tão essencial quando a positiva, pois essa noção do laico impõe que o Estado se abstenha de práticas que fortaleçam grupos religiosos e que, como consequência, tragam prejuízos às demais religiões, independentemente se o grupo auxiliado seja de religiões minoritárias ou majoritárias. A questão central nessa vertente é que o Estado não deve participar ou contribuir para o desenvolvimento de qualquer religião ou cultura, mas se abster de tais atos. O dever do Estado é garantir o bem-estar social de forma a permitir que a população viva pacificamente, contribuindo para a igualdade material dos povos.

A aplicabilidade positiva e negativa da laicidade, aparentemente, é antagônica, o que não é verdade. Ambas demonstram que a imparcialidade do Estado é um dever, mas que isso não significa a omissão, posto que, em determinadas situações, o próprio ato de se omitir já é uma escolha. Por ser uma questão delicada, o Estado tem a obrigação de ser mais diligente e problematizador quando se trata de laicidade, não se eximindo de seu dever.

Ao se tratar da laicidade, contudo, conforme já destacado neste estudo, o Estado brasileiro, historicamente, teve uma relação muito próxima com a religião, estando, atualmente, numa situação de cooperação mais equilibrada e imparcial. A Constituição é fruto da sociedade, como também o Direito, e, portanto, não se deve excluir a própria sociedade ao se estabelecer qual será a relevância dada às religiões no Estado Democrático de Direito. A harmonização da laicidade do Estado, situando conforme o tempo, a época e a História, com a sociedade, para se aproximar gradativamente do ideal de igualdade.

A liberdade, por sua vez, é um tema que ultrapassa a esfera jurídica, sendo objeto de outros campos de estudo. Contudo, no Direito, a liberdade encontra um grande arcabouço científico e de consequências concretas no cotidiano da população, estabelecida como fundamento das diferentes visões doutrinárias e jurídicas, incluindo o Direito Positivo. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em destaque preambular, coloca a liberdade como um dos objetos a serem protegidos pelo Estado Democrático de Direito brasileiro. Como não bastasse, ainda está elencando como direito fundamental no artigo 5º da Carta Maior. A aresta que interessa a esse estudo dessa tão enaltecida liberdade é a que diz respeito às religiões.

A análise jurídica da liberdade religiosa a constrói dentro de uma categorização das liberdades, bem como a desconstrói didaticamente em algumas vertentes que a compõe⁴⁰⁴¹, com liberdades voltadas ao interior do ser e outras se relacionando com a externalização do interno, na interação com os outros. Nesse sentido, pode-se observar que a liberdade religiosa tem sua origem na liberdade de pensamento e de expressão⁴², se desdobrando, consoante diversas classificações, inclusive na adotada pela Carta Maior⁴³, na liberdade de consciência – que é mais ampla, por conter a liberdade de ter e de não ter religião⁴⁴ –, de crença, de culto, de liturgia e de organização religiosa⁴⁵.

O direito à liberdade de consciência é matéria vinculada à liberdade religiosa, mas vai além desta, pois abrange o direito de professar uma religião e também o direito de não ter outra ou mesmo nenhuma. A liberdade religiosa está prevista, de maneira analítica, no art. 5º, inciso VI, da Constituição Brasileira⁴⁶, e a liberdade de consciência, por sua vez, está garantida pelo citado artigo e também pela previsão no art. 5º, inciso VIII, da Constituição Brasileira⁴⁷, que traz o instituto da objeção de consciência. Essa é matéria constitucional, de efeitos imediatos, que garante a todos a proteção de seus direitos, não sendo possível mitigá-lo em virtude de sua crença ou não crença, ou por sua posição filosófica ou política, sendo garantido, de pleno, a proteção do indivíduo.

A liberdade religiosa teve um destaque profundo e exemplar na Constituição da República de 1988⁴⁸, ausentes, no entanto, uma legislação infraconstitucional que ajude a

⁴⁰ Cf. *BENEDETTI, Andréa Regina de Moraes; TRINDADE, Fernanda. Liberdade de culto: aspectos gerais e evolução histórica. In: ENCONTRO PARANAENSE DE PESQUISA E EXTENSÃO EM CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS, 5., e SEMINÁRIO DO CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS DE CASCAVEL, 8., 22-24 jun. 2009, Cascavel/PR. Anais do VIII SEMINÁRIO DO CCSA. Cascavel. PR: Universidade Estadual do Oeste do Paraná, 2009. Disponível em: <<https://goo.gl/m5HO0H>>. Acesso em: 12 ago. 2016.*

⁴¹ Cf. *COMISSÃO DE DIREITO E LIBERDADE RELIGIOSA DA OAB-SP. Liberdade Religiosa: Conceitos. São Paulo: Luz Editora, 2010-2011. Disponível em: <<https://goo.gl/Wpj2Dc>>. Acesso em: 12 ago. 2016.*

⁴² Cf. *TOSTES, Melina Alves. Liberdade Religiosa: Um Estudo Comparativo da Jurisprudência Interna e dos Sistemas Regionais Europeu e Americano de Proteção dos Direitos Humanos. Revista de Direito Brasileira, [S.l.], v. 3, n. 2, p. 77-94, set. 2013. Disponível em: <<https://goo.gl/j8Zlla>>. Acesso em: 11 ago. 2016.*

⁴³ *BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: Art. 5º, inciso VI. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 26 ago. 2016.*

⁴⁴ Cf. *LELLIS, Lélío Maximino; HEES, Carlos Alexandre. (Orgs.). op. cit. p. 74-80. Disponível em: <<http://goo.gl/IX5Zlh>> Acesso em: 26 ago. 2016.*

⁴⁵ Cf. *WALTRICK, Fernanda Ávila. Liberdade religiosa e Direito à Educação: uma defesa da adoção de prestação alternativa para estudantes sabatistas. 2010. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), São José/SC, 2010. Disponível em: <<https://goo.gl/0oMNni>>. Acesso em: 29 set. 2016.*

⁴⁶ *BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: Art. 5º, inciso VI. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 26 ago. 2016.*

⁴⁷ *Id. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 02 set. 2016.*

⁴⁸ Cf. *LOPES, Grazielle da Silva da Palmas. O direito fundamental da liberdade religiosa e as implicações constitucionais na guarda do sábado. 2013. Monografia (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário de Brasília (UNICEUB), Distrito Federal, 2013. Disponível em: <<https://goo.gl/1pv6ni>>. Acesso em: 29 set. 2016.*

solucionar os problemas recorrentes entre a aplicação dos direitos fundamentais e o eficiente desempenho da Administração Pública. O Estado-Administração é obrigado a agir de forma a executar as políticas públicas e a gerir a máquina pública, sendo que, por vezes, os direitos constitucionais sofrem restrições injustificadas por falta de orientação legal detalhada pertinente.

3.4. Direito à Educação e Liberdade Religiosa

O Estado brasileiro atual, um Estado Democrático de Direito, alicerçado nas normas constitucionais, dedicou o tema Educação ao ramo da Política. Mércia Cardoso De Souza⁴⁹, após análise de diversos textos constitucionais, afirma que o tratamento dedicado à temática da educação reflete valores e ideologias, sendo, portanto, um tema político. Diz, ainda, que, observando a disposição dos objetivos do ensino e a própria estruturação do sistema educacional, constata-se a perspectiva pública e política da Educação.

Doutra banda, é expressamente previsto, na Constituição, dentro do Título da Ordem Social, no artigo 206⁵⁰, alguns princípios que norteiam o sistema educacional atual. Entre esses, pode-se destacar a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber e, também, o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino.

O Brasil é um país plural e os princípios da Educação não poderiam seguir outro caminho. Por ser um Estado com sociedade plural, o ensino deve ser plural e, por conseguinte, garantir a igualdade de condições de acesso e a coexistência. Haverá sempre etnias e culturas predominantes, mas isso não deve dar a nota final à estrutura educacional. Pelo contrário, a existência de categorias dominantes deve dar mais força aos princípios norteadores do Direito Educacional e garantir às minorias seu direito à existência, à coexistência e à igualdade.

O acesso ao ensino é para todos. Não todos os que se enquadram no perfil socialmente aceito, mas para todos. Isso, todavia, não quer dizer moldar o “todos” para se tornarem uno, mas para que o *multi*, respeitando-se sua diversidade, tenha liberdade e garantia de acesso à mesma educação que os demais da “massa” têm. Não quer dizer melhores

⁴⁹ SOUZA, Mércia Cardoso De; SANTANA, Jacira Maria Augusto Moreira Pavão. **O direito à educação no ordenamento constitucional brasileiro**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 74, mar. 2010. Disponível em: <<https://goo.gl/Q2gd6O>>. Acesso em: 13 mai. 2016.

⁵⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 13 mai. 2016.

oportunidades ou benefícios, quer dizer não ter pior ou não ter uma limitação e um prejuízo em virtude de diferenças de culturais.

Adventistas do Sétimo Dia, Judeus e demais religiosos que têm como norma de fé a sacralidade do sábado, não sendo considerado um dia comum, mas um dia especial, de encontro com o seu Deus, também são, enquanto cidadãos, sujeitos de direito e obrigações perante o Estado e a sociedade, bem como são protegidos pelos direitos fundamentais, por vezes constitucionalizados, que são inerentes ao ser humano. Nesse viés, esses que se caracterizam por ter uma rotina semanal divergente são dissonantes da grande massa e culturalmente estranhos ao “normal”. Esses indivíduos compõem uma minoria que está dentro da sociedade e que se utilizam de todos os recursos públicos, como quaisquer outros – ensino é um recurso público de acesso livre que abarca também essa minoria. Dessa forma, o Estado tem o dever de proteger seu direito à cultura e de forma de vida (artigos 215 e 216, da CR/88⁵¹), sem prejudicar o direito à educação.

Ademais, há que se ter um vislumbre de outro direito, inerente a pessoa, que envolve diferentes credos, principalmente os de minorias, que é o da liberdade de culto. Essa liberdade, prevista no artigo 18 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, promulgado pelo Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992⁵², bem como no artigo 5º, inciso VI, da Constituição da República⁵³, é direito fundamental inviolável, imodificável e de eficácia plena, devendo ser respeitada e protegida de imediato, não havendo norma superior a esta. Nesse sentido, há de se entender que o Direito à Liberdade de Culto e de Religião, por sua extensão, e o Direito à Educação, plural, igualitário e efetivo convergem positivamente, criando uma atmosfera favorável ao bem-estar de toda a sociedade, sem excluir minorias sociais das efetivas obras e serviços do Estado para a população, sobretudo no que diz respeito ao ensino. Entretanto, abre-se espaço para uma discussão mais aprofundada quando se tenta dimensionar o possível prejuízo ao direito à isonomia em favorecimento ao direito da liberdade de culto e de religião, quando se parte para a execução das medidas estatais no âmbito da educação, mais destacadamente, quando se parte para a condução da educação regular de uma população plural que terá acesso ao mesmo ensino e, para tanto, terá que ser adequada a um perfil escolar e didático escolhido por um seletivo grupo da Administração Pública, responsável pelas medidas e

⁵¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 03 out. 2016.

⁵² Id. *Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992*. Brasília, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 19 mai. 2016.

⁵³ Id. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 02 set. 2016.

regulamentos internos no âmbito da Educação, que, no Brasil, fica a cargo da União, consoante disposição da própria Constituição que prevê, no artigo 22, inciso XXIV⁵⁴, competência privativa quanto às diretrizes e bases da educação nacional. Nesse ponto, há, supostamente, uma, nos dizeres de Luís Roberto Barroso⁵⁵, *colisão entre direitos fundamentais*, que precisa ser solucionado pelo intérprete do Direito.

O direito à isonomia, como um direito fundamental igualmente previsto e protegido pelo ordenamento pátrio e por diversos tratados e convenções internacionais, não deve ser analisado de forma superficial e frivolamente. É necessário entender o a finalidade desse direito fundamental e as razões de sua existência.

Antes de tudo, é necessário esclarecer que o direito à isonomia, ou à igualdade, é uma garantia fundamental pertencente a primeira e segunda dimensão⁵⁶, sendo a igualdade formal conquistada primeiramente, que é a igualdade perante a lei, evitando privilégios de uns em detrimento de outros. A igualdade material é considerada um direito fundamental de segunda dimensão, pois tem sua raiz nos direitos sociais. Não adianta a lei prevê medidas igualitárias perante todos se, na vida prática, as pessoas já se encontram em situações desiguais, uns com grandes desvantagens em relação a outros. Nesse sentido, a igualdade material garante que medidas serão tomadas para diminuir as desigualdades já existentes, ou seja, privilegiar os desprivilegiados ou reduzir regalias dos mais favorecidos⁵⁷. Isso quer dizer que a lei não só impedirá que novas desigualdades se produzam (igualdade formal), como ela mesma preverá vantagens a classes e grupos, para que estes possam ser igualados, materialmente, aos grupos favorecidos.

Nessa visão, não há que concluir a existência de conflito entre o direito à isonomia e o da liberdade de religião quando aquele direito serve para que grupos, como religiosos estudantes, cujo calendário é divergente do tipicamente seguido, tenham iguais direitos aos demais estudantes de classes sociais que não se encontram em desvantagem, ou seja, que não sofrem prejuízo, pelas leis e medidas regulamentadoras do Estado, ao criar e

⁵⁴ *Ibid.* Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 02 set. 2016.

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Novos Paradigmas e Categorias da Interpretação Constitucional: a Colisão de Normas Constitucionais*. In: _____, *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 356.

⁵⁶ Cf. CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. Disponível em: <<https://goo.gl/qzHske>>. Acesso em: 20 mai. 2016.

⁵⁷ Cf. D'OLIVEIRA, Maria Christina Barreiros. *Breve Análise do Princípio da Isonomia*. *Revista Processus, Brasília, Ano 1, Ed. 1, p. 22-31., jan./mar. 2010*. Disponível em: <<https://goo.gl/qvypypS>>. Acesso em: 20 mai. 2016.

executar as diretrizes e bases do sistema educacional nacional. Nesse diapasão, a visão da situação fática existente é a de que a maior parcela da comunidade estudantil está em harmonia, inclusive cultural, com os ditames da Educação, em especial com o calendário escolar, enquanto que uma minoria, culturalmente diversa, não está adequada e, portanto, precisa ser conduzida diferenciadamente, para que tenha também acesso ao sistema educacional de forma distinta, porém não melhor, tampouco pior.

Ademais, conforme a clareza de Barroso⁵⁸, a ponderação, para solucionar colisão de direitos fundamentais, socorre-se do princípio da razoabilidade-proporcionalidade, para promover a máxima concordância prática entre os direitos em conflito. Somente no caso de incompatibilidade clara, indistinta e justificada, o intérprete, no entendimento do autor, precisaria fazer escolhas, determinando, *in concreto*, o princípio ou direito que prevaleceria.

Assim percebe-se que, ainda que haja comprovado conflito entre o direito à isonomia e o direito à liberdade de culto, é necessário fazer uma construção fática-argumentativa, para que haja a melhor solução, sem grandes perdas para ambos os lados. E, ao que tudo indica, tal solução foi prevista pelo próprio texto constitucional⁵⁹, no artigo 5º, incisos VI e VIII, quando dispõe sobre fórmulas alternativas a serem observadas a quem tiver direito de consciência e de crença sofrendo ameaça ou violação. Nesse caso, não haveria significativa perda ou lesão ao religioso que tiver seu direito ameaçado, tendo em vista que medida alternativa estaria sendo proposta a ele, para que o seu direito à liberdade de culto e religião seja preservado, sem que, para isto, este seja beneficiado ou favorecido em detrimento dos demais, do povo.

Todavia, na prática, o cenário social, que deveria ser de soluções jurídicas e protetivas, demonstra uma passividade e acomodação pelo mais simples. O problema é que esse simples é a medida mais violadora dos direitos fundamentais.

3.5. Dia Sagrado e Constituição: direito à objeção de consciência e a garantia de prestação alternativa

A plenitude e imediatidade do direito à liberdade de consciência é reforçado pelo fato de só existir uma única hipótese para o seu não cumprimento, qual seja, quando houver

⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Novos Paradigmas e Categorias da Interpretação Constitucional: a Argumentação Jurídica: alguns aspectos práticos*. In: _____, *op. cit.* p. 365.

⁵⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 02 set. 2016.

obrigação instituída por lei a todos e houver a recusa de prestação alternativa também instituída por lei. Desta forma, a objeção de consciência só não será garantida quando, por lei – não sendo válido outro meio mitigador –, o Estado impor uma obrigação geral e prever alternativa a esta obrigação. Assim, o indivíduo terá a opção de prestar a alternativa legal ou ver seu direito mitigado em virtude de consciência.

Interessante notar que, expressamente, a Constituição, com intuito de dar segurança jurídica aos direitos fundamentais previstos, impõe que a mitigação deste direito seja por lei, não sendo possível outro instrumento, como, por exemplo, uma decisão meramente administrativa. Esse ponto revela como a ausência de regulamentação legal torna pior a situação de estudantes religiosos que tem o seu direito à educação tolhido sem justa disposição legal, com a devida fixação de alternativa possível. Trata-se de alternativa possível, posto que, não seria lógico a previsão de meio alternativo à obrigação legal se esta também ferir à liberdade de consciência, tornando inócua a exigência do artigo 5º, inciso VIII, da Carta Maior⁶⁰.

A presença de alternativa por escusa de consciência, na Constituição Cidadã, demonstra o avanço democrático do Brasil, permitindo, assim, que um maior número de pessoas conviva harmoniosamente no país. Essa oportunidade envolve, inclusive, a de ofertar serviço alternativo na seara militar, em tempos de paz (art. 143, §1º, da CR/88⁶¹). O Brasil demonstra ter uma Constituição sólida e vanguardista na ampliação dos direitos individuais, sobretudo, na liberdade. A religião é um braço do indivíduo cuja liberdade é protegida. Essa tendência constitucional deve ser seguida em todas as esferas públicas, na atuação de todos os Poderes, para que ultrapasse a ideia de meros ideias e se transforme em efetivos direitos fundamentais. A consciência é um elemento humano sem a qual a própria dignidade humana queda comprometida.

A garantia de prestação alternativa é consequência do direito de objeção de consciência quando houver obrigação imposta a todos. Não é opcional. O Estado, no exercício de suas atividades, deve garantir a todos que, por motivo de crença, posição filosófica ou posicionamento político, se escusarem de um dever legal geral, haja uma opção viável para o indivíduo. Impor uma obrigação e não dispor de alternativa é tolher o direito a essa, bem como o direito de liberdade de consciência, protegido como cláusula pétrea (art. 60, §4º, IV, CR/88⁶²).

⁶⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 02 set. 2016.

⁶¹ *Ibid.* Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 29 set. 2016.

⁶² *Ibid.* Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

Caso não haja tal opção, exigida por norma constitucional, ninguém poderá ser privado de direitos, leciona a Carta Maior.

4. A GARANTIA DA LIBERDADE RELIGIOSA E DE CULTO NO DIA SAGRADO

4.1. Estudantes, Sábado e Legislação brasileira infraconstitucional

A Educação, no Brasil, é tema de relevância constitucional e foi detalhado por Lei Ordinária Nacional⁶³, decretada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República, em 20 de dezembro de 1996, estabelecendo as diretrizes e bases da educação nacional. A referida norma é a Lei nº 9.394⁶⁴ e prevê as seguintes regras sobre a carga horária regular:

*Art. 24. A educação básica, nos níveis fundamental e médio, será organizada de acordo com as seguintes regras comuns: I – a carga horária mínima **anual** será de **oitocentas horas**, distribuídas por um mínimo de **duzentos dias** de efetivo trabalho escolar, excluído o tempo reservado aos exames finais, quando houver; [...] VI – o controle de frequência fica a cargo da escola, conforme o disposto no seu regimento e nas normas do respectivo sistema de ensino, exigida a **frequência mínima de setenta e cinco por cento** do total de horas letivas para aprovação; [...]. [grifo nosso]*

*Art. 31. A educação infantil será organizada de acordo com as seguintes regras comuns: (Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013) [...] II – carga horária mínima **anual** de **800 (oitocentas) horas**, distribuída por um mínimo de **200 (duzentos) dias** de trabalho educacional; (Incluído pela Lei nº 12.796, de 2013) III – atendimento à criança de, no mínimo, **4 (quatro) horas diárias** para o turno parcial e de **7 (sete) horas** para a jornada integral; (Incluído pela Lei nº 12.796, de 2013) IV – controle de frequência pela instituição de educação pré-escolar, exigida a frequência mínima de **60% (sessenta por cento)** do total de horas; (Incluído pela Lei nº 12.796, de 2013) [...]. [grifo nosso]*

*Art. 47. Na educação superior, o ano letivo regular, independente do ano civil, tem, no mínimo, **duzentos dias** de trabalho acadêmico efetivo, excluído o tempo reservado aos exames finais, quando houver. [...] § 2º Os alunos que tenham **extraordinário aproveitamento nos estudos**, demonstrado por meio de provas e outros instrumentos de avaliação específicos, aplicados por banca examinadora especial, poderão ter abreviada a duração dos seus cursos, de acordo com as normas dos sistemas de ensino. § 3º **É obrigatória a frequência de alunos e professores, salvo nos programas de educação a distância.** [grifo nosso]*

Conforme os artigos acima extraídos da Lei de Diretrizes e Bases Nacional – LDBN, a educação básica, infantil e superior, são organizadas de forma a funcionar durante todo o ano letivo, sendo comum a essas a exigência de 200 (duzentos) dias letivos para o trabalho acadêmico efetivo. Quanto à educação infantil, também há previsão de turno parcial mínimo de 4 (quatro) horas e de turno integral mínimo de 7 (sete) horas, controlando o tempo

Acesso em: 29 set. 2016.

⁶³ Cf. SANTOS, Moisés da Silva. *A liberdade de crença religiosa do adventista do sétimo dia em conflito com algumas atividades acadêmicas do ensino superior*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3870, 4 fev. 2014. Disponível em: <<https://goo.gl/WKldKu>>. Acesso em: 29 set. 2016.

⁶⁴ BRASIL. *Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996*. Brasília, 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm>. Acesso em: 29 set. 2016.

de presença diária de crianças na escola. Não sendo essa a única exigência, para a educação infantil e básica, são também estabelecidas as cargas horárias mínimas de 800 (oitocentas) horas anuais, distribuídas durante o ano todo. A educação superior não é regida por uma legislação genérica, não tendo sido estabelecida, na LDBN, a carga horária mínima, nem o mínimo de dias de trabalho acadêmico.

A frequência é um requisito presente em todos os níveis da educação, seja na infantil, seja na básica ou mesmo na superior. Para a educação básica, está prevista a frequência mínima escolar de 75 (setenta e cinco) por cento do total de horas. A frequência mínima da educação infantil é de 60 (sessenta) por cento do total. No que diz respeito ao ensino superior, apesar de não constar, expressamente, texto de lei – estando em tramitação na Câmara dos Deputados uma proposta⁶⁵ –, a Resolução nº 4, de 16/9/86⁶⁶, do extinto Conselho Federal de Educação, prevê, no artigo 2º, a reprovação do “aluno que não cumprir a frequência mínima de 75% (setenta e cinco por cento) às aulas e demais atividades escolares de cada disciplina, sendo-lhe, conseqüentemente, vedada a prestação de exames finais e da 2ª época”.

No que diz respeito à obrigatoriedade da frequência escolar, contudo, não é uma previsão absoluta, mas relativa, pois não se pode retirar de sua disposição a sua finalidade e os objetivos maiores que digam respeito à vida escolar. A finalidade citada é a de promover a educação de crianças, adolescentes e jovens, garantindo, por meio de medidas legais, a sua participação e presença no ensino. Entretanto, quando se analisa que existem motivos externos, sejam permanentes ou provisórios, inviabilizadores da presença regular do estudante, torna-se evidente que a frequência não é a medida mais eficaz e nem o único instrumento capaz de garantir a participação acadêmica. Tanto é assim que, no ordenamento jurídico pátrio, a título exemplificativo, há o Decreto-Lei nº 1.044, de 21 de outubro de 1969⁶⁷, que traz o teor do regime de compensação de ausências para os alunos de qualquer nível de ensino portadores de afecções congênitas ou adquiridas, infecções, traumatismo ou outras condições mórbidas, determinando distúrbios agudos ou agudizados, bem como a Lei nº 6.202, de 17 de abril de 1975⁶⁸, que atribui à estudante em estado de gestação o regime de exercícios domiciliares

⁶⁵ CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 4831/2009: Frequência mínima presencial no ensino superior*. Brasília, 2009. Disponível em: <<http://goo.gl/grY1Q6>>. Acesso em: 5 set. 2016.

⁶⁶ CONSELHO FEDERAL DE EDUCAÇÃO. *Resolução nº 4, de 16 de setembro de 1986*. Brasília, 1986. Disponível em: <www.facsenac.edu.br/portal/images/documentos/legislacao/resolucao_cfe_04.pdf> Acesso em: 5 set. 2016.

⁶⁷ BRASIL. *Decreto-Lei nº 1.044, de 21 de outubro de 1969*. Brasília, 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1044.htm>. Acesso em 05 set. 2016.

⁶⁸ Id. *Lei nº 6.202, de 17 de abril de 1975*. Brasília, 1975. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6202.htm>. Acesso em: 05 set. 2016.

instituído pelo decreto anteriormente citado. Sendo assim, é possível concluir que o próprio Estado já reconheceu que a obrigatoriedade da frequência, embora seja medida eficaz no controle da presença e envolvimento estudantil, contribuindo para a melhoria da educação nacional, deve ser passível de alterações ao se deparar com situações excepcionais que emergem da sociedade.

Partindo dessa perspectiva do Legislador nacional, é possível entender a iniciativa de alguns Estados-membros em legislar sobre a condição de religiosos que, por vezes, se encontram em contextos adversos em virtude de aulas e exames, inclusive provas de concurso públicos, em dia considerado sagrado para determinados grupos religiosos⁶⁹. Esses Estados, por processo legislativo próprio, esforçaram-se por definir os critérios gerais a serem seguidos por todos, para que os direitos de minorias pudessem ser respeitados e que todos, com igual oportunidade, tivessem acesso à educação, sem barreiras ou dificuldades ocorridas em virtude de crença, e à candidatura em provimento de cargos públicos, por meio de concursos. É o caso, por exemplo, do Estado do Pará⁷⁰, de São Paulo⁷¹, do Paraná⁷², de Santa Catarina⁷³, do Estado do Rio Grande do Sul⁷⁴ e de Rondônia⁷⁵.

Tema de importância nacional, a regularização da situação de estudantes religiosos também foi aprovada na Câmara dos Deputados⁷⁶, tramitando, atualmente, no Senado Federal⁷⁷, e aguardando a sua apreciação. Essa lei, se aprovada e publicada, permitirá que os estudantes gozem do direito de, mediante prévio e motivado requerimento, ausentar-se de prova ou de aula marcada para dia em que, segundo os preceitos de sua religião, seja vedado o

⁶⁹ Cf. BARRETTO, Stênio de Freitas. *Direito e Liberdade Religiosa à Luz da Constituição Brasileira: uma interpretação crítica*. Site *Direito e Religião*, Publicado em: 03 jul. 2014. Disponível em: <<https://goo.gl/dTK1eY>>. Acesso em: 29 set. 2016.

⁷⁰ Cf. PARÁ. *Lei n° 6.140, de 24 de junho de 1998*. Pará, 1998. Disponível em: <<http://www.pge.pa.gov.br/files/LO6140.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2016.

⁷¹ Cf. SÃO PAULO. *Lei n° 12.142, de 08 de dezembro de 2005*. São Paulo, 2005. Disponível em: <<https://goo.gl/jYwTke>> e <<https://goo.gl/uVMvwL>>. Acesso em: 29 set. 2016.

⁷² Cf. PARANÁ. *Lei n° 11.662, 10 de janeiro de 1997*. Paraná, 1997. Disponível em: <<http://goo.gl/N8xAkk>>. Acesso em: 5 set. 2016.

⁷³ Cf. SANTA CATARINA. *Lei n° 11.225, 20 de novembro de 1999*. Santa Catarina, 1999. Disponível em: <<http://goo.gl/qaQx0E>>. Acesso em: 5 set. 2016.

⁷⁴ Cf. RIO GRANDE DO SUL. *Lei n° 11.830, de 16 de setembro de 2002*. Rio Grande do Sul, 2002. Disponível em: <<https://goo.gl/ruaKqc>>. Acesso em: 29 set. 2016.

⁷⁵ Cf. RONDÔNIA. *Lei n° 1631, 18 de maio de 2006*. Rondônia, 2006. Disponível em: <<http://goo.gl/hCVRtA>>. Acesso em: 9 set. 2016.

⁷⁶ CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei n° 2171/2003: Dispõe sobre a aplicação de provas e a atribuição de frequência a alunos impossibilitados de comparecer à escola, por motivos de liberdade de consciência e de crença religiosa*. Disponível em: <<http://goo.gl/j7ljcn>>. Acesso em: 5 set. 2016.

⁷⁷ SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei da Câmara n° 130, 25 de junho de 2009: Dispõe sobre a aplicação de provas e a atribuição de frequência a alunos impossibilitados de comparecer à escola, por motivos de liberdade de consciência e de crença religiosa*. Disponível em: <<http://goo.gl/tTJjbu>>. Acesso em: 5 set. 2016.

exercício de tais atividades, devendo-se lhe atribuir, a critério da instituição e sem custos para o aluno, prestação alternativa prevista pela mesma lei, consoante disposição constitucional. Dessa forma, cada estudante, independentemente de etnia, cultura ou religião, terá acesso à educação de forma equânime, permitindo que o direito de liberdade religiosa permaneça intacto ante o direito à educação.

4.2. Estudantes, Sábado e Ministério da Educação

Paralelamente às discussões do Poder Legislativo, em suas diferentes esferas, o Ministério da Educação vem, ao longo do tempo, emitindo pareceres para regulamentar as situações de conflito existentes, de acordo com sua interpretação da legislação em vigor. Vejamos:

[...] Assim, os estudantes que, por motivos religiosos, não puderem comparecer às aulas em certos dias da semana, terão de receber falta, não havendo amparo legal para o abono desta. É de se esperar que, devidamente justificada a ausência, a Faculdade propicie prova substitutiva para a avaliação do aproveitamento, entretanto, não poderá abonar a ausência, para o fim de apuração de assiduidade. Certamente conviria que lei viesse a regular o abono de faltas em tal caso – o de falta em razão de culto religioso – mas até lá outra não pode ser a resposta à consulta formulada [...]. (Parecer CFE nº 430/1984⁷⁸ – Consulta sobre que procedimento adotar com relação a fastas de alunos adventistas às aulas, em razão do culto religioso.) [grifo nosso]

*[...] Diante do exposto, considerando-se a **relatividade do tempo** e a **convencionalidade das horas** sob a forma de construção sócio-histórica e a necessidade de marcadores do tempo, **comuns a todos e facilitadores da vida social**, considerando-se a clareza dos textos legais, **não há amparo legal ou normativo para o abono de faltas a estudantes que se ausentem regularmente dos horários de aulas devido às convicções religiosas [...]. (Parecer CNE/CEB nº 15/1999⁷⁹ – Consulta sobre legislação pertinente ao tratamento diferenciado a aluno frequentador da Igreja Adventista do Sétimo Dia.) [grifo nosso]***

*[...] Entende a Relatora que a iniciativa de compor **turmas específicas** destinadas a alunos adventistas representaria uma espécie de reserva de vagas, o que **ferre o princípio da igualdade de condições de acesso e permanência na escola**, consagrado no artigo 206, da Constituição. Entende, ainda, a Relatora que a Instituição **poderia apresentar projeto propondo a criação do turno diurno, com novas vagas ou com parte das vagas autorizadas para o turno noturno, sem contudo destinar tais vagas a essa clientela específica**. Tais vagas seriam destinadas a quaisquer interessados que desejassem estudar no período diurno [...]. (Parecer CNE/CES nº 336/2000⁸⁰ – Consulta sobre a criação de turma no turno diurno para atender alunos adeptos da religião adventista.) [grifo nosso]*

*[...] Em face de todo o exposto, manifesto-me no sentido de que **não há amparo legal ou normativo para o abono de faltas a estudantes que se ausentem regularmente dos horários de aulas por motivos religiosos [...]. (Parecer CNE/CES/224/2006⁸¹ –***

⁷⁸ CONSELHO FEDERAL DE EDUCAÇÃO. **Parecer CFE/CLN nº 430, de 08 de junho de 1984**. Brasília, 1984. Disponível em: <<http://goo.gl/2w4qNI>>. Acesso em: 09 set. 2016.

⁷⁹ CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO. **Parecer CNE/CEB nº 15, de 04 de outubro de 1999**. Brasília, 1999. Disponível em: <<http://goo.gl/mtVPBo>>. Acesso em: 09 set. 2016.

⁸⁰ *Id.* **Parecer CNE/CES nº 336, de 05 de abril de 2000**. Brasília, 2000. Disponível em: <<http://goo.gl/mtVPBo>>. Acesso em: 09 set. 2016.

⁸¹ *Id.* **Parecer CNE/CES nº 224, de 20 de setembro de 2006**. Brasília, 2006. Disponível em:

Consulta sobre abono de faltas a estudantes que se ausentem regularmente dos horários de aulas devido a convicções religiosas.) [grifo nosso]

Apesar da posição rígida do CNE destacada acima, há importante declaração da Conselheira Maria Izabel Azevedo Noronha, emitida no Parecer CNE/CEB nº 19/2009⁸², sobre a reorganização dos calendários escolares, no período da epidemia da “gripe A”, dissertando acerca da finalidade da lei que rege a educação brasileira, consoante se transcreve no seguinte trecho:

*[...] Ademais, é importante observar que o processo ensino-aprendizagem não se desenvolve com base no número de dias letivos, embora haja previsão legal neste sentido; mas que, na realidade, os alunos têm seus estudos organizados com base em horas-aula, assim como os salários dos professores são calculados também com base em horas-aula. A hora-aula é, portanto, a unidade que compõe a totalidade dos 200 dias letivos exigíveis pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Nosso apreço pela qualidade do ensino deve nos levar a que, em qualquer situação onde não seja possível cumprir de maneira eficaz os 200 dias letivos, sejam evitadas quaisquer medidas que, afinal, criem apenas um efeito enganoso para a população, sem assegurar ao aluno o efetivo aproveitamento dos conteúdos curriculares. Desta forma, é necessário estabelecer um diálogo com a comunidade para buscar a melhor maneira de cumprir, com qualidade, tais conteúdos. Qualquer solução encontrada, entretanto, tem que estar de acordo com o projeto político-pedagógico da unidade escolar. É importante ressaltar que, sob o ponto de vista sociológico, o tempo não é apenas algo matemático e quantitativo, mas, sobretudo, alguma coisa que se institui a partir de determinadas exigências que são sociais; ou melhor, essa outra concepção temporal parte do pressuposto de que o tempo é, por princípio, uma instância de regulação social que ordena os próprios acontecimentos sociais. Assim, pode haver flexibilidade na organização do tempo escolar, desde que a questão esteja contemplada no projeto político-pedagógico da escola, discutido e decidido pelo conselho de escola, para que todas as disciplinas e atividades necessárias à formação integral do aluno possam ser contempladas. **Que o cumprimento do trabalho educacional com o aluno deve ter como foco central a íntegra dos conteúdos previstos no projeto político-pedagógico.** O que deve estar no centro, portanto, numa situação atípica como a que vivemos, não é o mero cumprimento da norma legal ao pé da letra, como uma camisa-de-força, mas a **salvaguarda do direito dos nossos alunos a um ensino de qualidade.** Diante do exposto, é forçoso que se reconheça que os Estados-membros e seus Municípios, quando resolveram adiar o início das atividades acadêmicas previstas para o segundo semestre letivo no presente ano, o fizeram em virtude de ocorrência de motivo de força maior, que é causa que exclui a ilicitude. **Levando-se em conta que nenhuma norma que confere direitos é construída para não ser exigível de bom grado por aqueles para as quais elas são destinadas, fica evidenciado que não há razoabilidade na exigência meramente burocrática do cumprimento de 800 (oitocentas) horas e 200 (duzentos) dias letivos, ainda mais quando se leva em conta o motivo exposto neste voto. [...]***

Cumpre, também, destacar que, enquanto não há a aprovação da lei que definirá a frequência mínima obrigatória nos cursos superiores, consoante destacado no tópico 4.1, as

<http://goo.gl/mtVPBo>. Acesso em: 09 set. 2016.

⁸² Id. **Parecer CNE/CEB nº 19, de 02 de setembro de 2009.** Brasília, 2009. Disponível em: <http://goo.gl/3LHUzk>. Acesso em: 09 set. 2016.

instituições de ensino superior seguem as recomendações dos pareceres do CNE, a saber os Pareceres CNE/CES 282/2002⁸³ e 224/2006⁸⁴. Vejamos:

Parecer CNE/CES 282/2002:

2.5.5. Frequência obrigatória.

Nos cursos de natureza presencial, a frequência docente às atividades acadêmicas é obrigatória, nos termos do disposto no art. 47, § 3º, da LDB. O regimento deve dispor sobre tal obrigatoriedade e sobre as sanções para a inobservância. Segundo também o art. 47, § 3º, da LDB, a frequência discente às atividades acadêmicas é obrigatória. Recepiona-se, à falta de regulamentação posterior à LDB, o regime legal anterior, que dispunha sobre frequência mínima discente de 75% para garantir aproveitamento.

Parecer CNE/CES 224/2006:

Frequência

A frequência do aluno aos cursos de graduação é obrigatória?

R.: O art. 47, § 3º, da Lei das Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, dispõe que é obrigatória a frequência de alunos e professores, salvo nos programas de educação a distância, que se regem por outras disposições.. Não existe legalmente abono de faltas. É admitida, para a aprovação, a frequência mínima de 75% da frequência total às aulas e demais atividades escolares, em conformidade com o disposto na Resolução nº 4, de 16/9/86, do extinto Conselho Federal de Educação.

Em virtude da ausência de lei específica e na urgência pela regulamentação dos casos concretos, o Estado-Administração tem se posicionado favoravelmente a suas instituições, considerando, inflexivelmente, que os estudantes que se ausentam regularmente por motivo religioso devem se adequar às normas em vigor, entendendo não haver amparo legal para seus reclames. Nesse posicionamento, a liberdade religiosa cede lugar para o acomodamento das normas administrativas sob o manto de uma isonomia idealizada, de uniformidade populacional. O que se vê, no caso concreto, é que a omissão do Legislador gera insegurança jurídica e tolhimento injustificado e irracional de direitos constitucionalmente protegidos.

4.3. Estudantes, Sábado e Poder Judiciário

⁸³ CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO. *Parecer CNE/CES nº 282, de 04 de setembro de 2002*. Brasília, 2006. Disponível em: <<http://goo.gl/mtVPBo>>. Acesso em: 03 out. 2016.

⁸⁴ *Id.* *Parecer CNE/CES nº 224, de 20 de setembro de 2006*. Brasília, 2006. Disponível em: <<http://goo.gl/mtVPBo>>. Acesso em: 09 set. 2016.

O tratamento judicial dos estudantes religiosos que santificam o sábado como dia de descanso tem uma projeção significativa nas cortes superiores e, inclusive, no Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com decisões controversas. Passa-se a analisá-las.

O Conselho Nacional de Justiça mantém um entendimento bastante rígido e negativo no que diz respeito à diversidade e adaptação às variadas manifestações culturais quando diz respeito a oportunidade de minorias terem acesso às mesmas garantias dos demais, adequando-se às suas necessidades, como é o caso, por exemplo, de concessão de horário diferenciado para candidatos em concursos públicos que optem, por questão religiosa, em realizar a prova após o pôr-do-sol⁸⁵. É o que se pode concluir das seguintes decisões:

*1. Adoto o bem lançado relatório do Conselheiro Fabiano Silveira, in verbis: O requerente, candidato no concurso para Juiz de Direito Substituto do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, classificado para a segunda fase do certame, requer condição especial para realização da prova discursiva, invocando sua crença religiosa, que considera o sábado um dia santo, dedicado à adoração a Deus. Afirma que sua convicção religiosa não permite atividades cotidianas desde o pôr do sol de sexta-feira até o pôr do sol de sábado, porém seu pedido para realizar a prova em horário diverso foi negado pela comissão do concurso. Discorreu sobre a proteção constitucional à sua liberdade de crença e que pretende apenas iniciar a prova após o pôr do sol, ficando incomunicável até este horário. Solicitei informações ao Tribunal que, em resposta, juntou a decisão exarada em outro pedido idêntico, onde foi indeferida a pretensão do candidato, sob o argumento de que a realização de provas em horários diferenciados fere os princípios da legalidade e da impessoalidade, consoante **decidiu o STJ**. [...] 4. Dessa forma, seguindo o precedente desta Casa, bem como a jurisprudência da **Suprema Corte**, a medida liminar, apesar de o candidato já ter realizado a prova, não deve ser ratificada para manter alinhadas a jurisprudência deste Conselho com a do **STF**. 5. Ante o exposto, divirjo do Conselheiro Relator e voto pela não ratificação da liminar. (CNJ – ML – Medida Liminar em PP – Pedido de Providências – Conselheiro – 0003657-86.2014.2.00.0000 – Rel. GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA – 195ª Sessão – j. 16/09/2014 – Precedentes Citados: CNJ Classe: PCA – Procedimento de Controle Administrativo – Processo: 0005544-13.2011.2.00.0000 – Relator: JOSÉ ROBERTO NEVES AMORIM; STF Classe: AgR – Processo: 389 – Relator: Min. GILMAR MENDES).⁸⁶ [grifo nosso]*

*PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO NA CARREIRA DA MAGISTRATURA. DATA DE REALIZAÇÃO DA PROVA SUBJETIVA EM UM SÁBADO. ADVENTISTA DO SÉTIMO DIA. ALTERAÇÃO DO HORÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. Trata-se de Procedimento de Controle Administrativo instaurado por Julival Silva Rocha contra ato do Presidente da Comissão do XIX Concurso Público para Provimento de Cargos de Juiz de Direito Substituto do Estado de Rondônia que agendou a prova da segunda etapa do certame para um sábado. Requer permissão para que chegue no mesmo horário que os demais candidatos e que fique aguardando, incomunicável e sob vigilância, a fim de que possa fazer a prova após o pôr do sol. 2. Em manifestação da maioria do Plenário do STF, em sede ainda de juízo de deliberação, a **Corte Suprema***

⁸⁵ Cf. CAMPOS, Wilson Knoner. **Decisão do CNJ viola à liberdade religiosa e o livre acesso aos cargos públicos**. Santa Catarina, OAB/SC, Publicado em: 30 set. 2014. Disponível em: <<http://goo.gl/ILDxoz>> Acesso em: 08 set. 2016.

⁸⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Medida Liminar em Pedido de Providências nº 0003657-86.2014.2.00.0000**. Rel. Guilherme Calmon Nogueira da Gama. 195ª Sessão. Julgamento em: 16 set. 2014. **Pesquisa de Jurisprudência**. Acórdãos. Disponível em: <<http://goo.gl/mJlkv1>>. Acesso em: 08 set. 2016.

não acolheu a pretensão de se realizar provas em horários diferenciados. 3. Essa interpretação é corroborada pela jurisprudência dos Tribunais internacionais, como nos Estados Unidos (Employment Div. V. Smith); na Comissão Europeia de Direitos Humanos (Chappel v. United Kingdom) e na Corte Européia de Direitos Humanos (Valsamis anda Efstratiou v. Greece). 4. Ainda que se alegue que, em Rondônia, há lei estadual garantido aos adventistas a prerrogativa de não realizar provas aos sábados, há decisões do Tribunal de Justiça que a relativizam o que, em tese, poderia servir de fundamento para a decisão denegatória contra o requerente. 5. Procedimento de Controle julgado improcedente. (CNJ – PCA – Procedimento de Controle Administrativo – 0005544-13.2011.2.00.0000 – Rel. NEVES AMORIM – 144ª Sessão – j. 26/03/2012).⁸⁷ [grifo nosso]

A primeira decisão acima toma como base a segunda citada. Por essa razão, passa-se a destrinchar apenas a segunda decisão. Essa, por sua vez, tem como fundamento decisão do STF que trata de dia alternativo e não horário diferenciado. Pelo inteiro teor da decisão do STF, claramente os ministros apoiam o horário diferenciado e não votam, por hora, a favor do dia alternativo. Precedente equivocado para a decisão do CNJ. Por outro lado, a segunda decisão, consoante se apura do inteiro teor, também se baseia em processos e julgamentos em cortes e comissões estrangeiras e internacionais, que, perceptivelmente, tendem a ser mais equilibrados em suas decisões, respeitando o direito dos diferentes na medida de suas diferenças, conforme o comentário do tópico 3.2 deste trabalho.

A segunda decisão apontada do CNJ também se utiliza do termo “normas neutras”. Apesar de não ter desenvolvido o significado de tal expressão, é necessário entender, como exaustivamente exposto nas linhas acima, que o Direito bem como o Estado não estão imunes e nem afastados da sociedade, sendo uma criação cultural, tendo por valores máximos os direitos do povo. Nesse sentido, é difícil compreender uma concepção racional de “normas neutras” sem infringir direitos, sobretudo de minorias.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, vem se mantendo passivo nessas discussões, sendo pragmático e, por vezes, puramente legalista, apresentando decisões que pouco contribuem para o avanço do entendimento, mas também que não o impede. Em ordem cronológica, tem-se o recurso em Mandado de Segurança nº 16.107 – PA (2003/0045071-3 de 01/08/2005⁸⁸) que negou provimento ao pedido por entender não existir direito líquido e certo por lei e nem no edital para conceder oportunidade diferenciada aos diferentes. Mais adiante, tem-se o recurso em Mandado de Segurança nº 37.070 – SP (2012/0020565-0 de 10/03/2014⁸⁹)

⁸⁷BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Procedimento de Controle Administrativo nº 0005544-13.2011.2.00.0000. Rel. Neves Amorim. 144ª Sessão. Julgamento em: 26 mar. 2012. **Pesquisa de Jurisprudência**. Acórdãos. Disponível em: <<http://goo.gl/jzrgRp>>. Acesso em: 08 set. 2016.

⁸⁸BRASIL. Superior Tribuna de Justiça. RMS nº 16.107 – PA (2003/0045071-3 de 01 ago. 2005). **Pesquisa de Jurisprudência**. Acórdãos. Disponível em: <<https://goo.gl/jzn9nh>>. Acesso em: 29 set. 2016.

⁸⁹ Id. Superior Tribunal de Justiça. RMS nº 37.070 – SP (2012/0020565-0 de 10 mar. 2014). **Pesquisa de**

que entendeu pelo necessário cumprimento da lei estadual de São Paulo nº 12.142/2005⁹⁰ por não haver declaração de inconstitucionalidade da mesma, sendo favorável à liberdade religiosa do estudante. Um pouco mais a frente, foi a vez do REsp nº 1560555/RS (2015/0254678-5⁹¹), autuado em 08/10/2015, e do AREsp nº 503969/SE (2014/0089703-9⁹²), autuado em 25/04/2014, não prosperando os argumentos dos opositores, nos casos concretos, ao direito de liberdade de religião, que tentaram impedir o cumprimento das decisões favoráveis do TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO e do TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO, respectivamente, tendo sido fundamentados os votos dos Ministros do STJ em questões meramente processuais, pouco se adentrando no mérito.

Em tempos de possível promulgação de lei que garanta a liberdade religiosa de estudantes que santificam o sábado como dia de descanso [vide tópico 4.1], o Supremo Tribunal Federal não se distanciou da discussão e está em andamento o processo de julgamento de casos concretos de estudantes nessa situação. A Corte Suprema foi provocada algumas vezes, sobretudo quando o Exame Nacional de Ensino Médio (ENEM) foi estabelecido como prova universal, abrangendo todos os cursos superiores, tendo sido decidido, administrativamente, os dias de sábado e domingo como dias do citado exame. Nesse contexto, milhares de jovens judeus, adventistas, batistas do sétimo dia, entrou outros, tiveram um dilema cruel para enfrentar, sendo conflitada a sua crença e o direito de acesso ao ensino superior. É importante entender que este assunto foi e continua sendo de temática geral em virtude de atingir uma parcela da sociedade que está diante de uma decisão administrativa de efeito geral, sendo necessário um juízo detalhado sobre as consequências de decisões como esta. E essa escolha do Poder Executivo quanto ao ENEM é apenas um reflexo das milhares de deliberações administrativas públicas e privadas que ocorrem em todo o país⁹³, ficando demonstrada a repercussão geral da matéria e a necessidade de análise pelo STF. Diante disso, passa-se a transcrever fragmentos de algumas decisões:

LIMINAR EM SUSPENSÃO DE IDÊNTICA MEDIDA – EXCEPCIONALIDADE NÃO VERIFICADA. 1. Observem-se os parâmetros da espécie. A medida

Jurisprudência. Acórdãos. Disponível em: <<https://goo.gl/A4aE3P>>. Acesso em: 29 set. 2016.

⁹⁰ SÃO PAULO. Lei nº 12.142, de 08 de dezembro de 2005. São Paulo, 2005. Disponível em: <<https://goo.gl/jYwTke>> e <<https://goo.gl/uVMvwL>>. Acesso em: 29 set. 2016.

⁹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1560555/RS (2015/0254678-5). Autuado em: 08 out. 2015. **Pesquisa de Jurisprudência.** Acórdãos. Disponível em: <<https://goo.gl/U8fe1h>>. Acesso em: 29 set. 2016.

⁹² Id. Superior Tribunal de Justiça. AREsp nº 503969/SE (2014/0089703-9). Autuado em: 25 abr. 2014. **Pesquisa de Jurisprudência.** Acórdãos. Disponível em: <<https://goo.gl/wL2lXX>>. Acesso em: 29 set. 2016.

⁹³ Cf. VAZ, Wagner Wille Nascimento. **A guarda do sábado e a isonomia nos vestibulares e concursos públicos: liberdade religiosa e igualdade.** 2013. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília (UnB), Distrito Federal, 2013. Disponível em: <<https://goo.gl/i8XkyT>>. Acesso em: 29 set. 2016.

*acauteladora implementada e que se pretende afastada do cenário jurídico envolve um único candidato. Soma-se a essa diminuta extensão a circunstância de haver sido formalizada presente a razoabilidade. Ante a crença religiosa do beneficiário – Adventista do Sétimo Dia –, impõe-se-lhe “guardar” o sábado. Daí o **Judiciário, de forma precária e efêmera, haver assegurado a feitura da prova em horário diverso do designado, ficando imposta a cabível incomunicabilidade**. A conclusão é única – **o risco de alguma perda é, unicamente, do candidato, caso não frutifique, alfim, a impetração**. 2. Indefero a liminar suspensiva. 3. Estabeleça-se o inafastável contraditório. Uma vez ultimado, colha-se o parecer da Procuradoria Geral da República. 4. Publique-se. (SS 2144 / DF – DISTRITO FEDERAL; SUSPENSÃO DE SEGURANÇA; Relator(a): Min. PRESIDENTE; Julgamento: 18/04/2002; Decisão Proferida pelo(a): Min. MARCO AURÉLIO; Publicação: DJ 25/04/2002)⁹⁴[grifo nosso]*

*EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N.º 11.830, DE 16 DE SETEMBRO DE 2002, DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. ADEQUAÇÃO DAS ATIVIDADES DO SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL E DOS ESTABELECIMENTOS DE ENSINO PÚBLICOS E PRIVADOS AOS DIAS DE GUARDA DAS DIFERENTES RELIGIÕES PROFESSADAS NO ESTADO. CONTRARIEDADE AOS ARTS. 22, XXIV; 61, § 1.º, II, C; 84, VI, A; E 207 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. No que toca à Administração Pública estadual, o diploma impugnado padece de **vício formal**, uma vez que proposto por membro da Assembleia Legislativa gaúcha, não observando a **iniciativa privativa do Chefe do Executivo**, corolário do princípio da separação de poderes. Já, ao estabelecer diretrizes para as entidades de ensino de primeiro e segundo graus, a lei atacada revela-se contrária ao poder de disposição do Governador do Estado, mediante decreto, sobre a organização e funcionamento de órgãos administrativos, no caso das escolas públicas; bem como, no caso das particulares, invade **competência legislativa privativa da União**. Por fim, em relação às universidades, a Lei estadual n.º 11.830/2002 **viola a autonomia constitucionalmente garantida a tais organismos educacionais**. Ação julgada procedente. (ADI 2806-5, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 23/04/2003, DJ 27-06-2003 PP-00029 EMENT VOL-02116-02 PP-00359 RTJ VOL-00191-02 PP-00479)⁹⁵[grifo nosso]*

*EMENTA: Agravo Regimental em Suspensão de Tutela Antecipada. 2. Pedido de restabelecimento dos efeitos da decisão do Tribunal a quo que possibilitaria a participação de estudantes judeus no Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) em data alternativa ao Shabat 3. Alegação de inobservância ao direito fundamental de liberdade religiosa e ao direito à educação. 4. Medida acautelatória que configura grave lesão à ordem jurídico-administrativa. 5. **Em mero juízo de deliberação**, pode-se afirmar que **a designação de data alternativa para a realização dos exames não se revela em sintonia com o princípio da isonomia, convolvando-se em privilégio para um determinado grupo religioso** 6. Decisão da Presidência, proferida em sede de contracautela, sob a ótica dos riscos que a tutela antecipada é capaz de acarretar à ordem pública 7. Pendência de julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.º 391 e n.º 3.714, nas quais este Corte poderá analisar o tema com **maior profundidade**. 8. Agravo Regimental conhecido e não provido. (STA 389 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2009, DJe-086 DIVULG 13-05-2010 PUBLIC 14-05-2010 EMENT VOL-02401-01 PP-00001 RTJ VOL-00215-01 PP-00165 RT v. 99, n. 900, 2010, p. 125-135)⁹⁶[grifo nosso]*

⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SS 2144/DF. Julgamento em: 18 abr. 2002. *Pesquisa de Jurisprudência*. Decisão. Disponível em: <<http://goo.gl/4pgO7h>>. Acesso em: 8 set. 2016.

⁹⁵ Id. Supremo Tribunal Federal. ADI 2806/RS. Julgamento em: 23 abr. 2003. *Pesquisa de Jurisprudência*. Acórdão. Disponível em: <<http://goo.gl/AkB3uu>>. Acesso em: 8 set. 2016..

⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 389 AgR/MG.. Julgamento em: 3 dez. 2009. *Pesquisa de Jurisprudência*. Acórdão. Disponível em: <http://goo.gl/OC2iak> Acesso em 8 set. 2016 21h47.

Na primeira decisão citada, à época, foi entendido que a deliberação da segurança em favor do candidato adventista ainda era efêmera e precária e que, diante da diminuta extensão do caso e da presença da razoabilidade na formalização, o Ministro Marcos Aurélio decidiu que o risco de alguma perda era do candidato, indeferindo a liminar suspensiva da liminar em Mandado de Segurança. Nessa decisão a preocupação do julgador era com a extensão e importância do feito e com a presença da razoabilidade no caso concreto.

A segunda decisão da Corte Suprema, na presidência do Ministro Marcos Aurélio, sem grandes discussões ou aprofundamento, se valeu do entendimento de que leis estaduais, em matéria de ensino público, são de iniciativa privativa do Chefe do Executivo estadual, sendo o ensino das escolas privadas matéria privativa da União. Ademais, acenou seu entendimento de que essa disposição infraconstitucional estadual quanto às universidades violaria a garantia constitucional de autonomia destas. Frise-se o juízo do Ministro Sepúlveda Pertence de que tais leis teriam conteúdo inconstitucional, concluindo que normas como tais seriam desarrazoáveis e que feririam o bom andamento da Administração Pública.

No terceiro julgamento, por outro lado, vê-se uma Corte mais disposta a discorrer, com profundidade, sobre o tema. Entendeu o STF, nessa ocasião, que o direito de horário alternativo, no ENEM, estaria em consonância com os princípios constitucionais, mas que a mudança para um dia diferente, por hora, soara desproporcional e não isonômico. Destaque-se o voto do Ministro Gilmar Mendes – que esteve presente também na segunda decisão mencionada –, trazendo à tona a importância e complexidade do tema, que deverão ser estudados com mais acuidade nos processos em andamento, quais sejam, a ADI 3714/SP⁹⁷ de atual Relatoria do Ministro Teori Zavascki e a ADI 3901/PA de atual Relatoria do Ministro Edson Fachin⁹⁸. Frise-se, ainda, o emblemático voto do Ministro Marcos Aurélio que resume, com grande maestria, o que se entende por liberdade religiosa e quais os reclames da Constituição para a sua proteção. Senão, vejamos um fragmento:

*[...] Atuou no campo da razoabilidade, da proporcionalidade? A meu ver, não. Não atuou. Manteve o ato e o exame poderia ocorrer em qualquer dia da semana: segunda, terça, quarta, quinta – excluída a sexta –, tendo em conta o islamismo. [...] Presidente, estamos diante de **situação concreta** em que a obrigação não decorreu de lei, mas sim de **ato administrativo**. Situação em que possível seria encontrar um denominador comum, para não se ter possível arranjo à Carta da República, quanto à liberdade religiosa e à preservação de direitos, tudo isso a partir de óptica distorcida referente a essa mesma liberdade. Creio que as peculiaridades do caso precisam, na conciliação de valores, e devem ser consideradas. Tanto quanto*

⁹⁷ Id. Supremo Tribunal Federal. ADI 3714/SP. **Pesquisa de Jurisprudência**. Processo em andamento. Disponível em: <<https://goo.gl/yQOXdd>>. Acesso em: 08 set. 2016.

⁹⁸ Id. Supremo Tribunal Federal. ADI 3901/PA. **Pesquisa de Jurisprudência**. Processo em andamento. Disponível em: <<https://goo.gl/aAqhr6>>. Acesso em: 08 set. 2016.

possível, há de partir-se para o empréstimo de concretude maior às garantias constitucionais. E seria possível ter-se a assunção de postura compatível com a Carta da República, com a preservação da liturgia própria deste ou daquele segmento religioso. [...] No tocante ao tema de fundo do agravo, provejo-o para restabelecer a decisão do Regional Federal, no que determinou que se observasse a cláusula final do inciso VIII do artigo 5º, a revelar que se deve, sempre, prever prestação alternativa. A prestação alternativa, mais do que viável, seria a designação do exame para dia útil, dia de atuação normal, tendo em conta os diversos segmentos da sociedade. É como voto. [grifo nosso]

Não é certa a promulgação da lei que garante ao estudante e candidato a cargo público o respeito à garantia constitucional de objeção de consciência e prestação alternativa, tampouco o entendimento por sua constitucionalidade, mas o STF se prepara para discutir tais temas e tomar decisões mais firmes e influenciadoras sobre o assunto. Há, ainda, muita discussão sobre a relação do direito de liberdade religiosa e o direito ao acesso à educação, bem como a garantia constitucional de autonomia das instituições de ensino superior. O fato é que a Suprema Corte reconheceu a repercussão geral da matéria, no RE 611874⁹⁹, com a Relatoria atual do Ministro Dias Toffoli, e discutirá, em breve, com minuciosidade, os direitos envolvidos e as consequências possíveis. Eis a ementa do recurso:

EMENTA DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PRETENDIDA AUTORIZAÇÃO PARA REALIZAÇÃO DE ETAPA DE CONCURSO PÚBLICO EM HORÁRIO DIVERSO DAQUELE DETERMINADO PELA COMISSÃO ORGANIZADORA DO CERTAME POR FORÇA DE CRENÇA RELIGIOSA. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS EM CONFLITO. MATÉRIA PASSÍVEL DE REPETIÇÃO EM INÚMEROS PROCESSOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. (RE 611874 RG, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 14/04/2011, DJe-108 DIVULG 06-06-2011 PUBLIC 07-06-2011 EMENT VOL-02538-02 PP-00275)

É perceptível que se está em um cenário de transformação e de discussão mais profunda e esclarecida, de modo que as tomadas de decisões estejam firmemente respaldadas no ordenamento pátrio. O Brasil, avançando em seus debates, tem acompanhado as discussões internacionais e tem lutado por ser um Estado mais protetor.

5. CONCLUSÃO

No debate abordado, vê-se que a Religião é uma marca da sociedade, a qual influenciou em suas diferentes concepções, o que inclui a formação do Estado e a estruturação

⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 611874 RG/DF. Julgamento em: 14 abr. 2011. *Pesquisa de Jurisprudência*. Acórdão. Disponível em: <<http://goo.gl/YybDXI>> Acesso em: 09 set. 2016.

do Direito. A relação do Estado e da Religião, como estudado por *Winfried Brugger*¹⁰⁰, ao longo do tempo e nas variadas regiões no mundo, apresenta diferentes proximidades, sendo possível concluir que, no Brasil atual, há verdadeira relação de cooperação e destacada influência mútua. O Dia Sagrado, por sua vez, como característica marcante das manifestações religiosas, sendo exemplo disso as sextas-feiras para os hinduístas e mulçumanos, o *dies Dominicus* da maior fatia dos cristãos no mundo e o *Shabbat* de judeus e de outra parcela de cristãos, está presente também como fundamento para possíveis decisões do Estado, sobretudo na seara administrativa. É o caso, por exemplo, do repouso semanal do trabalhador ser, prioritariamente, aos domingos, como rege a legislação trabalhista nacional. Essa lei só é justificável, tendo em vista a concepção geral da sacralidade dos domingos por parcela importante da sociedade brasileira, servindo como ingerência direta para o legislador.

Não desviando dessa compreensão, é possível também verificar essa influência cultural nas decisões administrativas para instituições de ensino, sejam públicas ou privadas. Dessa maneira, em situações corriqueiras ou excepcionais a salvaguarda do dia sagrado dos religiosos da maioria da população é de suprema importância para quem detém o poder decisório. Contudo, esse discurso protecionista é abandonado quando se busca defender o direito de minorias, partindo do mesmo pressuposto ora destacado, com a justificativa de lesão ou ameaça ao direito fundamental de todos à igualdade. A isonomia, nesse discurso, atenta contra a liberdade de crença e a liberdade de profissão, limitando, particularmente, o estudante a, apenas, seguir carreira em instituições ou permanecer em escolas ou universidades que queiram o aceitar e que permitam a qualificação de forma plena e eficaz.

Toda essa problemática inicia com os órgãos responsáveis pela regulação do ensino nacional, que indicam que apenas em casos de enfermidade ou gravidez um estudante estaria liberado de aulas presenciais e afirmando que não se deve aplicar qualquer tipo de alternativa para o aluno – conforme a própria Constituição explicita –, por entenderem que, assim, se feriria a isonomia, já que o estudante não é obrigado a exercer uma específica profissão ou estudar em uma instituição determinada. Entretanto, parece que a lógica inversa também é verdadeira, nenhuma instituição de qualificação e de educação é obrigada a receber membros de etnias e culturas diferentes, nem contribuir para um ensino integrativo.

Longe de ser um debate meramente interno, é possível perceber a agitação internacional e em outros países que a discussão do direito à liberdade religiosa na vida

¹⁰⁰ *BRUGGER, Winfried. op. cit. Disponível em: <http://www.dfi.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/10_Dout_Estrangeira_1.pdf> Acesso em: 06 mai. 2016.*

cotidiana, inclusive nas suas relações com o Estado, como o é o direito à educação, pode gerar. De toda sorte, os órgãos internacionais se alinham no entendimento de que deve ser respeitada a igualdade das pessoas, na medida de sua igualdade, e as suas diferenças, na medida das diferenças, o que oportuniza às minorias religiosas a buscarem resposta e proteção de seus direitos básicos. A Constituição Brasileira, por seu turno, entendeu ser tão importante o tema que elevou o direito à liberdade religiosa, à escusa de consciência e de prestação alternativa na categoria de cláusula pétrea, adquirindo proteção máxima do Estado. Contudo, quando se parte para a aplicabilidade da norma constitucional, o discurso se torna pesado e inflexível.

Nessa discussão, o que é surpreendente é o entendimento de que alternativa significa privilégio e não uma opção de igual relevância e grau, como sugere a própria palavra. Quando a Constituição da República trata de alternativas, é presumível que esteja falando de outra forma de igual medida e de mesma intensidade, não de benefícios e privilégios. A capacidade argumentativa queda prejudicada com o discurso de que a igualdade material é privilégio para os oprimidos e prejuízo para os “normais”. A igualdade que se busca vai muito além de mesmas condições, está resguardada na aceitação do diferente e na escolha de normas que façam do sistema educacional mais plural e integrativo. A religião é marca da sociedade e deve ser levada em conta quando se toma medidas de ordem geral e pública, para que todos tenham os mesmos direitos e oportunidades.

REFERÊNCIAS

ALCORÃO. Português. **Alcorão**. 62ª SURATA, AL JÚMU'A. Disponível em: <<http://goo.gl/nkIKXm>>. Acesso em: 18 mai. 2016.

BARRETTO, Stênio de Freitas. **Direito e Liberdade Religiosa à Luz da Constituição Brasileira: uma interpretação crítica**. Site Direito e Religião, Publicado em: 03 jul. 2014. Disponível em: <<https://goo.gl/dTK1eY>>. Acesso em: 29 set. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Novos Paradigmas e Categorias da Interpretação Constitucional: a Colisão de Normas Constitucionais. In: _____. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 356.

_____. Novos Paradigmas e Categorias da Interpretação Constitucional: a Argumentação Jurídica: alguns aspectos práticos. In: _____. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 365.

BAUMAN, Zygmunt; MAY, Tim. Ação, identidade e entendimento na vida cotidiana. In: _____. **Aprendendo a pensar com a Sociologia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p. 38-40. Tradução de Alexandre Werneck.

BENEDETTI, Andréa Regina de Moraes; TRINDADE, Fernanda. Liberdade de culto: aspectos gerais e evolução histórica. In: ENCONTRO PARANAENSE DE PESQUISA E EXTENSÃO EM CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS, 5., e SEMINÁRIO DO CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS DE CASCAVEL, 8., 22-24 jun. 2009, Cascavel/PR. **Anais do VIII SEMINÁRIO DO CCSA**. Cascavel. PR: Universidade Estadual do Oeste do Paraná, 2009. Disponível em: <<https://goo.gl/m5HO0H>>. Acesso em: 12 ago. 2016.

BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada: Gênesis 1**. Tradução João Ferreira Almeida Atualizada. Disponível em: <<http://biblia.com.br/joao-ferreira-almeida-atualizada/genesis/gn-capitulo-1/>>, Acesso em: 11 mar. 2016.

_____. Português. **Bíblia Sagrada: Mateus 28**. Tradução João Ferreira Almeida Atualizada. Disponível em: <<http://biblia.com.br/joao-ferreira-almeida-atualizada/mateus/mt-capitulo-28/>>. Acesso em: 11 mar. 2016.

_____. Português. **Bíblia Sagrada: Isaías 58:13**. Tradução João Ferreira Almeida Atualizada. Disponível em: <<http://biblia.com.br/joao-ferreira-almeida-atualizada/isaias/is-capitulo-58/>>. Acesso em: 11 mar. 2016.

_____. Português. **Bíblia Sagrada: Levítico 23:32**. Tradução João Ferreira Almeida Atualizada. Disponível em: <<http://biblia.com.br/novaversaointernacional/levitico/lv-capitulo-23/>>. Acesso em: 28 set. 2016.

BRASIL. **Decreto nº 41.721, de 25 de junho de 1957**. Brasília, 1957. Disponível em: <<https://goo.gl/5rbLGX>>. Acesso em: 11 mar. 2016.

_____. **Decreto nº 58.823, de 14 de julho de 1966.** Brasília, 1966. Disponível em: <<https://goo.gl/j7iovx>>. Acesso em: 11 mar. 2016.

_____. **Decreto nº 58.826, de 14 de julho de 1966.** Brasília, 1966. Disponível em:<<https://goo.gl/Xvnjei>>. Acesso em: 11 mar. 2016.

_____. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992.** Decreto que promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos/MRE. Disponível em: <<https://goo.gl/YNbVEs>>. Acesso em: 23 set. 2016.

_____. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.** Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <<https://goo.gl/2gMi9>>. Acesso em: 23 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5240/SP – São Paulo. Relator: Ministro Luiz Fux. Tribunal Pleno. Julgamento: 20 ago. 2015. DJe: 1 fev. 2016. **Pesquisa de Jurisprudência.** Acórdãos. Disponível em: <<https://goo.gl/HRmvDE>>. Acesso em: 23 set. 2016.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 02 set. 2016.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:** Art. 5º, inciso VI. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 26 ago. 2016.

_____. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996.** Brasília, 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm>. Acesso em: 29 set. 2016.

_____. **Decreto-Lei nº 1.044, de 21 de outubro de 1969.** Brasília, 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1044.htm>. Acesso em 05 set. 2016.

_____. **Lei nº 6.202, de 17 de abril de 1975.** Brasília, 1975. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6202.htm>. Acesso em: 05 set. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Medida Liminar em Pedido de Providências nº 0003657-86.2014.2.00.0000. Rel. Guilherme Calmon Nogueira da Gama. 195ª Sessão. Julgamento em: 16 set. 2014. **Pesquisa de Jurisprudência.** Acórdãos. Disponível em: <<http://goo.gl/mJlkv1>>. Acesso em: 08 set. 2016.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Procedimento de Controle Administrativo nº 0005544-13.2011.2.00.0000. Rel. Neves Amorim. 144ª Sessão. Julgamento em: 26 mar. 2012. **Pesquisa de Jurisprudência**. Acórdãos. Disponível em: <<http://goo.gl/jzrgRp>>. Acesso em: 08 set. 2016.

_____. Superior Tribuna de Justiça. RMS nº 16.107 – PA (2003/0045071-3 de 01 ago. 2005). **Pesquisa de Jurisprudência**. Acórdãos. Disponível em: <<https://goo.gl/jzn9nh>>. Acesso em: 29 set. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RMS nº 37.070 – SP (2012/0020565-0 de 10 mar. 2014). **Pesquisa de Jurisprudência**. Acórdãos. Disponível em: <<https://goo.gl/A4aE3P>>. Acesso em: 29 set. 2016.
74 Vide Nota 57.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1560555/RS (2015/0254678-5). Autuado em: 08 out. 2015. **Pesquisa de Jurisprudência**. Acórdãos. Disponível em: <<https://goo.gl/U8fe1h>>. Acesso em: 29 set. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AREsp nº 503969/SE (2014/0089703-9). Autuado em: 25 abr. 2014. **Pesquisa de Jurisprudência**. Acórdãos. Disponível em: <<https://goo.gl/wL2lXX>>. Acesso em: 29 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. SS 2144/DF. Julgamento em: 18 abr. 2002. **Pesquisa de Jurisprudência**. Decisão. Disponível em: <<http://goo.gl/4pgO7h>>. Acesso em: 8 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 2806/RS. Julgamento em: 23 abr. 2003. **Pesquisa de Jurisprudência**. Acórdão. Disponível em: <<http://goo.gl/AkB3uu>>. Acesso em: 8 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. STA 389 AgR/MG.. Julgamento em: 3 dez. 2009. **Pesquisa de Jurisprudência**. Acórdão. Disponível em: <http://goo.gl/OC2iak> Acesso em 8 set. 2016 21h47.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 3714/SP. **Pesquisa de Jurisprudência**. Processo em andamento. Disponível em: <<https://goo.gl/yQOXdD>>. Acesso em: 08 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 3901/PA. **Pesquisa de Jurisprudência**. Processo em andamento. Disponível em: <<https://goo.gl/aAQhr6>>. Acesso em: 08 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 611874 RG/DF. Julgamento em: 14 abr. 2011. **Pesquisa de Jurisprudência**. Acórdão. Disponível em: <<http://goo.gl/YybDXI>> Acesso em: 09 set. 2016.

BRUGGER, Winfried. **Da Hostilidade passando pelo Reconhecimento até a Identificação: modelos de Estado e Igreja e sua relação com a liberdade religiosa**. Disponível em: <http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/10_Dout_Estrangeira_1.pdf> Acesso em: 06 mai. 2016.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 4831/2009**: Frequência mínima presencial no ensino superior. Brasília, 2009. Disponível em: <<http://goo.gl/grY1Q6>>. Acesso em: 5 set. 2016.

_____. **Projeto de Lei nº 2171/2003**: Dispõe sobre a aplicação de provas e a atribuição de frequência a alunos impossibilitados de comparecer à escola, por motivos de liberdade de consciência e de crença religiosa. Disponível em: <<http://goo.gl/j7ljcn>>. Acesso em: 5 set. 2016.

CAMPOS, Wilson Knoner. **Decisão do CNJ viola à liberdade religiosa e o livre acesso aos cargos públicos**. Santa Catarina, OAB/SC, Publicado em: 30 set. 2014. Disponível em: <<http://goo.gl/1LDXoz>> Acesso em: 08 set. 2016.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <<https://goo.gl/qzHske>>. Acesso em: 20 mai. 2016.

COMISSÃO DE DIREITO E LIBERDADE RELIGIOSA DA OAB-SP. **Liberdade Religiosa: Conceitos**. São Paulo: Luz Editora, 2010-2011. Disponível em: <<https://goo.gl/Wpj2Dc>>. Acesso em: 12 ago. 2016.

CONSELHO FEDERAL DE EDUCAÇÃO. **Resolução nº 4, de 16 de setembro de 1986**. Brasília, 1986. Disponível em: <<https://goo.gl/BPiksf>> Acesso em: 5 set. 2016.

_____. **Parecer CFE/CLN nº 430, de 08 de junho de 1984**. Brasília, 1984. Disponível em: <<http://goo.gl/2w4qNI>>. Acesso em: 09 set. 2016.

CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO. **Parecer CNE/CEB nº 15, de 04 de outubro de 1999**. Brasília, 1999. Disponível em: <<http://goo.gl/mtVPBo>>. Acesso em: 09 set. 2016.

CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO. **Parecer CNE/CES nº 336, de 05 de abril de 2000**. Brasília, 2000. Disponível em: <<http://goo.gl/mtVPBo>>. Acesso em: 09 set. 2016.

_____. **Parecer CNE/CES nº 224, de 20 de setembro de 2006**. Brasília, 2006. Disponível em: <<http://goo.gl/mtVPBo>>. Acesso em: 09 set. 2016.

_____. **Parecer CNE/CEB nº 19, de 02 de setembro de 2009**. Brasília, 2009. Disponível em: <<http://goo.gl/3LHUzk>>. Acesso em: 09 set. 2016.

_____. **Parecer CNE/CES nº 282, de 04 de setembro de 2002**. Brasília, 2006. Disponível em: <<http://goo.gl/mtVPBo>>. Acesso em: 03 out. 2016.

D'OLIVEIRA, Maria Christina Barreiros. **Breve Análise do Princípio da Isonomia**. Revista Processus, Brasília, Ano 1, Ed. 1, p. 22-31., jan./mar. 2010. Disponível em: <<https://goo.gl/qvpyyS>>. Acesso em: 20 mai. 2016.

EDUCAÇÃO ADVENTISTA. **Como era o calendário criado pela Revolução Francesa?** Blog Tuuudo é História. Publicado em: 17 jun. 2012. Disponível em: <<https://goo.gl/DsKt4H>>. Acesso em: 28 set. 2016.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. SHERBERT v. VERNER, (1963). n. 526. Argumento: 24 abr. 1963. Decisão: 17 de jun. 1963. **FindLaw**: for legal professional. Disponível em: <<https://goo.gl/1NbHDL>>. Acesso em: 19 ago. 2016.

EUROPA. European Court of Human Rights. Tsirlis and Kouloumpas v. Greece. Estrasburgo, França, 29 mai. 1997. Aplicação: 19233/91 e 19234/91. **HUDOC**: European Court of Human Rights. Disponível em: <<https://goo.gl/3A9bqS>>. Acesso em: 19 ago. 2016.

_____. European Court of Human Rights. Thlimmenos v. Greece. Estrasburgo, França, 6 abr. 2000. Aplicação: 34369/97. **HUDOC**: European Court of Human Rights. Disponível em: <<https://goo.gl/x56XKD>>. Acesso em: 19 ago. 2016.

_____. European Court of Human Rights. Eweida and Others v. The United Kingdom. Estrasburgo, França, 15 jan. 2013. Aplicação: 48420/10, 59842/10, 51671/10 e 36516/10. **HUDOC**: European Court of Human Rights. Disponível em: <<https://goo.gl/o3v1Xp>>. Acesso em: 19 ago. 2016.

FERREIRA, Natanael Alves. **Liberdade religiosa e o exercício do direito à educação: a controvérsia acerca do respeito ao dia de descanso**. 2010. Monografia (Bacharelado em Direito) – Instituto de Ensino Superior de Goiás, Formosa/GO, 2010. Disponível em: <<https://goo.gl/CpVRqD>>. Acesso em: 29 set. 2016.

SOUZA, Flavio da Silva de. **A laicidade brasileira e a guarda do sábado pelos Adventistas do Sétimo Dia**. 2013. Dissertação (Mestrado em Ciência da Religião) – Programa de Pós-

Graduação em Ciência da Religião, Universidade Federal de Juiz de Fora, Minas Gerais, 2013. Disponível em: <<https://goo.gl/vqGp73>>. Acesso em: 29 set. 2016.

GAARDER, Jostein; HELLERN, Victor; NOTAKER, Henry. **O livro das religiões**. Trad. Isa Mara Lando. Rev. Téc. e Apên. Antônio Flávio Pierucci. 7ª reimp. São Paulo, Companhia das Letras, 2000. Disponível em: <<http://goo.gl/3dEjFX>>. Acesso em: 02 set. 2016.

GONZÁLEZ, José Antonio Casares. **El calendario revolucionario soviético**. Site ATRIL, Calendario, Publicado em: 07 out. 2010. Disponível em: <<https://goo.gl/V5YYf9>>. Acesso em: 28 set. 2016.

GORCZEWSKI, Clóvis; DIAS, Felipe da Veiga. **A imprescindível contribuição dos tratados e cortes internacionais para os direitos humanos e fundamentais**. Florianópolis/SC: Sequência. UFSC. 2012, n.65, p. 241-272. Disponível em: <<https://goo.gl/CaVjHk>>. Acesso em 19 ago. 2016.

IGREJA ADVENTISTA. **Crenças Fundamentais da Igreja Adventista do Sétimo Dia**. Disponível em: <<http://www.adventistas.org/pt/institucional/crencas/>>, Acesso em: 11 mar. 2016.

IGREJA CATÓLICA. **Catecismo da Igreja Católica (Comp.)**. Cidade do Vaticano, Vaticano: Libreria Editrice Vaticana, 2005. Disponível em: <<http://goo.gl/98pjO>>. Acesso em: 19 mai. 2016.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Censo Demográfico 2010: Características gerais da população, religião e pessoas com deficiência**. Rio de Janeiro, 2010. Elaborado por: Roberto Cavararo. Disponível em: <<http://goo.gl/P5Xp8F>>. Acesso em: 9 mar. 2016.

LEE, Sangheon; MCCANN, Deirdre; e MESSENGER, Jon C. Flexibilidade da duração do trabalho: Flexibilidade e períodos de descanso semanal. In: _____ . **Duração do Trabalho em Todo o Mundo: tendências de jornadas de trabalho, legislação e políticas numa perspectiva global comparada**. Brasília: Secretaria Internacional de Trabalho, OIT, 2009. p. 131. Disponível em: <<https://goo.gl/6VC9Ez>>. Acesso em: 11/03/2016.

LELLIS, Lélío Maximino; HEES, Carlos Alexandre. (Orgs.). A liberdade religiosa na Constituição Federal de 1988: Natureza jurídica e eficácia da liberdade religiosa. In: _____ . (Orgs.). **Manual de Liberdade Religiosa**. 1. Ed. Engenheiro Coelho, SP: UNASPRESS – Imprensa Universitária Adventista; Ideal Editora, 2013. p. 73/74. Disponível em: <<http://goo.gl/IX5Zlh>> Acesso em: 26 ago. 2016.

_____. (Orgs.). A liberdade religiosa na Constituição Federal de 1988: Liberdades conexas à liberdade religiosa ou dela integrantes. In:

_____. (Orgs.). **Manual de Liberdade Religiosa**. 1. Ed. Engenheiro Coelho, SP: UNASPRESS – Imprensa Universitária Adventista; Ideal Editora, 2013. p. 74-80. Disponível em: <<http://goo.gl/IX5Zlh>> Acesso em: 26 ago. 2016.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Proteção constitucional dos direitos fundamentais culturais das minorias sob a perspectiva do multiculturalismo**. Revista de informação legislativa, v. 45, n. 177, p. 19-29, jan./mar. 2008. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/160330>>. Acesso em: 03 out. 2016.

MAIA, Luciano Mariz; ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. A proteção das Minorias no Direito Brasileiro. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL: AS MINORIAS E O DIREITO, 2001, Brasília. **Série Cadernos do Centro de Estudos Judiciários (CEJ)**, v. 24. Brasília/DF: Conselho Federal de Justiça (CJF); Centro de Estudos Judiciários (CEJ); AJUFE; Fundação Pedro Jorge de Mello e Silva; The British Council; 2003. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol24/artigo03.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2016. p. 60-84.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. Brasil-Colônia. In: _____. **Lições de História do Direito**. 8ª ed., rev. e aum. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1995. p. 219-221.

ORIGEM DA PALAVRA: Site de Etimologia. **Origem da Palavra Religião**. Publicado em: 9 mar. 2011. Disponível em: <<http://goo.gl/He5n21>>. Acesso em: 4 mar. 2016.

_____. **Origem da Palavra Laico**. Publicado em: 27 nov. 2011. Disponível em: <<https://goo.gl/uwX29K>>. Acesso em: 25 ago. 2016.

PARÁ. **Lei nº 6.140, de 24 de junho de 1998**. Pará, 1998. Disponível em: <<http://www.pge.pa.gov.br/files/LO6140.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2016.

PARANÁ. **Lei nº 11.662, 10 de janeiro de 1997**. Paraná, 1997. Disponível em: <<http://goo.gl/N8xAkk>>. Acesso em: 5 set. 2016.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Lisboa, 1974. Disponível em: <<https://goo.gl/3YEW>>. Acesso em: 11/03/2016.

_____. **Lei nº 16, de 22 de junho de 2001**. Lei da Liberdade Religiosa. Lisboa, 2001. Disponível em: <<https://goo.gl/OPNgBb>>. Acesso em: 19 ago. 2016.

REINO UNIDO. Court of Appeal (Civil Division). Mba v. Mayor and Burgesses of the London Borough of Merton. Caso n.: A2/2013/0201. Data da Audiência: 23 out. 2013. Publicação: 5 dez. 2013. **Courts and Tribunals Judiciary: Judgments**. Disponível em: <<https://goo.gl/WR3vNA>>. Acesso em: 19 ago. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. **Lei nº 11.830, de 16 de setembro de 2002**. Rio Grande do Sul, 2002. Disponível em: <<https://goo.gl/ruaKqc>>. Acesso em: 29 set. 2016.

RONDÔNIA. **Lei nº 1631, 18 de maio de 2006**. Rondônia, 2006. Disponível em: <<http://goo.gl/hCVRtA>>. Acesso em: 9 set. 2016.

SANTA CATARINA. **Lei nº 11.225, 20 de novembro de 1999**. Santa Catarina, 1999. Disponível em: <<http://goo.gl/qaQx0E>>. Acesso em: 5 set. 2016.

SANTOS, Moisés da Silva. **A liberdade de crença religiosa do adventista do sétimo dia em conflito com algumas atividades acadêmicas do ensino superior**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3870, 4 fev. 2014. Disponível em: <<https://goo.gl/WKldKu>>. Acesso em: 29 set. 2016.

SÃO PAULO. **Lei nº 12.142, de 08 de dezembro de 2005**. São Paulo, 2005. Disponível em: <<https://goo.gl/jYwTke>> e <<https://goo.gl/uVMvwL>>. Acesso em: 29 set. 2016.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei da Câmara nº 130, 25 de junho de 2009**: Dispõe sobre a aplicação de provas e a atribuição de frequência a alunos impossibilitados de comparecer à escola, por motivos de liberdade de consciência e de crença religiosa. Disponível em: <<http://goo.gl/tTJjbu>>. Acesso em: 5 set. 2016

SOUZA, Mércia Cardoso De; SANTANA, Jacira Maria Augusto Moreira Pavão. **O direito à educação no ordenamento constitucional brasileiro**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 74, mar. 2010. Disponível em: <<https://goo.gl/Q2gd6O>>. Acesso em: 13 mai. 2016.

THE Global Religious Landscape. Elaborada por: Pew Research Center's Forum on Religion & Public Life. Publicado em: 18 dez. 2012. Disponível em: <<http://goo.gl/yqiMKD>>. Acesso em: 9 mar. 2016.

TOSTES, Melina Alves. **Liberdade Religiosa: Um Estudo Comparativo da Jurisprudência Interna e dos Sistemas Regionais Europeu e Americano de Proteção dos Direitos Humanos**. Revista de Direito Brasileira, [S.l.], v. 3, n. 2, p. 77-94, set. 2013. Disponível em: <<https://goo.gl/j8ZIIa>>. Acesso em: 11 ago. 2016.

VAZ, Wagner Wille Nascimento. **A guarda do sábado e a isonomia nos vestibulares e concursos públicos: liberdade religiosa e igualdade**. 2013. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília (UnB), Distrito Federal, 2013. Disponível em: <<https://goo.gl/i8XkyT>>. Acesso em: 29 set. 2016.

WALTRICK, Fernanda Ávila. **Liberdade religiosa e Direito à Educação**: uma defesa da adoção de prestação alternativa para estudantes sabbatistas. 2010. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), São José/SC, 2010. Disponível em: <<https://goo.gl/0oMNni>>. Acesso em: 29 set. 2016.