

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1102

(Ano XIV)

(09/07/2022)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF): Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário. Advogado. Delegado de Polícia PCDF/Ap.

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.

CAMILA ALENCAR COIMBRA: Bacharelanda em Jornalismo. Colaboradora em editoração.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

QR code do Volume 1102



Boletim Conteúdo Jurídico.

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1102, (ano XIV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2022. 715 f.

Revista eletrônica Interdisciplinar com predominância na área do Direito. Obra coletiva.

Recurso online. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

1. Portal de conteúdo Jurídico. 2. Interdisciplinar. Direito. 3. Filosofia. Educação. 4. Outros.

CDD – 020.5

SUMÁRIO

COLUNA



Contratação de servidor público temporário

Categoria: Administrativo

Benigno Núñez Novo, 09.

ARTIGOS

Colisão e Complementaridade dos Direitos Fundamentais Baseadas na Teoria de Robert Alexy

Matheus de Oliveira Santana, 19.

A coisa julgada no processo coletivo

Gabriel Paraizo Dantas Braz, 36.

O Amicus Curiae no novo Código de Processo Civil

Marta Schwanck Fernandes, 60.

A recuperação judicial de startups: uma breve análise do pleito recuperacional do Grupo Grow

Felipe Benfato Pereira, 98.

Relação Estado-Igreja, laicidade e liberdade religiosa: análise crítica da ADI nº 4439 do Supremo Tribunal Federal sobre o ensino confessional em escolas públicas

Ari Timóteo dos Reis Júnior, 121.

A função social dos direitos autorais no Superior Tribunal de Justiça

Luisa Lemos Ferreira, 166.

Benefício de prestação continuada ao deficiente e a possibilidade de conversão em benefício previdenciário por incapacidade

Nycolly Mendes Ribeiro e Janay Garcia, 211.

Bioética, biodireito e covid-19 no contexto jurídico brasileiro

Vanessa de Sousa Benchimol Mereles e Susan Fróes de Assunção, 231.

Poder de requisição da Defensoria Pública: uma análise da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 6852

Haeckel Rodrigo Bulcão da Silva, 244.

Da crítica à culpabilidade como censura a partir da criminologia da reação social

Gabriel Paraizo Dantas Braz, 258.

Aspectos dos Direitos Fundamentais: uma visão integralizada da importância e funcionalidade

Matheus de Oliveira Santana, 281.

A regulamentação da insolvência transnacional no Brasil

Felipe Benfato Pereira, 308.

Liberdade de expressão e ruptura democrática. Limites a uma liberdade fundamental

Fabiano Sanches Bigelli, 326.

A função social da terra e a desapropriação para fins de reforma agrária

Lorena Guimarães Leite, 336.

A liberdade de expressão e o direito a honra: quando é ofensa e quando é opinião?

José Victor de Luna Silva, 353.

Um ensaio sobre a relação do princípio da subsidiariedade do direito penal e os institutos despenalizadores

Maria Letícia de Brito Fontenele, 369.

Abandono de incapaz: a proteção do incapaz no sistema penal brasileiro

Felipe Martins Teixeira, 375.

Feminicídio e a violência doméstica: aumento nos casos durante a pandemia covid-19

Isamara Nascimento Duarte, 388.

Estacionamento. Vaga reservada à pessoa com deficiência. Violação à lei de trânsito. Dano moral coletivo. Não configuração. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça-STJ

Lívio Araujo Brito, 396.

TESE DE DOUTORADO

Responsabilidade civil por dano causado al ambiente ante la contaminación de los residuos sólidos domésticos en Brasil y Argentina

07/07/2022 04:12 | Rogeria Maria Almeida Freitas Nogueira, 399

CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO TEMPORÁRIO

BENIGNO NÚÑEZ NOVO: Pós-doutorando em direitos humanos, sociais e difusos pela Universidad de Salamanca, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción, mestre em ciências da educação pela Universidad Autónoma de Asunción, especialista em educação: área de concentração: ensino pela Faculdade Piauiense e bacharel em direito pela Universidade Estadual da Paraíba.

RESUMO: Este artigo tem por objetivo de forma sucinta fazer um estudo sobre a contratação de servidor público temporário. As contratações temporárias na administração pública somente podem ocorrer nas expressas hipóteses previstas na lei inerente ao respectivo ente da federação, desde que realmente seja temporária a contratação, esteja presente o interesse público, e que a medida seja em caráter excepcional.

PALAVRAS-CHAVE: Contratação; Servidor; Público; Temporário.

RESUMEN: El presente artículo tiene como objetivo realizar de forma sucinta un estudio sobre la contratación de servidor público temporal. La contratación temporal en la administración pública sólo puede ocurrir en los casos expresos previstos en la ley inherente a la respectiva entidad de la federación, siempre que la contratación sea realmente temporal, concurra el interés público y la medida sea excepcional.

PALABRAS CLAVE: Contratación; Servidor; Público; Temporario.

ABSTRACT: This article aims to succinctly make a study on the hiring of temporary public servants. Temporary hiring in the public administration can only occur in the express cases provided for in the law inherent to the respective entity of the federation, provided that the hiring is really temporary, the public interest is present, and that the measure is exceptional.

KEYWORDS: Hiring; Server; Public; Temporary.

INTRODUÇÃO

As formas de ingresso no serviço público podem variar de acordo com as classificações dos cargos públicos, já que cada um conta com uma estrutura de admissão que segue critérios específicos. As formas de ingresso no serviço público podem se dar das seguintes formas: servidor público; empregado público; comissionado; estagiário; terceirizado; temporário e agente público.

A contratação do servidor público temporário se dá mediante necessidade de atender demandas específicas de excepcional interesse público da União, Estados e Municípios.

São aqueles contratados por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, art. 37, IX, da Constituição Federal; O regime a eles imposto é o contratual, sem vínculo com cargo ou emprego público. Assim como estagiários e terceirizados, servidores temporários não têm um vínculo direto com os cargos públicos. Além disso, essa ocupação é por tempo limitado, como o próprio nome sugere. Por regra, é caracterizada pela necessidade de ocupar determinada posição de interesse público por tempo pré-determinado. Conforme determinado pelo artigo 37 da Constituição Federal, inciso IX, o servidor temporário é admitido por meio de processo seletivo simplificado, tendo em vista que não há tempo hábil para o preenchimento da vaga via concurso público, já que isso demanda um tempo maior para a realização das diferentes etapas do processo seletivo previsto pela Carta Magna.

Esta pesquisa é bibliográfica e qualitativa, justifica-se pela extrema relevância da contratação de servidor público temporário o que tem ocorrido com extrema frequência pela União, Estados e Municípios brasileiros.

DESENVOLVIMENTO

O ato administrativo que desencadear o processo de contratação temporária deve conter, além de outros elementos, a justificativa da contratação. O gestor deve demonstrar que a situação concreta justifica a contratação temporária conforme hipótese prevista na legislação do município.

A simples indicação do dispositivo legal que ensejou a contratação temporária não é suficiente para justificar a celebração de contratos, devendo o gestor complementar no ato do processo de contratação as razões que o levaram a selecionar pessoal sem concurso público.

Por exemplo, se o gestor celebra contratos temporários para **substituição de professores** da rede de ensino, ele deve indicar quais foram os professores efetivos que se afastaram do cargo, justificando, assim, a celebração dos contratos. Notem que há distinção entre justificar a contratação e indicar o dispositivo legal que a fundamentou. Enquanto a indicação do dispositivo legal evidencia que há legalidade (previsão legal) para os contratos, a justificativa (motivação) explica a situação fática que ensejou a contratação. A exposição dos motivos que enseje à contratação temporária, inclusive com fundamentação fática e jurídica comprobatória da necessidade excepcional de pessoal.

As contratações temporárias são proibidas para atividades meramente burocráticas (STF: ADI 2987 e 3430).

Não é possível contratação temporária para suprir atividades permanentes com funções de poder de polícia e fiscalizatórias, tendo em vista que desempenham funções tipicamente estatais, devendo ser realizadas por profissionais de carreira, devidamente aprovados em concurso público, nos termos da jurisprudência do TCE-PI (Vide Dec. Monocrática nº 476/2021-GWA, proferida no Processo TC/016429/2021, com publicação no DOE TCE/PI nº 201, em 25/10/2021, ratificada pela Decisão Plenária nº 1.081/2021).

Algumas atividades são inerentes ao exercício do poder de polícia do Estado e devem ser preenchidas por meio de concurso público, a exemplo das carreiras da administração tributária, fiscal de vigilância sanitária, guarda de trânsito, policial civil e militar, agentes ambientais, dentre outras. Nesses casos, a Constituição Federal não admite a contratação temporária.

Afastamentos legais de professores ou vacância desses cargos; início de mandato eletivo com insuficiência de pessoal; profissionais da saúde para atendimento a programas intensivos, endemias e epidemias; guarda-vidas temporários; frustração dos resultados de concursos públicos realizados; caso fortuito ou força maior. Calamidades públicas; servidores em afastamentos legais; vacância de cargos; crescimento inesperado dos serviços e criação de novos órgãos.

O Tribunal de Contas do Estado do Piauí na DECISÃO Nº 147/2020 de 06 de fevereiro de 2020 à unanimidade decidiu que em futuros processos seletivos sejam observadas as disposições constitucionais aplicáveis à contratação por tempo determinado e, em especial, No cadastro de processos seletivos, indiquem a necessidade temporária de excepcional interesse público, enviando o documento mencionado no art. 5º, I, da Resolução nº 23/2016, observando que a comprovação da necessidade de contratação de

professores substitutos deve ser feita com a apresentação da lista dos servidores efetivos afastados, com indicação do motivo e período do afastamento.

DA NECESSIDADE DE LEI REGULAMENTADORA PARA A CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA

É uma exigência constitucional, cada ente edita a lei local que regulamente a contratação temporária com a obrigação de estipular prazos específicos e determinados para as contratações temporárias, atendendo aos Princípios da razoabilidade, proporcionalidade e da moralidade.

Inaplicabilidade de outra legislação ao ente, os municípios não podem realizar contratos temporários com base nas leis regulamentadoras da União, Estados ou do Distrito Federal, muito menos o Estado se valer de hipóteses de excepcionalidade previstas em legislações de outros entes federativos.

Previsão explícita das hipóteses excepcionais autorizadas da contratação temporária na lei local regulamentadora. É vedada hipóteses abrangentes e genéricas (STF: ADI 3116 e 2125).

Requisitos necessários para eficiência da lei regulamentadora da contratação temporária: deve ser lei própria, em sentido estrito; estabelecer objetivamente os limites para os casos de contratações temporárias por tempo determinado; prazo de duração dos contratos e de suas prorrogações; forma de realização do processo de seleção simplificada e da escolha dos contratados.

DOS PRAZOS NAS CONTRATAÇÕES TEMPORÁRIAS

A Constituição Federal não delimita os prazos, delegando (implicitamente) as Leis Federal, Distrital, Estaduais e Municipais.

A Lei regulamentadora tem que definir os prazos máximos dos contratos temporários, considerando as hipóteses permissivas para contratação. É permitido possibilidades de prazos diferenciados, de acordo com as situações justificadoras da contratação temporária. Não existem regras ou critérios objetivos para fixação dos prazos, deve existir plena observância aos Princípios da razoabilidade e moralidade.

Proibição de prazos genéricos ou condicionados a evento futuro. Vedação de prazos demasiadamente longos, regra geral 24 (vinte e quatro) meses, excetuando-se os casos de características ou de natureza excepcionais.

Aspectos a serem considerados sobre os prazos na elaboração do projeto de lei: peculiaridades locais (porte econômico do município, área geográfica, número de habitantes, população urbana e rural, infraestrutura existente etc.); as situações de excepcional interesse público; ausência de candidato inscrito ou aprovado em concurso público e tempo previsto para que a necessidade temporária seja suprida.

PRORROGAÇÃO DO CONTRATO TEMPORÁRIO

A prorrogação é permitida uma única vez e por igual período do contrato inicial (STF: ADI 890). A Lei regulamentadora deve estipular período de carência para que o mesmo servidor possa ser contratado novamente. Evitar contratações sucessivas e perpétuas.

PRAZO DE CARÊNCIA ENTRE RECONTRATAÇÕES

Intervalo de tempo entre o final de vigência da contratação e o início de vigência do novo contrato; mesmo servidor e a função; previsão na lei regulamentadora mensurado conforme a finalidade e essencialidade das hipóteses de contratações temporárias e vedação válida independentemente se o servidor foi aprovado novamente em processo seletivo simplificado público.

EXCEÇÕES PERMISSIVAS DE RECONTRATAÇÃO SEM PERÍODO DE CARÊNCIA

Situações excepcionais e sob justificativas inquestionáveis; inexistência de outra solução para o caso; risco iminente ou a concreta descontinuidade de serviço público relevante ou indispensável para a população local. Todas as hipóteses acima citadas, devem ser devidamente comprovadas pelo Gestor responsável. A constitucionalidade da vedação da recontração (STF: RE 635.648).

AGENTES COMUNITÁRIOS DE SAÚDE E AGENTES DE COMBATE ÀS ENDEMIAS PODEM SER CONTRATADOS POR PROCESSO SELETIVO PÚBLICO

Os agentes comunitários de saúde e os agentes de combate às endemias podem ser contratados por meio de processo seletivo público.

A Emenda Constitucional nº 51 de 14/02/2006.

Art. 198, § 4º da CF: Os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação.

PROCESSO SELETIVO SIMPLIFICADO

O Processo Seletivo Simplificado é ferramenta que permite o Gestor público atuar de forma mais dinâmica e célere na escolha dos servidores contratados temporariamente. Os critérios objetivos para a avaliação devem ter ampla publicidade e respeitando a isonomia e impessoalidade. Preferencialmente através de provas ou provas e títulos (não é permitida a contratação temporária tomando-se como critério entrevista).

Excepcionalmente diante de situações urgentes (por exemplo: pandemias), onde ausente tempo para a realização de provas, é possível a utilização de avaliação por análise curricular, desde que a forma de pontuação esteja definida de maneira objetiva e clara no edital e contemple a qualificação, experiência e habilidades específicas necessárias para o desempenho das atividades a serem realizadas.

QUANTITATIVO DE VAGAS E CADASTRO DE RESERVA

As vagas a serem preenchidas devem constar no Edital de abertura do Processo Seletivo Simplificado de maneira clara e específica; também é possível a realização de processo seletivo para cadastro de reserva, realizando a contratação temporária conforme surgir a necessidade durante o período do certame; referida medida mostra-se bastante eficaz para aqueles cargos em que existam grande rotatividade.

MOMENTO DE VERIFICAÇÃO DA NECESSIDADE TEMPORÁRIA DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO

Não existem dúvidas que se deve aferir o cumprimento dos requisitos constitucionais do art. 37, IX da CF no momento em que ocorrer a contratação temporária e não na abertura do processo seletivo simplificado.

VIGÊNCIA E PRORROGAÇÃO

Compete a Lei regulamentadora estipular os prazos de validade e da possibilidade de prorrogação dos processos seletivos simplificados, utilizando-se, por analogia, o prazo máximo previsto para os concursos públicos art. 37, III da CF.

CRITÉRIOS MÍNIMOS CONSTANTES EM UM PROCESSO SELETIVO SIMPLIFICADO

Edital público, com ampla divulgação; período de inscrições de pelos menos 7 (sete) dias; prazo de recursos de pelo menos 2 (dois) dias; fixar no edital ou editais critérios objetivos e impessoais para a seleção dos interessados e publicar o resultado, a homologação, e a classificação de cada candidato com a pontuação final obtida.

DA COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Previsão legal: Art. 71, III da CF.

Tomando-se como exemplo o Tribunal de Contas do Estado do Piauí que é o mais antigo Tribunal de Contas estadual do Brasil (Art. 86, III, a da Constituição do Estado do Piauí, Lei Orgânica do TCE/PI, Art. 2º, IV, Art. 104, II, Regimento Interno do TCE/PI, Art. 1º, IV, Art. 82, V, a, Art. 197, I, Art. 316, I, Art. 375, § 3º, Resolução TCE/PI nº 23, de 06 de outubro de 2019).

OBSERVAÇÕES NAS CONTRATAÇÕES TEMPORÁRIAS

Todas as áreas (saúde, educação, segurança etc.) que realizem contratações por prazo determinado devem cumprir os requisitos constitucionais insculpidos no art. 37, IX da CF. Os gastos com as contratações por tempo determinado, que continuam autorizadas (art. 8º, IV, da Lei Complementar nº 173/2020), desde que cumpridos os requisitos exigidos devem compor o total das despesas com pessoal para efeitos da LRF.

O aumento de despesas com pessoal decorrente de admissões temporárias para atendimento ao combate a pandemia do COVID-19 exime o Gestor, enquanto permanecer a situação de calamidade pública das sanções e determinações decorrentes do descumprimento dos limites de gastos com pessoal estabelecidos na LRF.

A Constituição Federal, no art. 37, IX, estabeleceu que as contratações por tempo determinado são possíveis para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. As contratações temporárias na administração pública somente podem ocorrer nas expressas hipóteses previstas na lei inerente ao respectivo ente da federação, desde que realmente seja temporária a contratação, esteja presente o interesse público, e que a medida seja em caráter excepcional.

Ocorre na atualidade por dados de alguns Tribunais de Contas estaduais, como por exemplo, podemos citar um levantamento recente do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba nos 223 municípios paraibanos, 222 municípios realizaram contratação temporária que na prática, para cada servidor efetivo, o gestor municipal contratou três servidores temporários demonstrando que a contratação temporária e esporádica de servidores públicos se tornou a regra e o regular concurso público, a exceção.

CONCLUSÃO

Todas as áreas (saúde, educação, segurança etc.) que realizem contratações por prazo determinado devem cumprir os requisitos constitucionais insculpidos no art. 37, IX da CF. Os gastos com as contratações por tempo determinado, que continuam autorizadas (art. 8º, IV, da Lei Complementar nº 173/2020), desde que cumpridos os requisitos exigidos devem compor o total das despesas com pessoal para efeitos da LRF.

A Constituição Federal, no art. 37, IX, estabeleceu que as contratações por tempo determinado são possíveis para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. As contratações temporárias na administração pública somente podem ocorrer nas expressas hipóteses previstas na lei inerente ao respectivo ente da federação, desde que realmente seja temporária a contratação, esteja presente o interesse público, e que a medida seja em caráter excepcional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 de maio de 2022.

BRASIL. **Constituição do Estado do Piauí**. Disponível em: <<http://legislacao.pi.gov.br/legislacao/default/ato/14853>>. Acesso em: 30 de maio de 2022.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/inicio/>>. Acesso em: 30 de maio de 2022.

BRASIL. **Tribunal de Contas do Estado do Piauí**. Disponível em: <<https://www.tce.pi.gov.br/>>. Acesso em: 30 de maio de 2022.

TCE/MS. **Parecer – C 10/2018**. Questão 1: O Município pode convocar professor para ministrar aula em caráter temporário em razão de excepcional interesse público? Questão 2: O Município pode convocar professor para ministrar aula em caráter temporário com fundamento em legislação estadual, ou seja, na lei e decreto específico do Estado? Questão 3: O Município pode convocar professor para ministrar aula em caráter temporário com fundamento em legislação municipal, ou seja, na lei e decreto específico do Município? Questão 4: O procedimento para convocação de professor para ministrar aula em caráter temporário se formaliza direta-mente por meio de resolução ou processo seletivo simplificado? Questão 5: Em caso de processo seletivo simplificado, o Município pode

realizar por meio de comissão especial municipal constituída ou contratar empresa especializada para tal fim? Disponível em: <<http://www.tce.ms.gov.br/Jurisprudencia/viewers/pdfjs/viewer.html?name=PARECER-C%20N%C2%BA%2000.0010.18.pdf&file=%2FJurisprudencia%2Fdocument%3FdocumentType%3Dcmis%3Adocument%26objectId%3D7397b4c3-8a21-49e7-8ed8-694454999a22>>. Acesso em: 30 de maio de 2022.

TCE/MS. **Parecer – C 05/2021**. EMENTA - CONSULTA – CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA POR EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO – PREVISÃO EM LEGISLAÇÃO MUNICIPAL – FIXAÇÃO DOS PRAZOS MÁXIMOS PARA A VIGÊNCIA – PROIBIÇÃO DE CONTRATAÇÃO SUCESSIVA – POSSIBILIDADE DE RECONTRATAÇÃO POSTERIOR AO CUMPRIMENTO DE PERÍODO DE CARÊNCIA ENTRE O TERMO FINAL DO CONTRATO ANTERIORMENTE CELEBRADO E O TERMO INICIAL DO NOVO CONTRATO – JUSTIFICATIVA DA SITUAÇÃO EXCEPCIONAL – VEDAÇÃO INDEPENDENTE DO MODO OU DA FORMA DO PROCESSO SELETIVO SIMPLIFICADO – DURAÇÃO DA CONTRATAÇÃO – EXCEPCIONALIDADE DE HIPÓTESES DE TEMPORARIEDADES LONGAS – TEMPORARIEDADE – PRESSUPOSTO ESSENCIAL – DEVER DE OBEDIÊNCIA – COMPOSIÇÃO DOS GASTOS NO TOTAL DAS DESPESAS COM PESSOAL – CONTRATAÇÕES PARA ATIVIDADES NO COMBATE AO CORONAVÍRUS SARS-COV-2 (COVID-19) – AUMENTO DE DESPESAS COM PESSOAL – SITUAÇÃO DE CALAMIDADE PÚBLICA CONSIDERADA PARA FINS DE NÃO APLICAÇÃO DE SANÇÕES E DETERMINAÇÕES DECORRENTES DO DESCUMPRIMENTO DOS LIMITES DE GASTOS COM PESSOAL. Disponível em: <<http://www.tce.ms.gov.br/Jurisprudencia/viewers/pdfjs/viewer.html?name=Parecer%20C%20n%C2%BA%2000-0005-2021&file=%2FJurisprudencia%2Fdocument%3FdocumentType%3Dcmis%3Adocument%26objectId%3Df73f24c4-383e-42af-880d-13c131c398b0>>. Acesso em: 30 de maio de 2022.

TCE/PB. **Levantamento realizado pelo Tribunal de Contas do Estado da Paraíba (TCE-PB)**. Disponível em: <<https://tce.pb.gov.br/noticias/tce-pb-ve-excesso-de-temporarios-em-prefeituras-em-223-municipios-sao-mais-de-62-3-mil-contratos-2018por-excepcional-interesse-publico2019>>. Acesso em: 30 de maio de 2022.

TCE/PI. **Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Piauí**. Disponível em: <<https://www.tce.pi.gov.br/wp-content/uploads/2021/07/LOTCE.-atualizada-2021.pdf>>. Acesso em: 30 de maio de 2022.

TCE/PI. **Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Piauí.** Disponível em: <https://www.tce.pi.gov.br/wp-content/uploads/2022/01/REGIMENTO_INTERNO_WORD-atualizado-ate-05-01-2022-.pdf>. Acesso em: 30 de maio de 2022.

TCE/PI. **Resolução nº 23/2016, de 06 de outubro de 2016.** Dispõe sobre o envio e acesso a informações necessárias e estabelece procedimentos para exame, apreciação e registro dos atos de admissão de pessoal pelo Tribunal de Contas do Estado do Piauí. Disponível em: <<https://www.tce.pi.gov.br/wp-content/uploads/2016/12/Resolu%C3%A7%C3%A3o-n%C2%BA-23-16-Com-altera%C3%A7%C3%B5es-da-Resolu%C3%A7%C3%A3o-33-2016.pdf>>. Acesso em: 30 de maio de 2022.

COLISÃO E COMPLEMENTARIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS BASEADAS NA TEORIA DE ROBERT ALEXY

MATHEUS DE OLIVEIRA SANTANA:

Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas – TJ/AM, Pós-Graduado em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/MG, Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal Aplicados pela Escola Brasileira de Direito - EBRADI, Pós Graduado em Direito Público pela Universidade de Caxias do Sul – UCS em parceria com a Escola Superior da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul - ESMAFE-RS.

RESUMO: O objetivo do trabalho é analisar a colisão e complementaridade de direitos fundamentais baseada na Teoria de Robert Alexy. Em sua Teoria dos Direitos Fundamentais, Alexy se propõe a investigar estruturas como os conceitos de direitos fundamentais, a influência dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico e a fundamentação dos direitos fundamentais. Essa teoria é norteadada pela pergunta: qual é a decisão correta do ponto de vista dos direitos fundamentais e do fundamento racional dos direitos fundamentais? A metodologia utilizada para atender ao objetivo proposto foi a pesquisa bibliográfica, com base em doutrinas, livros e legislação pertinente. Conclui-se que Alexy relaciona sua Teoria dos direitos fundamentais com sua Teoria da argumentação jurídica, da seguinte forma: um discurso ius fundamental é um procedimento argumentativo e trata-se de alcançar resultados ius fundamentais corretos a partir da base apresentada. A argumentação prática geral é um elemento necessário do raciocínio ou discurso fundamental. Isso significa que o discurso ius fundamental compartilha com o discurso jurídico em geral, a insegurança do resultado prático geral.

Palavras-Chaves: Direitos; Teoria da Argumentação; Robert Alexy.

ABSTRACT: The objective of the work is to analyze the collision of fundamental rights based on Robert Alexy's Theory. In his Theory of Fundamental Rights, Alexy proposes to investigate structures such as the concepts of fundamental rights, the influence of

fundamental rights in the legal system and the foundation of fundamental rights. This theory is guided by the question: what is the correct decision from the point of view of fundamental rights and the rational foundation of fundamental rights? The methodology used to meet the proposed objective was bibliographic research, based on doctrines, books and relevant legislation. It is concluded that Alexy relates his Theory of Fundamental Rights with his Theory of Legal Argumentation, as follows: a fundamental ius discourse is an argumentative procedure and it is about achieving correct ius fundamental results from the presented basis. General practical argumentation is a necessary element of fundamental reasoning or discourse. This means that the ius fundamental discourse shares with the legal discourse in general, the insecurity of the general practical result.

Keywords: Rights; Theory of Argumentation; Robert Alexy.

Sumário: 1. Introdução. 2. Colisão sobre os direitos fundamentais. 2.1 Sobre as antinomias normativas. 3. Colisão ou complementaridade. 4. Teoria negativa. 5. Teoria da aceitação. 6. Visão conflitante dos direitos fundamentais. 7. Considerações finais. 8. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Qualquer afirmação sobre a existência de um direito fundamental pressupõe a validade de uma norma de direito fundamental. Assim, está evitando se posicionar sobre o clássico problema de dar prioridade à norma objetiva ou à norma subjetiva, ao direito ou ao dever de ser, que são questões de conteúdo.

As normas expressas de direito fundamental são vistas como aquelas diretamente estabelecidas pelas disposições da Lei Fundamental. Além disso, existem normas de direito fundamental que não são estabelecidas diretamente pelo texto constitucional, mas que estão vinculadas às normas expressas. Estas regras *anexadas* são aqueles para cuja atribuição a uma norma expressa de direito fundamental é possível dar um fundamento (logicamente) correto. Portanto, para que uma norma atribuída seja ou não uma norma de direito fundamental, depende da possibilidade de uma argumentação ius fundamental para ela. No entanto, o próprio Alexy (2011) ressalta que as regras de fundamento ius fundamental não definem nenhum procedimento que em cada caso leve a um único resultado. Assim, o autor admite que, em muitos casos, há incerteza sobre quais normas podem ser atribuídas aos direitos fundamentais.

Ora, uma regra de direito fundamental, dependendo de sua estrutura, pode ser um princípio ou uma regra. Os princípios são regras que ordenam que algo seja feito na

medida do possível, dentro das possibilidades legais existentes. Portanto, os princípios são mandatos de otimização. Em vez disso, as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então você tem que fazer exatamente o que ela exige. Portanto, as regras contêm determinações no âmbito do que é possível, tanto fática quanto juridicamente. A diferença entre regra e princípios não é de grau, mas qualitativa.

Quando há um conflito entre regras, há duas maneiras de resolvê-lo. A primeira é introduzir uma cláusula de exceção em uma das regras que elimine o conflito. A segunda é declarar inválida pelo menos uma das regras, por meio de regras como *lex posterior derogat legi priori* ou *lex specialis derogat legi generali*, embora também seja possível prosseguir com a importância das regras conflitantes. De qualquer forma, a decisão tomada para resolver um conflito de regras é uma decisão sobre a validade de algumas delas.

O conflito ou colisão entre princípios não é um problema que se resolve fazendo um princípio invalidar outro, mas considerando qual princípio deve receber um peso mais específico. Nesse sentido, o autor fala do fato de que, em determinadas circunstâncias, um princípio *precede* outro. Alexy (2011) chama isso de *lei da colisão*.

Essa *lei de colisão* é de fundamental importância na *Teoria* de Alexy, pois reflete que os princípios, em primeiro lugar, são mandatos de otimização entre os quais não há relações absolutas de precedência e, em segundo lugar, que se referem a ações e situações que são não quantificáveis.

O objetivo geral é analisar a colisão dos direitos fundamentais com base na teoria de Robert Alexy.

2 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Atualmente, é bastante difundida e consolidada a ideia de que direitos fundamentais conflitam quando se trata de sua validade prática. Os meios para sanar tais conflitos apresentam uma série de deficiências e suscita diversos incômodos que precisam ser revistos para que se alcance uma verdadeira, plena e efetiva vigência dos direitos fundamentais da pessoa humana.

2.1 SOBRE AS ANTINOMIAS NORMATIVAS

Verifica-se uma antinomia normativa, ou seja, a colisão ou contradição entre normas jurídicas, quando, em um mesmo ordenamento jurídico, consequências incompatíveis são imputadas às mesmas condições de fato e, portanto, não podem ser alcançadas simultaneamente¹.

Silva², indicou que o problema surge porque os destinatários das normas jurídicas incompatíveis não podem cumprir ao mesmo tempo as determinações correspondentes, por não ser viável. Desta forma, se cumprida a obrigação estabelecida em norma, seria violada a proibição indicada na norma contrária; ou, se um direito consagrado em outra disposição normativa fosse exercido, incorreria em delito tipificado pela norma que fosse antinômico.

Existem diferentes classificações em relação às antinomias normativas. Antinomias no discurso abstrato, interno ou característico do discurso da validade são aquelas que se verificam em relação às normas cujos pressupostos factuais se opõem conceitualmente, gerando uma impossibilidade de compatibilidade em caso de simultaneidade. Esse choque é o que ocorre, por exemplo, diante da existência de uma norma que proíbe punições cruéis e outra que autoriza a tortura em comunidades tradicionalmente acostumadas a esse tipo de "justiça"³.

Nestes conflitos de natureza antinômica, em abstrato pode ser determinado de antemão que uma das leis contraditórias ou será inválida ou constituirá uma regra geral que deve sempre ceder quando circunstâncias excepcionais se materializarem. Essa antinomia é frequentemente verificada em normas jurídicas cuja categorização é em regras, uma vez que a configuração fechada e completa dos pressupostos fáticos que as compõem permite antecipar os casos de confronto⁴.

Antinomias específicas, também conhecidas como externas, ou típicas do discurso da aplicação, são aquelas que não sugerem em sua consideração abstrata incompatibilidade de qualquer espécie, portanto não facilitam o conhecimento prévio dos

1 FERREIRA FILHO, M. G. **Curso de direito constitucional**. 40. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2015, p. 49.

2 SILVA, V. A. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 87.

3 ALEXY, R. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 49.

4 BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 83.

pressupostos da aplicação. Isso torna impossível detectar regras seguras para resolver a antinomia. Ambas as normas são válidas e, em princípio, na consideração do ordenamento jurídico coerente, mas eventualmente podem verificar conflito e nem sempre é possível determinar exaustivamente os casos de colisão, nem estabelecer critérios firmes para conceder a vitória para um ou outro⁵.

Vale ressaltar que a solução jurídica nem sempre será a mesma em todos os casos, devendo ser analisada a situação concreta para se verificar qual direito fundamental deverá prevalecer. Essas antinomias são típicas das normas jurídicas pertencentes à categoria de princípios, pela abstração dos conceitos e indeterminabilidade da aplicação.

É essencial que seja resolvido de forma a manter a coerência essencial do sistema jurídico. Porém, pelo fato de o Direito ser um sistema dinâmico, é perfeitamente possível que existam contradições normativas; Mas como, ao mesmo tempo, o Direito é também um sistema estático, de modo que o conteúdo de suas normas não pode estar em contradição com outras superiores, e singularmente com a Constituição, verifica-se que a coerência passa a ser um postulado essencial do sistema⁶.

As antinomias no abstrato ou internas em geral são resolvidas pelos operadores jurídicos através dos critérios tradicionais para resolver as contradições normativas. No entanto, os critérios hierárquicos e cronológicos de nada valem quando se verifica o embate entre normas cuja origem é um documento legislativo, uma vez que terão a mesma hierarquia e temporalidade na ordenação. Diante dessa situação, o critério da especialidade aparece como o da consideração adequada se a partir dos pressupostos factuais normativos for possível inferir uma relação de generalidade e excepcionalidade entre os dispositivos em conflito. Este tipo de antinomia normativa em abstrato, que acaba por recorrer ao critério da especialidade, não está necessariamente ausente das normas constitucionais relativas aos direitos fundamentais⁷.

5 Idem, p. 85.

6 NOVAIS, J. R. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 44.

7 WILLIS, S. G. (Coord). **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1997, p. 27.

As antinomias específicas ou externas, por sua vez, não são solúveis pelos critérios tradicionais. Este tipo de antinomia verifica-se com particularidades face à concorrência de princípios, normas jurídicas cuja titularidade imediata é o texto da Constituição, da qual se extraem, independentemente da existência de princípios fora dela. Existem também princípios infraconstitucionais, mas há que se considerar que, por trás de cada preceito jurídico, é sempre (ou quase sempre) possível encontrar um princípio ou norma constitucional que o ampara, e também outro que o contradiga⁸.

É certo que geralmente são os princípios constitucionais que determinam este tipo de antinomias, nem o critério hierárquico nem o cronológico são úteis para resolver o conflito normativo concreto. O critério da especialidade também não parece eficaz, uma vez que os princípios estritamente não têm condição de aplicação e, mesmo que o tenham, sua configuração é tão fragmentada que não é possível determinar uma regra de exceção com permanência que se concilie em uma relação de especialidade⁹.

No caso de os princípios - como enunciados deônticos sem condição de aplicação - não descreverem quando e como devem ser aplicados, não é possível estabelecer uma relação causal entre eles da generalidade à especialidade. A questão é de que maneira pode ser determinado qual dos princípios é geral e, correspondentemente, qual é especial. Para responder a esta pergunta, Drago¹⁰ determina que isso se fará reformulando um dos princípios no foro interpretativo e, precisamente, introduzindo uma cláusula de exceção ou exclusão", o que, por outro lado, constitui, segundo Ferreira Filho¹¹, o sopesamento. Isso acontece com os direitos fundamentais consagrados na Constituição. No entanto, de acordo com a teoria jurídica contemporânea, os princípios constitucionais podem ser do tipo diretriz, pelo que funcionam como mandatos de otimização, sendo executados ou especificados tendo em conta as possibilidades factuais e jurídicas existentes¹². A nota característica é que a estrutura normativa das diretrizes apresenta uma configuração aberta tanto da condição de aplicação quanto da consequência jurídica, portanto não há orientação para decidir abaixo de qual limite de satisfação devemos considerar esses

8 VASCONCELLOS, M. ; FERRAZ, A. **Direito constitucional**. São Paulo: Rideel, 2009, p. 72.

9 FERREIRA FILHO, M. G. **Curso de direito constitucional**. 40. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2015, p. 53.

10 DRAGO, G. D. **Manual de direito constitucional**. Caxias do Sul/RS: Educus, 2019, p. 29.

11 FERREIRA FILHO, M. G. **Curso de direito constitucional**. 40. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2015, p. 58.

12 Idem, p. 59.

mandatos constitucionais violados¹³. Desse modo, a concorrência antinômica de princípios constitucionais não encontra respostas nos critérios clássicos, uma vez que o resultado esperado não admite a elaboração de uma regra de excepcionalidade constante ou a declaração de nulidade de um dos princípios em conflito. Portanto, é essencial usar um critério metodológico diferente: a ponderação.

3 COLISÃO OU COMPLEMENTARIDADE

São poucos os direitos considerados fundamentais que não estejam em conformidade com outros direitos considerados também fundamentais e que não imponham, portanto, em determinadas situações e no que respeita a determinadas categorias de destinatários, uma escolha¹⁴.

A partir dessa afirmação de Bobbio¹⁵, é possível avançar na consideração da existência ou inexistência de conflito entre direitos fundamentais. A primeira determinação a ser feita refere-se à consideração do que está acontecendo, seja a referência a conflitos, colisões, choques de direitos ou, pelo contrário, à complementaridade que existe entre diferentes direitos.

Cada direito ou liberdade tem seus próprios limites que permitem a diferenciação de outros direitos ou liberdades, portanto, em princípio esses conflitos aparecem como inexistentes na medida em que se verifica uma adequada delimitação dos direitos, através do senso comum, sua correta descrição por parte do legislador. Todavia, caso sejam contrários a direitos ou liberdades consagrados constitucionalmente, a presente declaração implicará a aceitação de colisões de direitos fundamentais, mas é importante considerar a opinião de quem tem levantado seu ceticismo em relação a essa possível colisão de direitos fundamentais. Nesse sentido, Piovesan¹⁶ indicou "aqui propomos a tese

13 NOVAIS, J. R. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 52.

14 BOBBIO, N. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 172.

15 Idem, p. 174.

16 PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 50.

segundo a qual se deve buscar a conciliação entre direitos, assumindo como regra geral que a colisão entre eles é apenas aparente e solucionável”.

Por sua vez, Cunha Júnior¹⁷ estabelece que “esta anulação ou privação de eficácia é precisamente o efeito que ocorre com as concepções que se baseiam na intuição e/ou que estabelecem ordens ou hierarquias rígidas que assumem aplicação plena ou total”. Não existe acordo quanto à forma de exprimir esta eventual colisão de direitos sem prejuízo do facto de os diferentes autores aparentemente partilharem o mesmo critério em substância.

Desta forma, é possível apontar que – como Bobbio¹⁸ indicou, mesmo sem fazer uma referência direta ao conflito, mas referindo-se à eventualidade de um confronto entre a liberdade de expressão e o direito à privacidade ou à honra, assinalando conflitos entre direitos que nos colocamos dentro dos limites do direito dos outros - há uma colisão de direitos quando o exercício de um direito fundamental fere ou põe em perigo o direito de um terceiro. Ampliando a noção de conflito, inclui não só o confronto entre os direitos fundamentais de dois ou mais titulares, mas também entre o direito fundamental de um titular e um princípio constitucional.

A ideia subjacente a este raciocínio refere-se à consideração que indica que a colisão de direitos fundamentais ocorre quando o efeito jurídico da proteção *ius* fundamental alegado por um titular do direito é incompatível com o efeito jurídico perseguido por outro e sua alegação de proteção *ius* fundamental. Normativamente, implicaria um conflito entre duas ou mais regras de direito fundamental aplicáveis a um determinado caso e que conduzem a resultados diferentes e também mutuamente exclusivos. Isto porque na colisão as posições dos titulares de direitos fundamentais se verificam frente às outras de tal forma que o resultado que poderia ser concedido a um deles implica necessariamente a negação da proteção defendida pelo outro. Já em relação aos possíveis choques entre direitos fundamentais, verifica-se a existência de duas posições: a Teoria Negativa e a Teoria da Aceitação.

4 TEORIA NEGATIVA

A teoria que nega a possibilidade - pelo menos do ponto de vista conceitual - de colisão de direitos fundamentais, parte da consideração que indica que cada direito

17 CUNHA JUNIOR, D. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 79.

18 BOBBIO, N. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 181.

fundamental verifica em si mesmo um limite que está localizado nos direitos de outras pessoas, motivo de cujo próprio conteúdo e âmbito de proteção, por definição, são delimitados pelos direitos de terceiros. Desse modo, se houvesse uma colisão, ela só existiria do ponto de vista conceitual quando o titular de um direito fundamental busca a proteção de um direito ultrapassando os limites que lhe são imanentes. Drago¹⁹ afirma que, na realidade, o problema dos limites dos direitos fundamentais não pode ser colocado em termos de colisão entre direitos ou entre direitos e bens, aceitando-se que estes se definam em termos que colidam, mas antes como um problema de interpretação dos direitos, normas em que se trate de delimitar as fronteiras dos direitos de traçar os limites em que a própria norma constitucional configura os direitos fundamentais.

O modelo teórico de negação de colisão implica, do ponto de vista prático, uma metodologia para aqueles que devem enfrentar demandas de proteção mutuamente exclusivas. Assim, Cunha Júnior²⁰ determina que a referência aos conflitos de direitos não é estritamente falado, mas deve ser entendida como reivindicações opostas dos sujeitos que invocam os seus direitos, propondo que o procedimento adequado para resolver o conflito aparente não consiste, portanto, em determinar o direito vigente, mas antes na delimitação adequada do conteúdo dos direitos aduzidos para concluir quem está realmente sob a proteção do direito que invoca e quem o ultrapassou no exercício do seu direito.

5 TEORIA DA ACEITAÇÃO

A tese que admite a eventual existência de colisões de direitos decorre da consideração da produção de uma contradição entre a proteção concedida aos direitos fundamentais de duas ou mais pessoas que os detêm de tal forma que um deve prevalecer, enquanto o outro deverá ser afastado no caso concreto. Assim, o que importa nesta teoria será a determinação de um critério que facilite a determinação da prevalência de um direito em relação a outro. Nesse sentido, verifica-se a existência de diversas alternativas, que remetem à consideração de uma ordem de prioridade ou hierarquia com possível

19 DRAGO, G. D. **Manual de direito constitucional**. Caxias do Sul/RS: Educs, 2019, p. 37.

20 CUNHA JUNIOR, D. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 84.

determinação em sentido abstrato entre os diferentes direitos, a possibilidade de pesar os direitos no caso específico, a ideia de Harmonização ou equilíbrio adequado²¹.

Estas opções têm diferentes críticas, que se referem fundamentalmente ao fato de não existirem critérios objetivos que estabeleçam a hierarquia entre direitos fundamentais, ou que permitam estabelecer uma justificação para a ponderação em determinado caso, ou os mecanismos utilizáveis para alcançar uma proteção máxima para cada direito colidido. Da mesma forma, em termos gerais, não existem mecanismos nos diferentes ordenamentos jurídicos constitucionais que permitam uma justificação adequada que permita um fundamento positivo. E isso é muito importante, pois qualquer que seja a forma escolhida para a resolução do conflito, ela deve cumprir uma função de natureza dogmática e ser constituída com elementos da própria ordem constitucional.

6 VISÃO CONFLITANTE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Atualmente é bastante comum, tanto na doutrina como na jurisprudência constitucional, se falar de um "conflito" de direitos fundamentais. De acordo com uma visão conflituosa dos desses direitos, essas são realidades que podem eventualmente se opor. Isso ocorre pois, eventualmente, ao se exercer um direito fundamental, pode haver um outro direito fundamental sendo violado. Em caso de conflito ou antinomia subjetiva, se o paradoxo é permitido, quem deve ceder e quem deve continuar, como se constrói esse limite ao direito fundamental, são questões-chave para uma teoria dos direitos fundamentais²². Afirma-se ainda que como os limites que definem os direitos são imprecisos, os conflitos tornam-se inevitáveis e problemáticos²³.

Segundo as posições conflituosas, os direitos fundamentais são realidades jurídicas que naturalmente tendem a colidir, o que leva a aceitar que os conflitos são inevitáveis. Diante de uma situação de conflito, a solução se reduz apenas a preferir um direito e deslocar o outro, ou seja, colocar um dos direitos em conflito acima do outro. Para isso, é necessário encontrar os mecanismos que justifiquem a preferência de um direito em detrimento do outro. Os principais mecanismos de solução utilizados por quem parte de

21 LENZA, P. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 67.

22 CUNHA JUNIOR, D. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 88.

23 DRAGO, G. D. **Manual de direito constitucional**. Caxias do Sul/RS: Educus, 2019, p. 44.

uma visão conflituosa dos direitos fundamentais são a hierarquia e a ponderação dos direitos.

Um exemplo de proposta hierárquica é a de Moraes²⁴, para quem existem algumas liberdades hierarquicamente superiores a outras:

Se a democracia liberal é entendida como o sistema político de tomar certas decisões por representantes em competição entre si e livre e temporariamente escolhidos por todos os cidadãos, este sistema requer a preeminência de algumas liberdades que, em minha opinião, deveriam estar ainda acima da própria decisão popular. Liberdade de expressão e crítica, liberdade de associação e reunião, liberdade de sufrágio ativo e passivo em eleições periódicas, estão entre essas liberdades mínimas essenciais.

Nesse mecanismo de resolução de conflitos, a supremacia de um ou de outro direito dependerá da escala utilizada para determinar a importância dos direitos envolvidos em um litígio específico, escalas que, em última análise, são bastante marcadas por questões ideológicas. Por exemplo, na jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol costuma afirmar que a liberdade de informação é hierarquicamente superior ao direito à privacidade ou ao direito à honra, na medida em que essa liberdade tem uma relevância especial para o estabelecimento democrático de uma sociedade, valor que não é encontrado em direitos como o direito à privacidade ou o direito à honra²⁵.

Na verdade, o Tribunal Constitucional espanhol atribuiu às liberdades de expressão e informação uma "posição prevalecente" no sistema jurídico espanhol, justificando-o precisamente em seu valor institucional, e embora muitas vezes se apresente como uma preferência que se define em cada caso concreto, na prática as repetidas afirmações do referido Tribunal Constitucional têm vindo a consolidar um valor superior de caráter geral das liberdades informativas. Assim, opõe essas liberdades a todos os direitos fundamentais e interesses de significativa relevância social, alcançando relevância particular no que diz respeito aos direitos à honra, privacidade e imagem:

24 MORAES, A. **Direito Constitucional**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 87.

25 LENZA, P. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 69.

[...] seu significado excepcional [para a existência da liberdade de opinião pública como elemento fundamental em um Estado democrático] confere às liberdades expressas (de expressão e informação) um valor de direito prevalecente sobre os direitos da personalidade garantidos no art. 18.1 da Constituição, na qual esta dimensão de garantia da liberdade de opinião pública e o princípio da legitimidade democrática não coincidem²⁶.

De qualquer forma, para quem utiliza esse mecanismo, há a convicção de que os critérios que definirão a hierarquia com maior ou menor dificuldade sempre acabarão sendo configurados. Assim, tem-se afirmado que pode ser difícil procurar escalas e comparações em alguns casos, mas em outros é fácil e sempre é possível.

O outro mecanismo relevante de solução usual que se utiliza na concepção conflituosa dos direitos fundamentais é a chamada ponderação de direitos. Este mecanismo, especialmente desenvolvido no ambiente anglo-saxão, consiste em pesar os direitos ou direitos legais em conflito com as circunstâncias concretas especiais que definem o caso a ser resolvido, a fim de determinar qual direito "pesa" mais naquele caso específico, e qual deve ser deslocado. Não é uma hierarquia geral e abstrata, mas sim uma hierarquia específica.

A esse respeito, Alexy é bastante didático:

O Tribunal considera que em tais casos existe uma relação de tensão entre o dever do Estado de garantir uma adequada aplicação do direito penal e o interesse do arguido em salvaguardar direitos constitucionalmente garantidos, a cuja proteção o Estado é igualmente vinculado pela Lei Básica. Essa relação de tensão não poderia ser resolvida no sentido de uma prioridade absoluta de um desses deveres do Estado, nenhum deles teria "prioridade sem mais". Em vez disso, o "conflito" deve ser resolvido "por meio de uma ponderação de interesses opostos". Nessa ponderação, o que está

26 ROBLES, G. **Direitos fundamentais e ética na sociedade de hoje**, Madrid, Cuadernos Civitas, 1997, pp. 18-20.

em jogo é a ponderação de qual dos interesses, abstratamente de mesma categoria, tem maior peso no caso específico²⁷.

Existe um princípio intimamente ligado a este mecanismo de solução. Este é o Princípio da Proporcionalidade. O raciocínio é muito simples: se se trata de saber qual direito pesa mais, trata-se, em suma, de pesar direitos; e não é possível definir bem uma relação de ponderação sem levar em conta uma relação de proporcionalidade entre os direitos em jogo. Assim, afirma-se que supondo que nenhum dos direitos em questão ceda inteiramente até que desapareçam, o Princípio da Proporcionalidade impede o sacrifício inútil, além do necessário ou de forma desequilibrada em favor do outro. Proporcionalidade será colocado, mais uma vez, do lado da direita que sofre a restrição, da qual tira a pior parte.

A ponderação leva a um requisito de proporcionalidade que implica estabelecer uma ordem de preferência em relação ao caso concreto é, portanto, uma hierarquia móvel que não conduz à declaração de nulidade de um dos bens ou direitos constitucionais em conflito, mas à preservação de ambos, por mais que inevitavelmente antes de cada conflito seja necessário reconhecer a primazia de um em relação ao outro²⁸.

6.1 CRÍTICA DE POSIÇÕES CONFLITANTES

Conceber direitos fundamentais como realidades opostas que tendem a colidir, o que se resolve por meio de mecanismos que priorizam direitos (em abstrato ou em concreto), resulta na existência de uma espécie de direitos de primeira classe e outros. Isso significará que, quando um direito de segunda classe tem a infelicidade de cruzar-se com um de primeira classe, ele é deslocado, sacrificado, afetado em seu conteúdo legal, em boa conta, violado. Desta forma, por meio de posições conflituosas sobre direitos fundamentais, pretende-se cobrir e legitimar situações que, dependendo das circunstâncias de cada caso, podem conduzir a violações reais do conteúdo constitucional dos direitos.

Isso foi demonstrado, por exemplo, pelo Tribunal Constitucional Espanhol em algumas de suas decisões, nas quais acabou justificando ingerências e sacrifícios dos

27 ALEXY, R. (1986). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 91.

28 DRAGO, G. D. **Manual de direito constitucional**. Caxias do Sul/RS: Educs, 2019, p. 51.

direitos fundamentais deslocados. Apenas para citar alguns acórdãos, o referido tribunal declarou que o valor preferencial da liberdade de informação não pode se configurar como absoluto, pois, se for reconhecido como garantia da opinião pública, só poderá legitimar a ingerência em outros direitos fundamentais que sejam consistentes com esse fim. Da mesma forma, afirmou que "*eles devem se sacrificar* apenas na medida necessária para garantir a livre informação em uma sociedade democrática"²⁹. Nesse caso, percebe-se claramente como uma posição conflituosa em boa conta propõe - e que acaba logrando - legitimar *ingerências ou sacrifícios* no conteúdo dos direitos fundamentais, o que nada mais é do que legitimar *afetações, violações, injúrias* ao conteúdo de direitos fundamentais.

Se as posições conflitantes acabarem *afetando, infringindo ou ferindo* direitos reconhecidos no texto da Constituição, como é então o princípio da normatividade da Constituição? Sem dúvida, nos casos resolvidos a partir de uma visão conflituosa de direitos, apenas se privilegia a normatividade de um dispositivo constitucional - do qual inclui o direito preferencial fundamental -, em detrimento do dispositivo constitucional que inclui o outro direito, dispositivo que pelo menos nos casos "conflituosos" deixa de ter validade efetiva, ou seja, deixa de ser normativo.

A questão se agrava quando percebe-se que a norma constitucional cuja violação se pretende justificar é uma lei fundamental, ou seja, é uma norma que reconhece um direito fundamental. E se já é complicado que toda a regulamentação de todo o texto constitucional não seja favorecida, é mais grave que precisamente as normas constitucionais sobre direitos ficam sem efeito (de forma geral ou específica), pelo significado especial que para a existência digna do homem, para o Estado de direito e mesmo para o próprio conceito de Constituição, significam o reconhecimento, a garantia e a plena efetividade dos direitos da pessoa³⁰.

Da mesma forma, os mecanismos de solução alcançados por aqueles que professam e empregam concepções conflitantes de direitos são alvo de críticas. Especialmente crítico em relação a esses mecanismos é Alexy³¹, que afirmou incisivamente a respeito do método de hierarquia (geral ou abstrato) dos direitos, que a abordagem hierárquica das relações

29 ROBLES, G. **Direitos fundamentais e ética na sociedade de hoje**, Madrid, Cuadernos Civitas, 1997, p. 25.

30 LENZA, P. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 71.

31 ALEXY, R. (1986). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 97.

entre os direitos fundamentais provém da aplicação intransigente de princípios jurídicos fundamentais. Os princípios requerem avaliação, contrapeso, isso pela sua natureza estrutural peculiar. Se este requisito não for respeitado e forem tratados como regras, tornam-se hierarquias abstratas que facilmente conduzem a soluções inestimáveis. E no que se refere à ponderação dos direitos (hierarquia concreta), o mesmo autor afirmou que nem mesmo a ponderação proposta por um setor do conflitivismo consegue resolver o problema da fundamentação adequada das soluções *ius* fundamentais, a insuficiência reside na falta de um critério ontológico que permita distinguir materialmente um direito do outro. Em ambos os casos, Alexy conclui afirmando que tanto a hierarquia como a ponderação conduzem a uma relativização dos aspectos negativos e positivos dos direitos fundamentais. Com efeito, ao pressupor a necessidade de adiar um dos direitos em jogo, por um lado, seu papel de limites de poder é eclipsado e, por outro, o Estado é desvinculado de sua obrigação de promover seu efetivo cumprimento.

Da mesma forma, Drago³², que, referindo-se à hierarquia e à ponderação dos direitos, escreve que ambos os métodos de interpretação mantêm um alto grau de semelhança entre si, uma vez que um dos bens ou direitos em jogo pode ser preferido de forma absoluta e abstrata, ou condicional e especificamente - hierarquia e equilíbrio, respectivamente -, mas acaba por dar prevalência a um sobre o outro em caso de conflito. Assim, a hierarquia sacrifica um dos bens aparentemente concorrentes no abstrato, o *teste de equilíbrio* o faz especificamente.

Portanto, as posições conflituosas, tanto em sua lógica conflitua de confrontar alguns direitos fundamentais com outros para que um seja deslocado e esquecido para permitir a validade do outro, assim como nos métodos que utilizam para resolver os chamados "conflitos" de direitos, produzem uma série de prejuízos que não só a tornam criticável, mas também a gravidade que suas consequências supõem para a totalidade, validade dos direitos, direitos constitucionais da pessoa, obriga a tentar uma formulação dos direitos que permita, não o deslocamento ou imposição (abstrata ou concreta) de um direito sobre outro, mas, pelo contrário, permite uma validade conjunta e harmoniosa de todos os direitos constitucionalmente reconhecidos aos seres humanos³³.

32 DRAGO, G. D. **Manual de direito constitucional**. Caxias do Sul/RS: Educ, 2019, p. 60-2.

33 LENZA, P. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 74.

7 CONCLUSÃO

Alexy relaciona sua *Teoria dos direitos fundamentais* com sua *Teoria da argumentação jurídica*, da seguinte forma: um discurso ius fundamental é um procedimento argumentativo e trata-se de alcançar resultados ius fundamentais corretos a partir da base apresentada. A argumentação prática geral é um elemento necessário do raciocínio ou discurso fundamental. Isso significa que o discurso ius fundamental compartilha com o discurso jurídico em geral, a insegurança do resultado prático geral. A fundamentação apresentada confere à argumentação ius fundamental certa firmeza e clareza, e através das regras da lógica, argumentação prática e argumentação jurídica, a argumentação ius fundamental que se realiza será estruturada racionalmente.

Dada a insegurança do resultado, diz Alexy, é necessária uma decisão ius fundamental dotada de autoridade. Se não for possível ao parlamento ser juiz da legislação que aprova, caberá a um Tribunal Constitucional realizar essa tarefa. A decisão proferida por este Tribunal deve ser justificada e criticada num discurso racional ius fundamental.

Para finalizar, queremos destacar algo que Alexy (2011) escreve: "o peso dos princípios não é determinável em si ou absolutamente, mas *sempre* pode ser falado *apenas* de pesos *relativos*" (p. 161).

8 REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BOBBIO, N. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CUNHA JUNIOR, D. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

DRAGO, G. D. **Manual de direito constitucional**. Caxias do Sul/RS: Educs, 2019.

FERREIRA FILHO, M. G. **Curso de direito constitucional**. 40. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2015.

MORAES, A. **Direito Constitucional**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NOVAIS, J. R. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

ROBLES, G. **Direitos fundamentais e ética na sociedade de hoje**, Madrid, Cuadernos Civitas, 1997.

SILVA, V. A. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

VASCONCELLOS, M. ; FERRAZ, A. **Direito constitucional**. São Paulo: Rideel, 2009.

WILLIS, S. G. (Coord). **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1997.

A COISA JULGADA NO PROCESSO COLETIVO

GABRIEL PARAIZO DANTAS BRAZ: Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe; Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Escola Judicial de Sergipe. Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental (EPPGG) em Sergipe. Advogado.

RESUMO: O presente artigo busca delimitar como o instituto da coisa julgada pode ser entendido sob a ótica coletiva. São apresentados alguns aspectos da coisa julgada no exercício teórico de fazer sua leitura de forma diferenciada no âmbito coletivo, momento em que se socorrendo de contribuições doutrinárias é feita uma defesa do entendimento de que o instituto pode em si mesmo ser entendido como uma garantia.

Palavras-chave: Processo Civil; Coisa Julgada; Processo Coletivo.

ABSTRACT: This article seeks to delimit how the institute of res judicata can be understood from a collective perspective. Some aspects of res judicata are presented in the theoretical exercise of reading it differently in the collective scope, at which time, using doctrinal contributions, a defense is made of the understanding that the institute can itself be understood as a guarantee.

Keywords: Civil Procedure; Issue Preclusion; Collective Process.

1. INTRODUÇÃO

O processo coletivo é um ramo do direito processual civil que tem despertado cada vez mais interesse de estudo, seja porque diz respeito a modalidade de conflito reconhecida mais recentemente, seja porque o funcionamento de seus institutos ainda está sendo amadurecido na doutrina e jurisprudência pátrias.

O objeto de aprofundamento no presente trabalho é a análise do instituto da coisa julgada em sua dimensão coletiva, buscando entendê-la também como garantia, mas sob uma perspectiva diferenciada. Além disso, também se enfrenta os regimes de sua formação e como eles se apresentam, em se tratando de ação de grupo, no plano individual e no coletivo. Para concluir o trabalho, resgatou-se o debate sobre a limitação dos efeitos da coisa julgada a partir de críticas doutrinárias dirigidas à alteração do artigo 16 da Lei da

Ação Civil Pública, promovida pela Lei 9.494/97, e como elas culminaram no atual entendimento do STJ sobre a matéria.

2. A COISA JULGADA NO PROCESSO COLETIVO

2.1. Noção clássica do instituto

Antes de adentrar nas peculiaridades que a coisa julgada apresenta quando operacionalizada na seara coletiva, faz-se necessário dar um passo atrás e lembrar que aqui também se está diante de uma verdadeira garantia ou direito fundamental. Como se desprende do art. 5º, inciso XXXVI, da Carta Magna, “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (BRASIL, 1988).

Sendo assim, se a coisa julgada coletiva pode dar causa à extensão de efeitos para além das partes, é preciso entender de que maneira a uma garantia ou direito fundamental que tradicionalmente se estruturou como vedação à rediscussão da causa por quem foi parte no processo foi dada essa outra funcionalidade, que compõe sua dimensão subjetiva.

O enfrentamento do instituto, tal como desenvolvido no âmbito do processo civil clássico, merece, portanto, maiores digressões, o que será feito nas linhas que se seguem.

A disciplina normativa da coisa julgada para os processos individuais pode ser encontrada nos artigos 502 a 508 do Código de Ritos, além de incluir outros dispositivos como o artigo 337 e seu parágrafo quarto. Dispõe o artigo 502 do CPC: “Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso” (BRASIL, 2015).

Como se pode ver, há uma atribuição de sentido que incide sobre um estado de coisas verificado geralmente ao final do processo, a saber, “a) uma decisão jurisdicional fundada em cognição exauriente b) o trânsito em julgado” (DIDIER JÚNIOR *et al*, 2016, p. 530). À falta de algum dos requisitos, haverá apenas coisa julgada formal (NEVES, 2018, p. 878), que não obsta a discussão da matéria em outra demanda. É que neste último caso, haveria apenas “estabilidade endoprocessual da decisão” (DIDIER JÚNIOR *et al*, 2016, p. 531), quando então se põe termo à lide.

Presentes os requisitos, a decisão judicial recebe um acréscimo qualitativo, na medida em que passa a ser dotada de atributos distintos de como até então se apresentava e comparativamente a outras decisões proferidas ao longo do procedimento.

NEVES (2018, p. 878) explica que “pela coisa julgada material, a decisão não mais poderá ser alterada ou desconsiderada em outros processos”. No mesmo sentido é a lição de ALMEIDA (2014, p. 10), para quem “[...] a coisa julgada é o instituto que proíbe aos litigantes tentarem rediscutir o caso”.

Com maior detalhamento, Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira trazem a classificação comumente adotada pela doutrina em relação a seus efeitos, aplicáveis após a decisão judicial ter adquirido a autoridade mencionada pela lei. No *efeito negativo* existe uma proibição de se rediscutir o mesmo tema mediante a instauração de nova demanda, ao passo que o *efeito positivo* se dirige a outros processos que pressupõem uma definição prévia acerca da questão passada em julgado para solucionar seu próprio objeto, que deve considerar aquilo que se estabeleceu na lide originária (DIDIER JÚNIOR *et al*, 2016, p. 527/528).

Em outras palavras, o efeito negativo serve ao processo que busca solução já fornecida pelo Poder Judiciário, situação que não é admitida em nosso direito, salvo em exceções como a ocorrência de vícios rescisórios e transrescisórios. Isso acontece porque o instituto em questão “é uma concretização do princípio da segurança jurídica. A coisa julgada estabiliza a discussão sobre uma determinada situação jurídica, resultando em um ‘direito adquirido’ reconhecido judicialmente” (DIDIER JÚNIOR *et al*, 2016, p. 531).

A verificação da existência de coisa julgada é feita a partir da noção de tríplice identidade dos elementos da ação (DIDIER JÚNIOR *et al*, 2016, p. 532), de acordo com o que preceitua o artigo 337, parágrafo segundo e quarto do CPC34. Trata-se de objeção, uma vez que cognoscível de ofício nos termos do parágrafo quinto do artigo de lei em questão35, podendo também ser levantada pelo réu por ocasião de sua defesa.

34 § 2º Uma ação é idêntica a outra quando possui as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.

§ 4º Há coisa julgada quando se repete ação que já foi decidida por decisão transitada em julgado

35 § 5º Excetuadas a convenção de arbitragem e a incompetência relativa, o juiz conhecerá de ofício das matérias enumeradas neste artigo

Por sua vez, o efeito positivo serve ao respeito do que já fora decidido quando não se discute precisamente aquela matéria abrangida pelo manto da coisa julgada, mas tudo aquilo que lhe seja afeto, leve em conta ou dependa da conclusão ali obtida. O juiz do segundo processo, portanto, se acha vinculado em sua decisão no que concerne à parcela do debate que restou exaurido na via judicial.

Além dos efeitos, a coisa julgada costuma ser analisada também quanto a seus limites, o que se dá sob a perspectiva objetiva e subjetiva. Se o instituto é justificado pelo princípio da segurança jurídica, o mesmo fundamento explica a necessidade de esclarecimento no tocante às balizas em relação às quais nova discussão será vedada judicialmente. Dito de outro modo, é preciso definir os contornos em que se dará a imutabilidade e indiscutibilidade.

Os limites objetivos da coisa julgada operam levando em consideração *o que* pode se tornar imutável e indiscutível. Trata-se da “norma jurídica individualizada, construída para a solução de determinado caso” (DIDIER JÚNIOR *et al*, 2016, p. 536). Sem dúvida se está a falar do dispositivo da decisão, no qual a providência jurisdicional com efeito vinculante às partes é concentrada e delimitada. O CPC também fornece algumas pistas nesse ponto, quando em seu artigo 504 e incisos³⁶ exclui a verdade dos fatos e os motivos como aptos à formação da coisa julgada.

Uma novidade da atual codificação é que não apenas as questões principais podem passar em julgado, mas também certas questões incidentais, ou seja, aquelas que são pressuposto para decisão do tema central do litígio e que afetam o resultado de seu julgamento. No *caput* do art. 503³⁷ está a autorização para as primeiras, enquanto que seus parágrafos³⁸ trazem requisitos específicos para que a questão prejudicial também figure como parte integrante dos limites objetivos da coisa julgada.

36 Art. 504. Não fazem coisa julgada: I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença.

37 Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida

38 § 1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentalmente no processo, se: I - dessa resolução depender o julgamento do mérito; II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia; III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.

Mas são os limites subjetivos da coisa julgada que levam em consideração *quem* está submetido a seu alcance, ajudando a estabelecer um ponto de contato com o tema desenvolvido neste trabalho. Como pontua MAZILLI (2007, p. 526), segundo “[...] a teoria clássica, a coisa julgada significa a imutabilidade do que foi definitivamente decidido, *limitadamente às partes do processo*”. Também é a dicção do artigo 506 do CPC: “Art. 506. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros” (BRASIL, 2015).

Trata-se de verdadeira garantia, de modo que a “[...] eficácia *inter partes* justificava-se em razão dos princípios da ampla defesa e do contraditório, não sendo plausível que a sentença de mérito se tornasse imutável e indiscutível para sujeito que não participou do processo” (NEVES, 2018, p. 891). O autor traz duas exceções a essa regra, que são os casos do substituto processual e dos sucessores (NEVES, 2018, p. 893). Mesmo assim, o alcance da decisão se revela bastante restrito em ambos as hipóteses.

Ainda no que se refere às exceções, autores como DIDIER JÚNIOR *et al* (2016, p. 559) entendem que é possível estender a coisa julgada para beneficiar terceiros, como acontece com o credor de obrigação solidária que não demandou em juízo, mas pode se valer do resultado favorável obtido por outro credor.

Já Luís Guilherme Marinoni cita a “[...] solução da questão que diz respeito exatamente ao conflito concreto em que o terceiro está inserido” (MARINONI, 2016, pp. 104/105), quando então dá o exemplo de um acidente de ônibus em que as vítimas demandam em juízo isoladamente, sendo possível estender a configuração da culpa em tais circunstâncias. Veja-se que nesse caso não se está a falar de ação de grupo, mas alcance de parcela comum da decisão entre ações individuais.

Tanto a hipótese do credor solidário como a do terceiro que integra o conflito discutido na lide originária encontram fundamento na parte final do art. 506 do CPC, que proíbe a extensão para prejudicar, mas silencia em relação ao benefício dela advindo.

Essa modalidade de limite subjetivo, que opera *inter partes*, não é, todavia, a única existente. Ao seu lado convivem a coisa julgada *ultra partes* e a *erga omnes*, que ampliam o alcance da decisão para além das partes.

§ 2º A hipótese do § 1º não se aplica se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial.

Na coisa julgada *ultra partes*, se “atinge não só as partes do processo, mas também *determinados* terceiros. Os efeitos da coisa julgada estendem-se a terceiros, pessoas que não participaram do processo, vinculando-os” (DIDIER JÚNIOR *et al*, 2016, p. 558). O determinante para que o indivíduo seja alcançado pelo resultado do processo costuma envolver o fato de partilhar certas características, em verdadeira noção de grupo.

Quanto à coisa julgada *erga omnes*, seria “aquela em cujos efeitos atingem a todos os jurisdicionados- tenham ou não participado do processo” (DIDIER, 2016, p. 559). A perspectiva aqui é mais universal, alcançando todos os indivíduos sobre os quais seja possível afirmar a presença da jurisdição estatal.

As duas últimas modalidades constituem exceção no ordenamento jurídico brasileiro. Como se pôde observar, o processo civil tradicional, de caráter individualista, consagra a eficácia *inter partes* dos efeitos da coisa julgada como natural decorrência da pacificação do conflito a elas referente, mas também como garantia aos terceiros que não participaram de sua formação.

Será visto como o instituto da coisa julgada a se relaciona com a temática do processo coletivo, na medida em que o Código de Defesa do Consumidor tratou das formas de extensão subjetiva dos efeitos da sentença. O regime de formação da coisa julgada, nesse sentido, surge como nuance do instituto sobre a qual é preciso maior detalhamento, já que opera de maneira coordenada com a ampliação dos limites subjetivos da decisão judicial na ação coletiva, da primeira dependendo esta última.

2.2. Coisa julgada secundum eventum litis e secundum eventum probationis

Foram tecidas no tópico pretérito algumas considerações acerca da coisa julgada como garantia em favor daqueles que participaram do processo, no sentido de não ver mais a mesma questão discutida, bem como dos terceiros que não integraram a demanda, os quais não se acharão vinculados, em regra, a seu resultado. No primeiro caso, concretiza-se especialmente a segurança jurídica. Quanto ao segundo, privilegia-se o contraditório e a ampla defesa.

Ocorre que essa é uma leitura feita a partir da lógica individual de processo, formatada para que a decisão judicial diga respeito à contenda trazida pelas partes, cujo teor possui caráter eminentemente privado.

No processo coletivo, há um interesse público que orienta a propositura, a condução e o desfecho da lide, atraindo a necessidade de os limites subjetivos da coisa julgada, em certas hipóteses, serem ampliados para alcançar pessoas que não fizeram parte da demanda. ALMEIDA (2014, p. 87) acrescenta que “a maior extensão da coisa julgada coletiva dá-se em razão das particularidades da tutela desse segmento do direito - proteção dos direitos e interesse da sociedade ou de grupos”.

No estudo do princípio da coisa julgada diferenciada com a extensão *secundum eventum litis* da decisão favorável ao plano individual, o resultado da lide coletiva pode beneficiar pessoas que se encontrem na posição de substituídas processualmente, quer estejam ou não com ações individuais em andamento, nesse último caso se requereram a sua suspensão.

Nas palavras de Hugo Nigro Mazilli, “ao contrário do que ocorre com a coisa julgada no processo civil individual, na tutela coletiva a imutabilidade do *decisum* alcançará pessoas que não participaram da relação processual” (MAZILLI, 2007, p. 531).

Aproveita-se para fazer uma distinção entre coisa julgada individual, aquela formada nas lides individuais, e coisa julgada coletiva, formada inicialmente no bojo de um processo coletivo, mas que pode vir a afetar processos individuais caso preenchidas algumas condições. É justamente esse comportamento bastante particular do instituto, de poder ou não determinar a extensão dos efeitos da sentença proferida na ação de grupo, que merece análise pormenorizada.

Como se terá a oportunidade de perceber, as condições segundo as quais a coisa julgada coletiva pode ser estendida a não participantes da lide são verdadeiras garantias porque se colocam como limitadoras do prejuízo que tal extensão da decisão poderia causar.

Dito de outro modo, se é verdade que o resultado do processo pode ser favorável à pretensão do legitimado ao ajuizamento da ação coletiva, quando então a extensão dos limites subjetivos da coisa julgada poderia servir ao interesse público, também seria possível que sobreviesse uma decisão que lhe fosse contrária, o que acarretaria em fator de risco para as lides individuais caso a solução nelas adotada fosse a mesma. Assim, procurou o legislador mitigar esse prejuízo, disciplinando de maneira diferenciada o modo como a coisa julgada é formada entre aqueles que por ela são alcançados no plano individual.

Logo, “entende-se que o modo de configuração do regime jurídico da coisa julgada é aquele que está mais apto a proporcionar respeito às garantias constitucionais e efetividade na concretização desse novo campo do processo coletivo denominado tutela jurisdicional coletiva” (ZUFELATO, 2011, p. 183).

Sobre o regime de formação da coisa julgada, a doutrina identifica três modalidades no ordenamento jurídico brasileiro: *pro et contra*, *secundum eventum litis*, e *secundum eventum probationis*.

Primeiramente, “há a regra geral: a coisa julgada se forma *pro et contra*, independentemente do resultado do processo (do teor da decisão judicial). Pouco importa se de procedência ou de improcedência, a decisão definitiva está apta a produzir coisa julgada” (DIDIER JÚNIOR *et al*, 2016, p. 533). Seria o caso do processo civil clássico, em que tanto o autor como o réu estarão vinculados ao resultado da decisão, seja ele favorável ou desfavorável.

A seu turno, “por meio da coisa julgada *secundum eventum litis* nem toda sentença de mérito faz coisa julgada material, tudo dependendo do resultado concreto da sentença definitiva transitada em julgado (NEVES, 2018, p. 910). O que geralmente ocorre é a eleição do resultado favorável a certo litigante como aquele apto a fazer coisa julgada, mas em tese trata-se de uma opção de política legislativa.

Já a coisa julgada *secundum eventum probationis* “é aquela que só se forma em caso de esgotamento das provas- ou seja, se a demanda for julgada procedente, que é sempre com esgotamento de prova, ou improcedente com suficiência de provas [...]” (DIDIER JÚNIOR *et al*, 2016, p. 534). Do referido conceito é possível extrair que se não houver provas suficientes para o julgamento, não há coisa julgada material e é possível a repositura da demanda.

O Código de Defesa do Consumidor, enquanto normativa que explicita de maneira mais completa como opera o instituto da coisa julgada no processo coletivo, define seus limites subjetivos de acordo com a espécie de direito material envolvido, se difuso, coletivo ou individual homogêneo.

Para os direitos difusos, foi estabelecido o efeito *erga omnes*, mas atrelado a um regime de formação da coisa julgada *secundum eventum probationis*³⁹. Havendo procedência ou improcedência por outro fundamento que não a falta de provas, produzem-se efeitos na forma citada; já se houver improcedência por insuficiência probatória, isso não acontece (MAZILLI, 2007, p. 538).

Apesar de existir coisa julgada *secundum eventum probationis* na hipótese de improcedência com suficiência de provas, pois a condicionante esteve preenchida, o artigo 103, §1º, do CDC⁴⁰ veda a extensão *erga omnes* para prejudicar nesse ponto. Isso leva a autores como DIDIER JÚNIOR e ZANETI JÚNIOR (2019, p. 477) a afirmarem que “não é correto, portanto, dizer que a coisa julgada coletiva é *secundum eventum litis*, o que é segundo o resultado do litígio é a sua extensão, apenas para beneficiar os titulares dos direitos individuais”.

Do pensamento dos autores é possível concluir que a hipótese de improcedência com suficiência de provas faz coisa julgada, mas ela é restrita ao âmbito coletivo à luz da previsão contida no art. 103, §1º, do CDC. No plano individual, por força da regra em comento, a extensão de efeitos ocorre apenas para beneficiar. É o que se depreende quando explicam que “[...] a decisão de *procedência* ou de *improcedência*, com *esgotamento de prova*, está apta a tornar-se indiscutível no âmbito coletivo” (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR (2019, p. 477).

Em seguida, para os direitos coletivos, optou-se pelo *efeito ultra partes* com o mesmo modo de produção da imutabilidade e indiscutibilidade, que depende do fundamento da sentença⁴¹. Também aqui se aplica a mesma regra de impossibilidade de extensão para prejudicar, ainda que com suficiência probatória (plano individual). No

39 Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: I - *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

40 § 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.

41 II - *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

entanto, no âmbito coletivo haverá coisa julgada material exceto se não forem reunidas provas suficientes.

Finalmente, para os direitos individuais homogêneos, o efeito *erga omnes* da coisa julgada ocorre *secundum eventum litis*⁴². Segundo MAZILLI (2007, p. 536) "ainda que a lei também diga que haverá coisa julgada *erga omnes*, no fundo a imutabilidade se limitará ao grupo, classe ou categoria de lesados, ou seus sucessores". Quanto aos limites subjetivos da coisa julgada, importa consignar que apenas na hipótese de procedência haverá a extensão dos efeitos da decisão. Todavia, aqui "não há uma regulamentação quanto à possibilidade aplicação da coisa julgada *secundum eventum probationis*" (ALVES, 2016, 273), havendo decisão da 2ª Seção do STJ no RESP 1.302.596/SP, julgado em 09.02.2015, pela impossibilidade.

Esclarecidas as condicionantes de ampliação dos limites subjetivos da coisa julgada (sempre para beneficiar, mesmo na improcedência com suficiência de provas), e forte no entendimento de que são verdadeiras garantias em favor da coletividade, importa distinguir qual o plano a que se destinam, se individual ou coletivo.

Sobre o tema, confira-se a lição de André Vasconcelos Roque:

O legislador brasileiro procurou contornar os inconvenientes dos dois modelos clássicos, ao estabelecer um regime peculiar, no qual a coisa julgada opera com eficácias diferentes nos palos coletivo e individual. No plano coletivo, a coisa julgada se apresenta *pro et contra*, impedindo que sejam repropostas ações coletivas idênticas por qualquer dos colegitimados, independentemente do resultado da demanda. Entretanto, a extensão de seus efeitos à esfera jurídica dos membros da coletividade terá eficácia *secundum eventum litis*, somente para beneficiar o grupo (art. 103 do CDC) (ROQUE, 2013, p. 6).

Do excerto supratranscrito se retira que o regime de formação da coisa julgada, em regra, continua a ser *pro et contra* no âmbito coletivo, de modo que os dois primeiros incisos do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor disciplinam como isso pode ser

42 III - *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

excepcionado. Já o inciso terceiro inciso e o parágrafo primeiro do mesmo dispositivo, por sua vez, estabelecem como o resultado da ação de grupo irá afetar o plano individual, e em quais condições.

Portanto, “o regime não é diferente daquele que incide no âmbito da tutela individual: os efeitos da sentença e a extensão da coisa julgada produzem-se normalmente, seja na hipótese de acolhimento da pretensão, seja na de rejeição, e obstam à propositura de outra ação coletiva” (TUCCI, 2007, p. 414). Nessa linha de inteligência, GIDI (1995, pp. 72/73) defende que “o que diferirá com o ‘evento da lide’ não é a formação ou não da coisa julgada, mas o rol de pessoas por ela atingidas”. DIDIER JÚNIOR *et al* (2016, p. 534) também partilham dessa posição, quando afirmam que é “[...] também o que acontece na coisa julgada coletiva: é *pro et contra*, mas somente se estende ao plano individual se favorável ao indivíduo (art. 103, Código de Defesa do Consumidor)”.

Dessa forma, é possível concluir pela existência de uma coisa julgada *pro et contra* no âmbito coletivo e uma extensão *secundum eventum litis* ao plano individual. O Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso explica a opção legislativa:

A questão dos efeitos das decisões em ações coletivas destinadas à proteção dos direitos individuais homogêneos mereceu atenção especial por parte da doutrina e da legislação. Especialmente pelas dificuldades relacionadas à notificação de todos os potenciais interessados em figurar no pólo ativo da ação, entendeu-se que a decisão desfavorável não deveria afetar quem não foi parte na demanda. A solução adotada, como consequência, foi a denominada coisa julgada *secundum eventum litis*, pela qual os efeitos subjetivos da decisão se estendem a todos os interessados, se o pedido for acolhido; mas somente aos que figurarem efetivamente no processo, no caso de sua rejeição (BARROSO, 2013, p. 22).

Apesar do autor fazer expressa menção aos direitos individuais homogêneos, já foi dito que o artigo 103, §1º, do CDC amplia essa lógica para as repercussões no plano individual da defesa de direitos difusos e coletivos *strictu sensu*.

Já se sabe que no plano coletivo a coisa julgada vinculará ambas as partes, bem como os colegitimados à propositura da ação coletiva. De outro lado, o plano individual será afetado apenas para beneficiar. Mas existem ainda hipóteses especiais que merecem

ser investigadas, a exemplo da situação do litisconsorte habilitado na ação coletiva e da pessoa que não requereu a suspensão de sua ação, pois fogem à regra da extensão *secundum eventum litis*.

Em relação à primeira, dispõe o artigo 94 do CDC 43 que após o ajuizamento de demanda coletiva visando a proteção de direitos individuais homogêneos, é possível a intervenção como litisconsorte pelos beneficiários no plano individual. Nesse ponto, MAZILLI (2007, p. 533) observa que “a lei [...] esqueceu-se de disciplinar a intervenção do lesado no processo coletivo que objetive a defesa de interesses coletivos [...] ou até mesmo [...] nas ações que versem sobre direitos difusos”. Em todo caso, esse tipo de ingresso deve ser baseado na pertinência para a demanda coletiva, como bem observou Ronaldo Lima Santos:

O ingresso dos interessados individuais como litisconsortes (assistentes litisconsorciais) nas lides coletivas para tutela de interesses individuais homogêneos deve ser aceito com cautela e somente quando reverter em benefício para a lide coletiva, não podendo a intervenção servir de instrumento para a tutela de direito individual do interveniente, de modo que retire o caráter molecular da demanda, transformando-a num conjunto de lides individuais, com prejuízo para a celeridade do processo e para o exercício do direito de defesa do réu (SANTOS, 2008, p. 125)

O autor classifica tal modalidade de intervenção como *sui generis*, pois apesar de sua intervenção ter como objeto apenas discussões pertinentes ao âmbito coletivo, o resultado da demanda o vinculará também no plano individual (SANTOS, 2008, p. 126). É o que prevê o artigo 103, §2º, do CDC, em uma interpretação *a contrario sensu*. Assim, por integrar o polo ativo da ação coletiva, o indivíduo terá vedada a discussão da mesma matéria em outro processo.

43 Art. 94. Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor.

Outra situação peculiar é aquela do indivíduo que não requereu a suspensão de sua ação individual. Primeiramente é necessário dizer que segundo o art. 104 do CDC⁴⁴ a ação coletiva não induz litispendência em relação às ações individuais. Todavia, a lei estabelece uma condição para que os efeitos da sentença coletiva sejam estendidos ao plano individual: a suspensão das ações individuais em andamento após o conhecimento de ter sido ajuizada a ação coletiva. Trata-se de providência que cumpre o fim de pacificar o conflito em um mesmo sentido, bem como de estimular que o Poder Judiciário não necessite proferir decisões em processos ajuizados simultaneamente e que versam sobre o mesmo tema.

Para DIDIER JÚNIOR e ZANETI JÚNIOR (2019, p. 196), “o indivíduo tem o direito de ser informado sobre a pendência do processo coletivo, cabendo ao réu proceder a essa informação”. A posição foi acolhida pela 1ª Turma do STJ, tal como decidido no RESP 1.593.142/DF, julgado em 07.06.2016, sendo que a inobservância do dever de comunicação pelo réu dá causa à extensão dos efeitos da sentença coletiva em caso de procedência.

Assim, para haja a extensão de efeitos *secundum eventum litis* ao plano individual, devem os futuros beneficiários com ações em andamento requererem sua suspensão.

A jurisprudência, contudo, foi mais além. Sem embargo da possibilidade do exercício do direito conferido por lei de não requerer a suspensão e, portanto, não ser beneficiado pelo resultado da ação coletiva, certos eventos acabam por gerar uma multiplicidade de processos cujo interesse público é de que sejam julgados da mesma forma. Inclusive, há precedente da 1ª Seção do STJ autorizando a suspensão das ações individuais, ainda que os interessados não tenham exercido essa opção. Confira-se:

RECURSO REPETITIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AÇÃO COLETIVA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica, nos termos da Lei nº 11.738/08. SUSTAÇÃO DE ANDAMENTO DE AÇÕES

⁴⁴ Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

INDIVIDUAIS.POSSIBILIDADE. 1. **Segundo precedentes deste Superior Tribunal, "ajuizada ação coletiva atinente a macrolide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva"**. (v.g.: REsp 1110549/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, Segunda Seção, julgado em 28/10/2009, DJe 14/12/2009). 2. Este STJ também compreende que o posicionamento exarado no referido REsp 1.110.549/RS, "não nega vigência aos arts. 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor; com os quais se harmoniza, **atualizando-lhes a interpretação extraída da potencialidade desses dispositivos legais ante a diretriz legal resultante do disposto no art. 543-C do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei dos Recursos Repetitivos** (Lei n. 11.672, de 8.5.2008)". 3. Recurso Especial conhecido, mas não provido. (REsp 1353801/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/08/2013, DJe 23/08/2013) (grifei)

Percebe-se que integra a *ratio decidendi* desse julgado uma interlocução entre o regime jurídico das ações coletivas com aquele referente aos casos repetitivos. DIDIER JÚNIOR e ZANETI JÚNIOR (2019, p. 203) avaliam se tratar de "[...] necessária racionalização do exercício da função jurisdicional, como forma de evitar decisões diversas para situações semelhantes, o que violaria o princípio da igualdade".

A coisa julgada, portanto, é instituto com muitas peculiaridades no âmbito do processo coletivo, devendo ser entendida sobretudo como garantia em favor da coletividade titular de direitos.

2.3. Limitação territorial de efeitos e jurisprudência do STJ

A ação coletiva, como se pôde perceber ao longo deste trabalho, desempenha um papel de pacificação do conflito que tem reflexos diretos nas ações individuais. O próprio regime jurídico da coisa julgada, que vinha se construindo na Lei da Ação Popular e Lei da Ação Civil Pública, consolidou-se com o advento do Código de Defesa do Consumidor em direção à extensão dos limites subjetivos do instituto para beneficiar os titulares do direito no plano individual.

De um lado, a ampliação dos limites subjetivos da coisa julgada evidencia que a solução encontrada para a ação coletiva deve ser reaproveitada para todos os titulares do direito coletivo *lato sensu* envolvido, o que se verifica a partir da opção legislativa pelo alcance *erga omnes* ou *ultra partes* da decisão.

Sob outro ângulo, tem-se o funcionamento muito particular do instituto no processo coletivo, quando estabelece uma garantia em favor da coletividade de não ver o resultado da ação de grupo atingir o plano individual senão para beneficiar, em verdadeira extensão *secundum eventum litis*. Essa é a regra geral, embora existam exceções pontuais como a figura do litisconsorte habilitado na ação que vise tutelar direitos individuais homogêneos, a que se fez devida referência no tópico pretérito.

O sistema parecia conviver harmônica e coerentemente, a partir da interlocução aberta pelos artigos 90 do CDC e 21 da LACP e da similitude das previsões normativas em torno da coisa julgada, até que tal situação veio a ser alterada com o advento da Medida Provisória (MP) 1.570/97.

A referida Medida Provisória alterou o artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, que passou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova (BRASIL, 1997)

O diferencial para a redação originária do dispositivo está na expressão “nos limites da competência territorial do órgão prolator”, que promoveu verdadeira limitação do alcance da sentença coletiva. A MP foi então convertida na Lei 9.494/97, tendo sido conservada a mudança no seu artigo segundo.

Não se pode revisar o instituto da coisa julgada sem passar pelo debate acerca da mencionada alteração legislativa, que ocupou os estudiosos do processo coletivo e também a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. A pretensão aqui não é esgotar as críticas formuladas pela doutrina ou como o STJ durante muito tempo sustentou a aplicabilidade da previsão, uma vez que correspondem a anos de disputa sobre a melhor interpretação a ser dada à controvérsia.

O objetivo então seria noticiar que a tentativa de esvaziamento do propósito da ação coletiva foi superada com a uniformização do entendimento pela Corte Especial do STJ no ERESP 1.134.957/SP, julgado em 24.10.2016.

Saber o contexto em que se insere a modificação legislativa ajuda a situar as críticas à falta de técnica adotada pelo legislador. ALVES (2016, p. 275) explica que as demandas coletivas “acabavam afetando o Governo, seja porque fiscalizavam seus atos ou porque requeriam a tutela de direitos coletivos. Diante disso, o Poder Público começou a se sentir acuado com a repercussão, dimensão e importância que as demandas coletivas alcançaram”. A observação é pertinente porque grande parte das ações de grupo são movidas em desfavor dos entes que compõem a administração pública.

TUCCI (2007, p. 417) também identifica razões semelhantes quando afirma que “por opção de cunho eminentemente político, a Medida Provisória [...] procurou conter a ‘ameaça’ que a tutela coletiva representa ao Estado, reduzindo a eficácia erga omnes [...]”. GRINOVER (1999, p. 15), por sua vez, observa que “a acolhida, cada vez mais ampla, da coisa julgada de abrangência nacional qualificando a sentença dos processos coletivos e projetando os efeitos das liminares acabou por contrariar os interesses fazendários”.

Apesar do interesse orientado em sua origem, é preciso verificar se a modificação inaugurada pela Medida Provisória 1.570/97 e mantida pela Lei 9.494/97 se sustenta quando são considerados o conjunto de dispositivos que disciplinam o tema do alcance dos efeitos da decisão proferida nas ações coletivas.

Não é demasiado lembrar que a tutela coletiva no ordenamento jurídico brasileiro se desenvolveu de forma assistemática e pulverizada no tocante às legislações que regem a matéria, de modo que qualquer tentativa de reformulação do perfil normativo desse tipo de ação deve ser lida de maneira conjunta. Essa é uma nuance das várias críticas que serão trazidas nas linhas seguintes.

A doutrina mais abalizada desenvolveu basicamente os seguintes argumentos: a) a natureza da ação coletiva é orientada para que suas decisões atinjam toda a coletividade b) o artigo 16 da LACP deve ser interpretado conjuntamente com outros diplomas, a exemplo do CDC c) o princípio da igualdade restaria violado com a possibilidade de decisões conflitantes d) a alteração legislativa incide apenas sobre direitos difusos d) há uma confusão nos conceitos de competência e abrangência da coisa julgada.

Quanto ao primeiro ponto, GRINOVER (1999, p.8) é enfática ao defender que “ou a demanda é coletiva ou não o é; ou a coisa julgada é erga omnes ou não o é [...]”, rechaçando a possibilidade de uma figura intermediária, em que a extensão de efeitos se opere pela metade ou limitadamente. DIDIER JÚNIOR e ZANETI JÚNIOR, a seu turno, apontam que “[...] a limitação não deve subsistir diante das características mais elementares do processo coletivo, tais como o tratamento molecular do litígio e a indivisibilidade do bem tutelado”.

Aqui o tratamento molecular é entendido em oposição à litigância atomizada, característica do processo civil clássico, de cunho individual. Limitar os efeitos da coisa julgada “significa multiplicar demandas, o que, de um lado, contraria toda a filosofia dos processos coletivos, destinados justamente a resolver molecularmente os conflitos de interesses [...]” (GRINOVER, 1999, p. 15).

Outro argumento que é mobilizado pelos doutrinadores é a inaptidão da mudança na Lei da Ação Civil Pública para repercutir em todo o regramento da coisa julgada no processo coletivo. Nas palavras de Hugo Nigro Mazilli:

[...] a alteração procedida no art. 16 da LACP incidiu apenas sobre esta lei, mas não alcançou o sistema do CDC. Ora, é de elementar conhecimento que é um só o sistema da LACP e do CDC, em matéria de ações civis públicas e coletivas, pois ambos os diplomas legais se interpenetram e se completam, ensejando um todo harmônico (LACP, art. 21, e CDC, art. 90). [...] de outro, o CDC disciplina adequadamente a coisa julgada na tutela coletiva (art. 103) — e seus princípios aplicam-se não só à defesa coletiva do consumidor, como também à defesa judicial de quaisquer interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, tenham ou não origem nas relações de consumo [...] Naturalmente, em face dessa conjugação de normas, restou ineficaz a alteração que o art. 2º da Lei n. 9494/97 procedeu no art. 16 da LACP” (MAZILLI, 2007, pp. 527/528).

Fica claro que o autor utiliza o microsistema de tutela coletiva para fundamentar a impossibilidade de alteração do regime jurídico da coisa julgada, já bem delineado no Código de Defesa do Consumidor de acordo com a espécie de direito coletivo *lato sensu* e que não comporta mitigação sem que esses dispositivos também sejam alterados ou suprimidos. Portanto, “o art. 16 da LACP, na redação que lhe foi dada pela Medida

Provisória, não pode ser interpretado sem se levar em consideração os arts. 93 e 103 do CDC” (GRINOVER, 1999, p. 16).

Já em relação ao princípio da igualdade, em Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. colhemos a lição de que “o direito em discussão é da categoria; a categoria tem caráter nacional; ou toda categoria tem o direito reconhecido ou ninguém dessa categoria poderia tê-lo [...] O caráter unitário da tutela dessa espécie de direitos impõe uma decisão única” (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2019, p. 501). Assim, quando apenas a alguns titulares é dada a benesse conferida pela lei de ver aproveitado o resultado da lide coletiva, viola-se o princípio em comento.

O problema da cindibilidade no reconhecimento do direito gera ainda obstáculos de sustentação teórica em matéria processual, como a “clara relação de litispendência entre as várias ações ajuizadas nos diversos estados da federação” (GRINOVER, 1999, p.8). São também questões de ordem prática, como a “[...] instauração de vários processos idênticos na hipótese de danos de âmbito regional ou nacional” (ROQUE, 2013, p. 9).

Ada Pellegrini Grinover vai mais além e diz que o artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, com a redação conferida pela Lei 9.494/97, incide apenas para direitos difusos.

Não se aplica aos direitos coletivos porque a extensão nesse caso se dá *ultra partes*, de modo que não poderia um dispositivo que trata de efeitos *erga omnes* modificar disposições concernentes a categoria jurídica diversa. Por outro lado, existe normativa específica para direitos individuais homogêneos no Código de Defesa do Consumidor, em que não houve adoção do regime da coisa julgada *secundum eventum probationis*, também há expressa menção no artigo 103, inciso III, do CDC ao benefício a todas as vítimas indistintamente (GRINOVER, 1999, pp. 16/17). Assim, a limitação não prosperaria quando a lei expressamente previu que fossem alcançados todos aqueles titulares do direito.

Finalmente, a última crítica que se deseja trazer é o fato da limitação de efeitos tomar como parâmetro a competência do órgão prolator. Segundo ALVES (2016, p. 280), “trata-se aqui da falta de técnica do legislador, geradora de uma confusão entre os conceitos de competência territorial e limites subjetivos da coisa julgada”. MAZILLI (2019, p. 527) acrescenta que a competência “nada tem a ver com a imutabilidade da sentença [...] até porque, na ação civil pública, a competência sequer é territorial, mas funcional”. Na

esteira dessas posições, GRINOVER (1999, p. 19) pontua que “o âmbito da abrangência da coisa julgada é determinado pelo pedido, e não pela competência. Esta nada é mais do que a relação de adequação entre o processo e o juiz, nenhuma influência tendo sobre o objeto do processo”.

Assim, a doutrina mais abalizada sempre viu com ressalvas os reflexos da Lei 9.494/97.

No âmbito jurisprudencial, a acolhida das contribuições doutrinárias começou com o RESP 1.1243.887/PR, de relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão, julgado em 19.10.2011. Na oportunidade, o eminente relator deixou consignado em seu voto o seguinte:

[...]bem da verdade, o art. 16 da LACP baralha conceitos heterogêneos - como coisa julgada e competência territorial - e induz a interpretação, para os mais apressados, no sentido de que os "efeitos" ou a "eficácia" da sentença podem ser limitados territorialmente, quando se sabe, a mais não poder, que coisa julgada - a despeito da atecnia do art. 467 do CPC - não é "efeito" ou "eficácia" da sentença, mas qualidade que a ela se agrega de modo a torná-lá "imutável e indiscutível (STJ, 2011, p. 15)

Outros argumentos foram mobilizados pelo Ministro, tais como o fato de que nos danos de natureza regional ou nacional, a adoção da limitação de efeitos implicaria em benefício apenas àqueles titulares que residem nas capitais; que os efeitos da sentença tem a ver “com os limites da lide e das questões decididas [...] e com as que poderiam ter sido”; que a limitação territorial de efeitos sequer ocorre no processo civil clássico, que dirá no coletivo em que se objetiva solucionar várias lides; que deve-se perquirir *quem* é atingido pela decisão e o *que* se decidiu estender, independentemente do território analisado (STJ; 2011, pp. 15/17).

Após anos de debate, eis que finalmente a matéria foi pacificada no âmbito infraconstitucional a partir do julgamento do ERESP 1.134.957/SP, julgado em 24.10.2016, de relatoria da Ministra Laurita Vaz. Foram revisitados os argumentos que embasaram a decisão proferida no RESP 1.1243.887/PR e então a Corte Especial decidiu uniformizar a jurisprudência no sentido de tal precedente.

Confira-se a ementa do julgamento em questão:

EMBARGOS DE DIVERGENCIA. PROCESSUAL CIVIL. ART. 16 DA LEI DA ACAO CIVIL PÚBLICA. ACAO COLETIVA. **LIMITACAO APRIORÍSTICA**

DA EFICÁCIA DA DECISÃO À COMPETENCIA TERRITORIAL DO ÓRGÃO JUDICANTE. DESCONFORMIDADE COM O ENTENDIMENTO FIRMADO PELA CORTE ESPECIAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICA EM JULGAMENTO DE RECURSO REPETITIVO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP N° 1.243.887/PR, REL. MIN. LUÍS FELIPE SALOMAO). DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL DEMONSTRADO. EMBARGOS DE DIVERGENCIA ACOLHIDOS.

1. No julgamento do recurso especial repetitivo (representativo de controvérsia) n° 1.243.887/PR, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao analisar a regra prevista no art. 16 da Lei n° 7.347/85, primeira parte, **consignou ser indevido limitar, aprioristicamente, a eficácia de decisões proferidas em ações civis públicas coletivas ao território da competência do órgão julgante.**

2. Embargos de divergência acolhidos para restabelecer o acórdão de fls. 2.418-2.425 (volume 11), no ponto em que afastou a limitação territorial prevista no art. 16 da Lei n° 7.347/85.

(ERESP N° 1.134.957/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Corte Especial, julgado em 24/10/2016) (grifei)

A tese fixada pelo STJ, como se depreende do acórdão prolatado, foi a de que não se pode limitar a eficácia das decisões proferidas em ações civis públicas ao território de competência do juízo que prolatou a decisão, ao menos não de forma automática.

Percebe-se, assim, que a solução adotada é a que melhor representa o traço distintivo das ações coletivas como instrumento de defesa de interesses da coletividade, estando tecnicamente amparada pelas normativas constantes no CDC sobre coisa julgada e na aplicação do microsistema de processo coletivo.

Ao maximizar o alcance da coisa julgada, tornando inoperante o art. 16 da Lei da Ação Civil Pública na parte em a vincula à competência territorial do órgão prolator da decisão, o Superior Tribunal de Justiça imprime efetividade às decisões do Poder Judiciário em matéria coletiva, pois são fio condutor para a resolução de uma multiplicidade de demandas individuais que versam sobre a mesma questão.

Com isso, a garantia de ter estendidos os efeitos da sentença coletiva apenas para beneficiar o plano individual, decorrência do regime de formação da coisa julgada *pro et contra*, mas com extensão *secundum eventum litis*, pode ser aplicada em toda sua força normativa, a qual decorre do regime jurídico previsto no Código de Defesa do Consumidor e nas Leis da Ação Popular e Ação Civil pública, interpretados sistematicamente, finalística e dialogicamente a partir de significações buscadas primeiramente no interior do microsistema.

3. CONCLUSÃO

Foi visto que sob a ótica individual, ou seja, do processo civil clássico, a coisa julgada é tradicionalmente entendida como garantia não somente pela sua posição topográfica no artigo 5º da Constituição Federal, mas também por significar para as partes no processo o primado da segurança jurídica em não ver mais a mesma questão decidida. No que concerne a terceiros que não fizeram parte da lide, encontra limites no respeito ao contraditório e à ampla defesa.

Sob a ótica coletiva, de outro lado, foi visto o particular tratamento dispensado pelo Código de Defesa do Consumidor ao instituto, na conjugação do regime de formação da coisa julgada *pro et contra* no âmbito coletivo com uma extensão subjetiva *secundum eventum litis* ao plano individual. Nesse ponto, defendeu-se o entendimento dessa peculiaridade na tutela coletiva brasileira como uma garantia em favor da coletividade no sentido de não ver o resultado da ação de grupo aproveitado aos casos individuais senão para beneficiar.

Portanto, a coisa julgada, à semelhança de outros institutos de processo, pode ser observada de maneira diferenciada na tutela coletiva não apenas pela disciplina normativa específica que lhe foi reservada, mas também porque a ação de grupo objetiva ampliar seus limites subjetivos, ainda que através de uma opção legislativa pela função garantidora em que essa ampliação ocorra apenas se favorecer o plano individual.

Quando se compara tal funcionalidade ao que acontece no processo civil clássico, vê-se que mesmo para os autores que consideram a possibilidade da coisa julgada beneficiar terceiros, como DIDIER JÚNIOR et al (2016) e MARINONI (2016), posição que encontra amparo no fato do 506 do CPC vedar apenas a extensão para prejudicar, trata-se de verdadeira exceção à eficácia inter partes típica de demandas atomizadas. O alcance

das ações coletivas, pela eficácia *erga omnes* ou *ultra partes* da decisão proferida, sem dúvida se revela muito maior.

Conclui-se que a coisa julgada é coletiva quando formada no curso de uma ação de grupo, possuindo um regime de formação *pro et contra* no que tange aos participantes da lide. No entanto, sua extensão ao plano individual ocorre apenas *secundum eventum litis*, opção legislativa garantista em benefício dos titulares do direito que não serão impedidos de buscar solução diversa daquela proferida no âmbito coletivo. Quando este último regime de formação se alia a uma eficácia subjetiva *erga omnes* ou *ultra partes*, tem-se potencializado o alcance da tutela coletiva como instrumento de solução de conflitos. Não obstante as tentativas de limitar tal funcionalidade, o que ocorreu com a edição da Lei 9.494/97, a jurisprudência se consolidou no sentido de tornar inoperante o art. 16 da Lei da Ação Civil Pública no ponto que trata da eficácia subjetiva adstrita à competência do órgão prolator, maximizando assim os ganhos decorrentes da ação coletiva e preservando a coerência do sistema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Cezar Augusto Pinheiro de. **A coisa julgada coletiva**. 153f.2014. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, São Paulo.

ALVES, Gustavo Silva. Os limites subjetivos da coisa julgada coletiva, as impropriedades do artigo 16 da Lei 7347/85 e a possibilidade de uma futura mudança na jurisprudência do STJ à luz da técnica do julgamento-alerta. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Ano 10. Vol.17. n.2. jul/dez.2016. Rio de Janeiro. pp. 266-297.

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

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo**. Salvador: Juspodivm, 2019.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11.ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

GIDI, Antônio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva: 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A ação civil publica no STJ. In: **STJ 10 anos : obra comemorativa 1989-1999**[S.l.: s.n.], 1999. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/Dezanos/article/viewFile/3396/3519>. Acesso em 28.05.2019, às 22:10

GRINOVER, Ada. Pellegrini. Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 79, p. 283-307, 1 jan. 1984. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67016>. Acesso em: 01 jun 2019.

MARINONI, Luis Guilherme. Coisa julgada sobre questão, inclusive em benefício de terceiro. **Revista de Processo**. Vol. 259, pp. 97-116. set, 2016. Disponível em: http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2016/10/PROF-MARINONI-cópia-de-Coisa_julgada_sobre_questao_inclusive_em.pdf.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimonio cultural, patrimonio público e outros interesses**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil: volume único**. 10.ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

ROQUE, André Vasconcelos. As ações coletivas no direito brasileiro contemporâneo: de onde viemos, onde estamos e para onde vamos. **Revista Eletrônica de Direito Processual-REDP**. Volume 12. n12, 2013. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/8671>. Acesso em 01 jun 2019.

SANTOS, Ronaldo Lima. Intervenção assistencial nas ações coletivas. **Boletim Científico. Escola Superior do Ministério Público da União- ESMPU**. Brasília, a.7, n27, abr/jun, 2008. pp. 105-130.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada nas ações coletivas. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v.102.p.399-424. jan/dez.2007.

ZUFELATO, Camilo. **Coisa julgada coletiva**. São Paulo, Saraiva: 2011.

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

BRASIL. Lei 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm. Acesso em: 18. Jul. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 21. jul.2019.

BRASIL. Medida Provisória 1.570, de 26 de março de 1997. Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera as leis n°s 8.437, de 30 de junho de 1992, e 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/1996-2000/1570.htm. Acesso em: 03 jun. 2019.

STJ. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL: ERESP 1134957/SP: Relator: Ministra Laurira Vaz. DJ: 30/11/2016. STJ.2016. Disponível em: https://www.idec.org.br/ckfinder/userfiles/files/Decisao%20Corte%20Especial%20STJ_abrancia ACP.pdf. Acesso em: 03 ago. 2019.

STJ. RECURSO ESPECIAL: RESP 1353801/RS. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques: DJ: 23/08/2013. STJ, 2013: Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24027439/recurso-especial-resp-1353801-rs-2012-0191029-0-stj>. Acesso em: 02 ago. 2019.

STJ.RECURSO ESPECIAL: RESP 1593142/DF. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: DJ: 21/06/2016. STJ. 2016. Disponível em: <https://www.portaljustica.com.br/acordao/1465>. Acesso em: 02 ago.2019.

STJ. RECURSO ESPECIAL: RESP 1302596/SP. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Relator para acórdão Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. DJ: 01/02/2016. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;secao.2:acordao;resp:2015-12-09;1302596-1502378>. Acesso em: 02 ago.2019.

STJ. RECURSO ESPECIAL: RESP 1243887/PR. Relator: Luis Felipe Salomão, Relator para acórdão Ministro Luís Felipe Salomão. DJ: 11/05/2016. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20111212-05.pdf Acesso em: 03 ago. 2019.

O AMICUS CURIAE NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

MARTA SCHWANCK FERNANDES:

Pós graduanda em Direito Processual Civil pela Universidade Estadual de Ponta Grossa. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa. Advogada.

Resumo: Este trabalho tem por objetivo avaliar o instituto do *amicus curiae*, implantado no sistema de processo civil através da promulgação da Lei 13.105/2015. Primeiramente, fez-se uma breve análise da intervenção de terceiros, relacionando os cinco tipos expostos no Código de Processo Civil. Após, realizou-se uma abordagem do seu conceito, origem, evolução histórica e aplicabilidade anterior à Lei 13.105/2015. Por fim, analisou-se o instituto sob o abrigo da nova legislação processual civil, apontando os aspectos objetivos e subjetivos para a sua aplicação em Juízo, bem como destacando a sua relevância. Através do presente artigo, concluiu-se que o instituto estudado é algo que nos dias de hoje pode vir a ser utilizado no primeiro grau de jurisdição, não reduzindo a sua intervenção e possibilidade de qualificação das decisões judiciais aos Tribunais Superiores. Ainda, o reconhecimento expresso do instituto do *amicus curiae* no processo civil brasileiro possibilita um estímulo à participação e representação da sociedade em processos, promovendo, assim, uma maior qualidade no debate jurisdicional. Todavia, a apuração de resultados efetivos de sua atuação na primeira instância ainda não podem ser exaustivamente indicados, por ser uma novidade exposta no novo Código de Processo Civil, necessitando de um lapso temporal para ser verificado.

Palavras-chave: Intervenção de terceiros. *Amicus curiae*. Lei 13.105/2015. Novo código de processo civil.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende analisar o instituto do *amicus curiae*, o qual foi expressamente disciplinado no sistema processual brasileiro com a vigência do Código de Processo Civil, através da promulgação da Lei 13.105/2015. Sabe-se que o *amicus curiae* possui um papel de grande relevância ao direito, sendo muito difundido em ordenamentos jurídicos ao redor do mundo.

Havia no Brasil, antes da previsão que adveio com a edição da Lei 13.105/2015, diversas leis esparsas que traziam a aplicação do instituto aqui estudado, tendo maior incidência nos Tribunais Superiores, no que diz respeito ao controle concentrado de constitucionalidade. Contudo, com a vigência do novo Código de Processo Civil, o art. 138 dispôs que o juízo de primeiro grau também poderá se valer do *amicus curiae*, trazendo os benefícios de sua intervenção aos processos como um todo.

O maior propósito da aplicabilidade do artigo 138 é trazer democratização ao debate jurisdicional. Temáticas que tratam de relevantes questões sociais, bem como aquelas relativas à questões e matérias específicas, demandam a atuação do “amigo da corte”, o qual possui um conhecimento intrínseco maior e proporciona uma visão mais segura ao magistrado e, conseqüentemente, à sociedade como um todo, haja vista que os interesses dispersos na sociedade serão diretamente abalados pela decisão final.

O instituto visa proteger os direitos difusos e coletivos que permeiam a sociedade, haja vista que um terceiro estranho à lide irá intervir no sentido de transmitir ao magistrado uma perspectiva que vai além de benefícios próprios, ou seja, na defesa de interesses institucionais que extravasam o processo e as partes que o compõe.

A figura do *amicus curiae* é bastante difundida em outros regulamentos de direito comparado, especialmente nos Estados Unidos, onde o *friend of the court* é regulado na *rule 37* e na *rule 29* dos regimentos internos da Suprema Corte Americana e na Corte de Apelação Norte Americana, respectivamente, orientando os julgadores em matérias que lhe escapam ao conhecimento.

Longe de se exaurir o estudo ou, tampouco, obter uma conclusão completa sobre o tema, a finalidade maior desta pesquisa é colaborar com a discussão jurídica a respeito deste novo instituto recém-introduzido no direito brasileiro, o qual, conforme anteriormente mencionado, constitui importante conquista na busca de um Estado Democrático Constitucional de Direito.

1. BREVE ANÁLISE DAS INTERVENÇÕES DE TERCEIROS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

1.1. ASSISTÊNCIA

Trata-se de intervenção de terceiros espontânea, ou seja, quando o interveniente ingressa no processo por iniciativa própria e atua em prol de uma das partes (assistido), visando um benefício direto ou indireto com a prolação de alguma decisão. É a primeira modalidade de intervenção a que o Código de Processo Civil (CPC) se refere, conforme leitura do art. 119 e seguintes do diploma legal mencionado.

A assistência pressupõe que haja um interesse jurídico do terceiro interveniente, e não apenas econômico, podendo ocorrer em qualquer procedimento e grau de jurisdição, conforme disposição do parágrafo único do artigo 119 do CPC. Admite-se tal intervenção apenas quando o terceiro interessado indicar que será influenciado juridicamente pela decisão a ser proferida em processo de que não faz parte. Alegações de que sofrerá prejuízos de ordem econômica ou de outra natureza não são suficientes para que o terceiro passe a integrar a lide.⁴⁵

Didier Jr. explica que tais prejuízos podem ser diretos ou reflexos.

Esses prejuízos podem ser diretos/imediatos ou reflexos/mediatos. Àqueles corresponde a figura do assistente litisconsorcial; a esses, a do simples. A intervenção permite ao assistente, de certo modo, tentar influenciar no julgamento da causa. O interesse jurídico é pressuposto da intervenção. Não se autoriza a assistência quando o interesse for meramente econômico ou afetivo. O interesse jurídico manifesta-se seja pelo fato de o terceiro manter relação jurídica vinculada à que está deduzida, seja por ele se afirmar titular da relação jurídica deduzida.⁴⁶

Outrossim, quando o parágrafo único dispõe que o assistente receberá o processo no estado em que se encontre, "significa dizer que a intervenção do assistente não reabrirá oportunidades, atos, ou fases do processo que já tenham sido ultrapassados ou consumados".⁴⁷

45 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil - volume único**. 8. ed. Salvador : JusPodivm, 2016. p. 274.

46 DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador : Jus Podivm, 2015. p. 479-480.

47 BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil : inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016**. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2016. p.167.

Ainda, o pedido de intervenção deve ser submetido ao contraditório, devendo ser ouvidas as partes integrantes da lide, ou seja, o assistido e a parte contrária. Superada essa etapa, irá o magistrado deferir a assistência ou não, verificando sempre se o interesse jurídico a que a parte se refere efetivamente existe, bem como se justifica-se a intervenção ante ao que se discute no processo.⁴⁸

Existem duas modalidades de assistência, a simples, estabelecida nos artigos 121 a 123 do CPC, e a litisconsorcial, prevista no artigo 124 do mesmo código.

Da leitura dos dispositivos citados, extrai-se que a assistência simples é aquela em que a decisão judicial afeta de modo indireto/reflexo o assistente, ou seja, ele torna-se terceiro interveniente, pois a tutela jurisdicional a ser recebida depende da relação material que está sendo julgada, da qual ele não participa.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero entendem que a modalidade simples de assistência mostra-se uma intervenção de terceiro propriamente dita.

A assistência simples constitui forma exata de intervenção de terceiro. Nela, um sujeito que se vê na contingência de ser indiretamente prejudicado por uma sentença é autorizado a ingressar no processo em que ela será proferida para *auxiliar* uma das partes e com isso tentar evitar tal prejuízo. Pela assistência, além de prestar auxílio à parte, pode o terceiro *fiscalizar* a atuação das partes em juízo a fim de evitar conluio tendente à indevida violação de sua esfera jurídica.⁴⁹

Os interesses do assistente simples vinculam-se e subordinam-se aos do assistido, contudo o direito material do terceiro interveniente é diverso daquele que está sendo discutido em juízo entre o assistido e a parte contrária. Da leitura do artigo 122 do Código de Processo Civil, tem-se que a procedência do pedido, desistência da ação, renúncia ao direito sobre o que se funda a ação ou transação acerca dos pontos controvertidos podem ocorrer normalmente em lides que possuam assistentes simples. Contudo, nos casos de

⁴⁸ BUENO, loc. cit.

⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de direito processual civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2015. p. 94.

omissão ou revelia do assistido, assumirá o assistente a condição de substituto processual.⁵⁰

Analisando o artigo 123 do CPC, o assistente não poderá discutir em processo posterior a "justiça da decisão", com exceção de casos específicos expressos em lei, tais como ter sido impedido de produzir provas que poderiam influir na sentença ou não ter conhecimento de alegações ou de provas das quais o assistido, por dolo ou culpa, não as utilizou.

Já a assistência litisconsorcial, que vem regulamentada no art. 124 do CPC, diz respeito à intervenção em que o terceiro interveniente possui legitimação extraordinária, ou seja, está diretamente vinculado ao direito material discutido no processo. Quando do seu ingresso, o terceiro assume *status* de parte. Luiz Guilherme Marinoni afirma que "tendo em vista o fato de o assistente litisconsorcial ser na verdade igualmente titular do direito debatido em juízo, é inquestionável a sua qualidade de parte, sendo assim atingido pela coisa julgada (art. 506 do CPC/2015) – e não pela justiça da decisão (art. 123 do CPC/2015)".⁵¹

Segundo Neves:

(...) a assistência litisconsorcial é excepcional, diferenciando-se substancialmente da assistência simples. A principal diferença entre essas duas espécies de assistência diz respeito à natureza da relação jurídica controvertida apta a permitir o ingresso do terceiro no processo como assistente. Na assistência litisconsorcial o terceiro é titular da relação jurídica de direito material discutida no processo, sendo, portanto, diretamente atingido em sua esfera jurídica pela decisão a ser proferida. Dessa forma, o assistente litisconsorcial tem relação jurídica tanto com o assistido quanto com a parte contrária, afinal todos eles participam da mesma relação de direito material,

50 DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 19. ed. São Paulo : Atlas, 2016. p. 306-307.

51 MARINONI, op. cit., p. 97.

diferente do que ocorre no litisconsórcio simples, no qual há relação jurídica do assistente com o adversário do assistido.⁵²

Por fim, salienta-se que de acordo com o artigo 120 do CPC, o pedido de ingresso no processo, tanto na forma simples quanto litisconsorcial, será deferido pelo juízo, salvo se houver impugnação no prazo de 15 dias e se for caso de rejeição liminar. Verificando-se tal insurgência, o juiz da causa decidirá o incidente, sem a suspensão processual.⁵³

1.2. DENUNCIAÇÃO À LIDE

A denúncia à lide é uma modalidade de intervenção de terceiros que visa, precipuamente, trazer ao processo a pessoa responsável por ressarcir alguma das partes integrantes da lide diante do resultado advindo do julgamento, seja ela o autor ou o réu, conforme disposição do art. 125 e seguintes do CPC.⁵⁴

O instituto sofreu significantes alterações com a vinda do novo CPC. A denúncia não é mais obrigatória, como disciplinava o artigo 70 do CPC de 1973, confirmando o entendimento majoritário da jurisprudência e doutrina acerca da faculdade de se denunciar à lide, até mesmo nas hipóteses de evicção.

De acordo com Neves:

Serve a denúncia à lide para que uma das partes traga ao processo um terceiro que tem responsabilidade de ressarcir-la pelos eventuais danos advindos do resultado desse processo. O direito regressivo da parte contra terceiros (ou excepcionalmente contra a própria parte contrária), portanto, é o fator principal que legitima a

52 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil - volume único**. 8. ed. Salvador : JusPodivm, 2016. p. 276.

53 Art. 120. Não havendo impugnação no prazo de 15 (quinze) dias, o pedido do assistente será deferido, salvo se for caso de rejeição liminar.

54 Art. 125. É admissível a denúncia da lide, promovida por qualquer das partes:

I - ao alienante imediato, no processo relativo à coisa cujo domínio foi transferido ao denunciante, a fim de que possa exercer os direitos que da evicção lhe resultam;

II - àquele que estiver obrigado, por lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo de quem for vencido no processo.

denúnciação da lide. A denúnciação da lide é uma espécie de intervenção coercitiva, estando vinculado o denunciado à demanda em razão de sua citação, pedida tempestivamente por autor ou réu.⁵⁵

Extraí-se da leitura dos artigos que dispõem acerca da denúnciação à lide, que o instituto serve à parte que possivelmente será condenada a ressarcir a outra em decorrência do resultado do processo, agindo regressivamente nos próprios autos. Pode, ainda, a denúnciação ser indeferida, hipótese em que o direito regressivo ocorrerá em ação autônoma.⁵⁶

A intervenção pode partir tanto do autor quanto do réu, sendo que, dependendo do desenrolar do processo, o denunciado disporá de uma dupla função nos autos: passará a ser assistente simples do denunciante, haja vista o seu interesse na vitória deste, bem como poderá ser condenado ao ressarcimento do prejuízo que poderá recair sobre o denunciante, figurando, nessa hipótese, como uma espécie de demandado.⁵⁷

Houve, com a edição do novo CPC, uma limitação à denúnciação à lide sucessiva e a proibição da denúnciação *per saltum*. Através da leitura do §2º do art. 125 do CPC, vê-se que o legislador optou por limitar a possibilidade de denúnciação sucessiva a uma única vez, não podendo o denunciado sucessivo promover nova denúnciação, devendo o direito de regresso ser exercido em ação autônoma.⁵⁸

Já a denúnciação *per saltum*, ou seja, aquela realizada a qualquer um dos alienantes anteriores, e não ao imediato, desapareceu do diploma legal quando o art. 1.072, II do CPC veio a revogar expressamente o artigo 456 do CC.

55 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil - volume único**. 8. ed. Salvador : JusPodivm, 2016. p. 286.

56 Art. 125, § 1º: O direito regressivo será exercido por ação autônoma quando a denúnciação da lide for indeferida, deixar de ser promovida ou não for permitida.

57 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de direito processual civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2015. p. 103.

58 Art. 125, § 2º: Admite-se uma única denúnciação sucessiva, promovida pelo denunciado, contra seu antecessor imediato na cadeia dominial ou quem seja responsável por indenizá-lo, não podendo o denunciado sucessivo promover nova denúnciação, hipótese em que eventual direito de regresso será exercido por ação autônoma.

De acordo com Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello:

(...) A questão sempre foi controvertida porque, ao se admitir a denunciação *per saltum*, estar-se-á permitindo que o denunciante se volte contra quem não mantém relação jurídica de direito material. Para a doutrina majoritária e jurisprudência, a denunciação *per saltum* estaria autorizada pelo art. 456 do CC, segundo o qual 'Para poder exercitar o direito que da evicção resulta, o adquirente notificará do litígio o alienante imediato ou qualquer dos anteriores, quando e como lhe determinarem as leis do processo'. Estar-se-ia em face de hipótese de legitimação extraordinária, em que 'o alienante mediato estaria em juízo discutindo relação jurídica do alienante imediato'.⁵⁹

A inovação mencionada acabou por impossibilitar o denunciante de trazer à lide pessoas que nada teriam a ver com a relação jurídica de direito material primária, no caso, os alienantes mediatos.

1.3. CHAMAMENTO AO PROCESSO

Esta forma de intervenção de terceiros não foi modificada pelo novo Código de Processo Civil, sendo recepcionado integralmente pelo diploma mencionado. Encontra previsão nos artigos 130 a 132 do CPC e apenas o réu pode promovê-lo.

Na definição de Humberto Theodoro Jr.:

"chamamento ao processo é o incidente pelo qual o devedor demandado chama para integrar o mesmo processo os coobrigados pela dívida, de modo a fazê-los também responsáveis pelo resultado do feito (...) Com essa providência, o réu obtém sentença que pode

⁵⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. [et al.] **Primeiros comentários ao novo código de processo civil : artigo por artigo**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 396.

ser executada contra o devedor principal ou os codevedores, se tiver de pagar o débito”.⁶⁰

É a forma de intervenção que objetiva trazer à lide aqueles terceiros que deveriam figurar como réus juntamente com a parte que compõe o polo passivo, ampliando o rol de codevedores.

Para Wambier e Talamini:

O objetivo fundamental deste instituto é a criação de título executivo para posterior sub-rogação. Com isso quer-se dizer o seguinte: B, sendo acionado por A, e perdendo a ação, se tiver chamado ao processo os demais devedores solidários, pode, pagando A, subrogar-se em seus direitos de credor, para acionar os demais codevedores.⁶¹

Ainda, da leitura dos artigos que tratam do tema, extrai-se que o réu da ação primitiva chama para participar do processo terceiro que, nos termos dos incisos do art. 130, tem, juntamente com ele, uma obrigação com relação ao autor do processo, ou seja, só se chama ao processo quem, pelo direito material, possua um nexo obrigacional com o autor.⁶²

O chamamento possui caráter facultativo e poderá ser requerido pelo réu na contestação, devendo a citação dos chamados ser promovida em 30 (trinta) dias, sob pena de se tornar sem efeito.⁶³

1.4. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Esta modalidade de intervenção de terceiros é novidade advinda com a edição da Lei 13.105/2015. Encontra-se regulamentado nos artigos 133 a 137 do CPC e objetiva

⁶⁰ THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 53. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 159.

⁶¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil - teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 15 ed. rev. e atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2015. p. 375.

⁶² THEODORO JR., op. cit.

⁶³ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil : inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016**. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2016. p.176.

adentrar ao patrimônio da pessoa física visando liquidar débitos provenientes da pessoa jurídica.

Segundo Scarpinella Bueno:

O instituto tem como objetivo viabilizar o que a prática forense consagrou com o nome de “redirecionamento de execução” ou, de forma mais precisa, criar condições para que, ao longo do processo (de forma incidental, portanto, daí o nome “incidente”), sejam apuradas as razões pelas quais o direito material autoriza a responsabilização de pessoas naturais por atos praticados por pessoas jurídicas.⁶⁴

A intervenção ora tratada deve ser provocada, a pedido do Ministério Público, quando este intervir no processo (inclusive como fiscal da ordem jurídica), ou da parte, observando-se os requisitos legais para tanto. Ademais, prevê o CPC a hipótese de desconsideração da personalidade jurídica inversa, ou seja, intenção de responsabilizar a pessoa jurídica por atos praticados pelas pessoas físicas que comandam a empresa.⁶⁵

Para Marinoni, Arenhart e Mitidiero:

Em caso de abuso de personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir que os efeitos de certas e determinadas relações obrigacionais sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica (art. 50 do CC). A desconsideração da personalidade jurídica depende, nesse caso, de requerimento da parte interessada ou do Ministério Público (art. 50 do CC). (...). O requerimento visando à desconsideração da personalidade jurídica é admissível em qualquer fase do procedimento comum, inclusive na fase de cumprimento de sentença, e no procedimento diferenciado para execução fundada

64 BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil : inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016.** 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2016. p.177.

65 BUENO, loc. cit.

em título executivo extrajudicial. A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas. O incidente de descon sideração tem o condão de suspender o processo (art. 134, §3º), salvo quando requerido na inicial.⁶⁶

Ademais, o CPC é muito claro quanto à necessidade de que a descon sideração atenda amplamente aos princípios do contraditório e da ampla defesa. A partir do momento em que o juiz defere a descon sideração, os atos constritivos que irão alcançar o patrimônio dos sócios passarão a ser legítimos, respondendo os bens dos sócios pelas dívidas da sociedade.

Deste modo, busca-se com essa modalidade de intervenção bens dos sócios que respondam à dívida contraída pela pessoa jurídica.

2.AMICUS CURIAE

2.1. CONCEITO

Trata-se de modalidade de intervenção de terceiros através da qual uma pessoa, natural ou jurídica, intervém no processo com o objetivo de levar ao magistrado elementos que possibilitem o proferimento de uma decisão que caminhe em consonância com os interesses da sociedade em um sentido amplo, os quais, sem sombra de dúvida, serão afetados pelo resultado do processo. Sua finalidade, de modo geral, é viabilizar uma democratização das decisões jurisdicionais, ou seja, é “terceiro que intervém em benefício da jurisdição”.⁶⁷

O *amicus curiae* pode ser pessoa natural, jurídica ou órgão ou entidade especializado. A opção legislativa é clara: ampliar o rol de entes aptos a ser *amicus curiae*.⁶⁸

66 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de direito processual civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2015. p. 105-106.

67 Cf. STF, ADI 3.460/DF, Pleno, j. 12.02.2015, rel. Min. Teori Zavaski, DJe 12.03.2015.

68 DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador : Jus Podivm, 2015. p. 523.

Tal instituto, edificado à luz da pluralização do debate judicial, difere-se das demais modalidades de intervenção de terceiros previstas no CPC. 69

Pantaleão explica a razão desta modalidade de intervenção de terceiros divergir tanto das demais.

Podemos definir o *amicus curiae* como o sujeito processual, pessoa natural ou jurídica, que atua em processos, cuja matéria for relevante. Ele não é parte e sim terceiro interveniente. Porém, o interesse jurídico que habilita sua participação não é o mesmo que habilita os demais terceiros. O interesse jurídico que o *amicus curiae* manifesta é um interesse institucional, assim entendido aquele interesse jurídico que ultrapassa a esfera jurídica de um indivíduo apenas, mas sim que interessa a toda a sociedade e que é defendido por grupos ou segmentos sociais. O *amicus curiae* não atua em prol de uma pessoa, mas sim defende um interesse que é compartilhado difusa ou coletivamente por um grupo.⁷⁰

A atuação dos “amigos da corte” não é como meros assistentes litisconsorciais, bem como não estão estes legitimados a atuar na defesa absoluta dos seus próprios interesses. Mesmo que os defendam, como inevitavelmente ocorre, devem fazê-lo conscientes de que tal intervenção é aceita tão somente para enriquecer e cooperar com o debate jurídico, auxiliando o magistrado a chegar à decisão mais justa, que caminhe em consonância com as peculiaridades das múltiplas relações interpessoais que diariamente são submetidas à sua apresentação.⁷¹

Acerca do interesse institucional que o *amicus curiae* carrega consigo, tem-se o ensinamento de Daniel Amorim Assumpção Neves:

69 CUNHA, José Sebastião Fagundes; BOCHNEK, Antonio César; CAMBI, Eduardo. **Código de processo civil comentado**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2016. p. 277.

70 PANTALEÃO, Izabel Cristina Pinheiro Cardoso. **Estudo comparativo da intervenção de terceiros no atual sistema e no projeto do novo código de processo civil** (PLS 166/2010). Revista de Processo. v. 213, p. 261-278, novembro, 2012.

71 Cf. STF, ADI 4.832/DF, rel. Min. Rosa Weber, Dje 06.02.2013.

(...) demonstra-se a existência de um interesse institucional por parte do *amicus curiae*, que, apesar da proximidade com o interesse público com este não se confunde. O interesse institucional é voltado à melhor solução possível do processo por meio do maior conhecimento da matéria e dos reflexos no plano prático da decisão. Esse verdadeiro interesse jurídico, diferente do interesse jurídico do assistente, porque não diz respeito a qualquer interesse subjetivo, é justamente o que legitima a participação do *amicus curiae* no processo.⁷²

Descarta-se a intervenção quando “a apresentação de subsídios instrutórios fáticos ou jurídicos já não tiver mais relevância”.⁷³

2.2. ORIGEM HISTÓRICA E EVOLUÇÃO DO INSTITUTO

As origens do *amicus curiae* remontam ao período romano, contudo o instituto possuía características bem diferentes da figura que conhecemos hoje. Historiadores e romanistas afirmam, sob uma ótica histórica, ter dúvidas acerca da influência do direito romano na criação do *amicus curiae* da nossa atualidade, contudo a suposição de que a figura hoje existente derivou do *consiliarius* romano é uma hipótese aceita.⁷⁴

O *consilium* era um órgão formado por vários *consiliarius* (colegiado) e seu papel na sociedade era significativo, vez que era uma espécie de órgão consultivo do juízo, podendo atuar individualmente (*iuris peritus*) ou como membro do *consilium*.⁷⁵

Ainda, a diferença substancial entre o *consiliarius* e o *amicus curiae* é que este sempre pôde intervir no processo espontaneamente, desde as mais antigas origens no direito inglês, bem como sua participação no processo visava tão somente o interesse

72 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 304.

73 TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; DANTAS, Bruno (coords.). **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015. p. 441.

74 BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro – um terceiro enigmático**. São Paulo : Saraiva, 2006. p. 111-113.

75 RAZABONI, Olívia Ferreira. **Amicus curiae: democratização da jurisdição constitucional**. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-28062010-090023/pt-br.php>>. Acesso em: 07 ago. 2017.

jurídico. Já a intervenção daquele pressupunha a convocação do magistrado, tendo uma atuação estritamente neutra.⁷⁶

A única conclusão a chegar é que, se é possível estabelecer um paralelo entre o *amicus curiae* do direito inglês e o *consiliarium* continental, o mesmo paralelo não tem a menor razão de ser no que diz respeito à modalidade interventiva espontânea do *amicus*. Ela se limitaria aos casos em que o *amicus* é chamado a juízo pelo próprio magistrado.⁷⁷

Outra possibilidade do surgimento do *amicus curiae* é a figura do *advocatus* do direito romano primitivo. A essa figura se atribuía a função de auxiliar as partes com as questões fáticas que surgiam no desenrolar do processo, resguardando a matéria jurídica aos juriconsultos. Em decorrência dessa intervenção é que o antigo *advocatus* teria reaparecido no processo dos países anglo-saxônicos, contudo como um auxiliar do juiz, e não das partes.⁷⁸

Em que pese as considerações acima apresentadas, de que o instituto teve uma possível derivação do direito romano, foi no antigo direito inglês que o *amicus curiae* desenvolveu a formatação jurídica atual. Ressalta-se que não se sabe ao certo qual foi a origem exata do instituto.⁷⁹

Segundo Frank M. Covery Jr., a verdadeira origem do *amicus curiae* se deu no direito penal inglês da época medieval. Naquela época não havia o benefício de nomeação de um defensor aos acusados de graves infrações criminais. Contudo, havia uma preocupação relativamente à defesa desses acusados, principalmente quanto à má aplicação do direito ou de equívocos no julgamento. Assim, a intervenção do *amicus curiae*

76 RAZABONI, Olívia Ferreira. ***Amicus curiae: democratização da jurisdição constitucional***. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-28062010-090023/pt-br.php>>. Acesso em: 07 ago. 2017.

77 BUENO, Cassio Scarpinella. ***Amicus curiae no processo civil brasileiro – um terceiro enigmático***. São Paulo : Saraiva, 2006. p. 198-199.

78 RAZABONI, op. cit.

79 BUENO, Cassio Scarpinella. Quatro perguntas e quatro respostas sobre o *amicus curiae*. Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/022.pdf>>. Acesso em 08 de ago. 2017.

passou ocorrer objetivando eliminar essa lacuna existente dentro do direito penal, sendo sua atuação estendida às demais hipóteses.⁸⁰

Posteriormente, o *amicus curiae* passou a apresentar-se na corte nas causas que não envolviam interesses governamentais na qualidade de “*attorney general*” ou, mais amplamente, *counsels*. Essa função era a de apontar, sistematizar e atualizar eventuais precedentes e leis que por algum motivo eram desconhecidas para os juízes.⁸¹

Competia a ele, portanto, a função de desempenhar a atividade de *shepardizing*, ou seja, identificar os precedentes de casos, sua *ratio decidendi* e sua evolução.⁸²

A intervenção do *amicus curiae* nesse período era totalmente neutra. Conforme ensinamentos de Gustavo Fontana Pedrollo e Letícia de Campos Velho Martel:

De início, o *amicus curiae* consubstanciava-se em um parecer jurídico, forjado por pessoas sem interesse direto na causa, que levavam ao conhecimento do órgão julgador precedentes cabíveis não examinados e questões de direito úteis e relevantes para a solução de uma lide. Era uma sistemática de contribuição desinteressada; alguns autores mencionam, inclusive, o caráter de neutralidade assumido pelo *amicus* no deslinde jurisdicional de um caso.⁸³

As hipóteses de admissão e as atribuições do *amicus curiae* não eram regulamentadas, resultando na arbitrariedade da corte no momento de admitir e delimitar a atuação do terceiro interveniente.⁸⁴

Todavia, graças à maleabilidade e escassez de regras acerca da intervenção do *amicus curiae*, as cortes inglesas permitiram que se desenvolvesse um instituto adaptável

80 RAZABONI, op. cit.

81 Revista do instituto dos advogados de São Paulo. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-28062010-090023/pt-br.php>>. Acesso em 08 de ago. 2017.

82 BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro – um terceiro enigmático**. São Paulo : Saraiva, 2006. p. 90.

83 PEDROLLO, Gustavo Fontana; MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Amicus curiae: elemento de participação política nas decisões judiciais/constitucionais**. Disponível em: <<http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/19cb5/19d0f/1a224?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0>> . Acesso em: 09 de ago. 2017.

84 BUENO, op. cit., p. 91.

às situações que demandavam a sua atuação, principalmente na busca de respostas para os problemas que decorriam do próprio sistema jurídico inglês.⁸⁵

Outra razão que impulsionou o desenvolvimento do instituto é devido ao fato de prevalecer no *common law* inglês o chamado *adversary system*. Isso porque tal sistema é caracterizado por conceder às partes litigantes grande liberdade dentro do processo, tal como a escolha do rito, suas etapas, e colheita de provas. Deste modo, como as partes estavam “no controle” do processo e a atuação do juiz restringia-se ao *trial*, não havia uma observância à atividade processual propriamente dita. Sendo assim, a figura do *amicus curiae* se estendeu e o terceiro passou a corroborar com a administração da justiça, evitando que as partes trouxessem prejuízo à terceiro estranho à lide, mas que poderia ser indiretamente atingido pela decisão da corte.⁸⁶

A evolução da figura do *amicus curiae* trouxe ao próprio *adversary system* certa democratização, vindo a ampliar a possibilidade de defesa de interesses de pessoas que não compunham formalmente o processo, ajudando a corte em aspectos que antes fugiam de seu alcance , desde a prestação de dados até a participação em casos de seu próprio interesse, ou de toda a coletividade.⁸⁷

Atualmente, a intervenção do *amicus curiae* restringe-se aos casos em que o *attorney general*, equivalente ao nosso Procurador Geral da República ou Advogado Geral da União, intervém em juízo em benefício de interesses públicos ou com a intenção de defender os interesses da Coroa britânica.⁸⁸

Da Inglaterra, o *amicus curiae* disseminou-se aos demais países do globo. Foi nos Estados Unidos que o instituto desenvolveu-se de forma ampla e passou a ser visto internacionalmente. Contudo, o terceiro interveniente neutro inglês outrora abordado

85 RAZABONI, Olívia Ferreira. **Amicus curiae: democratização da jurisdição constitucional**. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-28062010-090023/pt-br.php>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

86 DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. **Amicus curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional**. Curitiba : Juruá, 2007. p. 26-27.

87 DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. **Amicus curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional**. Curitiba : Juruá, 2007. p. 28-29.

88 RAZABONI, Olívia Ferreira. **Amicus curiae: democratização da jurisdição constitucional**. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-28062010-090023/pt-br.php>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

transformou-se em um terceiro ativo e interessado, participando ativamente do processo e aspirando a vitória de uma das partes. Surgiu, assim, um “novo” *amicus curiae*, apto a intervir no processo e deter poderes que antes eram reservados apenas às partes.⁸⁹

Acredita-se que a primeira intervenção do *amicus curiae* no direito estadunidense ocorreu em 1812, no caso “The Schooner Exchange v. McFadden”. Tem-se que o *Attorney General* dos Estados Unidos foi chamado a integrar o caso para que opinasse sobre questão relativa à marinha americana.⁹⁰

Há diversos outros casos e precedentes que realçam a atuação do *amicus curiae* no direito americano, com a gradativa composição de seu modelo atual. Segundo os ensinamentos de Elisabetta Silvestri, a transformação e evolução do terceiro interveniente no direito americano decorreu do arranjo institucional do seu ordenamento jurídico. No início, a intervenção do *amicus curiae* ocorria tão somente nos casos em que a administração federal ou outro ente federado compunha o litígio, sendo que a atuação do terceiro objetivava, precipuamente, a prevalência do interesse público sobre o privado.⁹¹

Todavia, a grande transformação do instituto se deu a partir do momento em que a jurisprudência americana também passou a aceitar que o *amicus curiae* particular intercedesse em causas que não envolvessem interesses públicos.⁹²

Devido a esta modificação, houve um aumento exponencial de intervenções, momento em que a Suprema Corte editou a *Rule 27*, a qual impôs a necessidade de consentimento prévio dos integrantes do processo acerca da pretensão de atuação do *amicus*. Todavia, importante salientar que o pleito de participação no processo poderia ser feito diretamente à corte, a qual conta com uma discricionariedade ímpar na admissão do terceiro.⁹³

89 RAZABONI, loc. cit.

90 BUENO, Cassio Scarpinella. ***Amicus curiae no processo civil brasileiro – um terceiro enigmático***. São Paulo : Saraiva, 2006. p. 92-93.

91 RAZABONI, op. cit.

92 RAZABONI, Olívia Ferreira. ***Amicus curiae: democratização da jurisdição constitucional***. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-28062010-090023/pt-br.php>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

93 RAZABONI, loc. cit.

Com as modificações e a grande difusão do instituto, criou-se certa preocupação com a qualidade das atuações desses terceiros, especialmente os que visam tutelar interesses privados, os chamados *litigant amici*.⁹⁴

Deste modo, considerando esse aumento das intervenções do *amicus curiae* nos processos e a complexidade em verificar o seu interesse no caso concreto, a Suprema Corte alterou a *Rule 37*, passando a apontar detalhadamente as características desse tipo de intervenção em juízo, tais como trazer ao conhecimento da corte questões não exaustivamente discutidas pelas partes, enriquecendo a causa, sob pena de indeferimento do pedido de intervenção.⁹⁵

Atualmente, o *amicus curiae* é entendido no direito norte americano como um ente puramente interessado na solução do litígio, interesse esse que transcende o meramente jurídico, necessitando ser precisado no caso concreto.⁹⁶

As alterações promovidas na *Rule 37* resultaram na necessidade de se alterar a *Rule 29* do *Federal Rules Of Appellate Procedures*, de modo que a admissão do *amicus curiae* ocorresse em consonância com as demais *rules*. Assim, dispõe a regra mencionada que a petição de ingresso do *amicus curiae* no processo deverá indicar seu real interesse no caso e a conveniência de seu ingresso em juízo, entre outras modificações. Frisa-se que tais transformações tem por fim a ampliação do debate judicial, que vem a ser o objetivo primordial da intervenção do *amicus*.⁹⁷

Ademais, nota-se que a intervenção do amigo da corte nunca ocorre nas instâncias inferiores, apenas na Suprema Corte (federal e estadual) e nos Tribunais de Apelação, bem como cada Estado-membro possui disposições distintas a respeito da intervenção.⁹⁸

Assim, tendo em vista o atual estágio em que se encontra o instituto no sistema norte americano, conclui-se que o desafio da doutrina estadunidense é diferenciar, ainda

94 BUENO, Cassio Scarpinella. ***Amicus curiae* no processo civil brasileiro – um terceiro enigmático**. São Paulo : Saraiva, 2006. p. 99.

95 RAZABONI, op. cit.

96 BUENO, op. cit., p. 100.

97 RAZABONI, op. cit.

98 BUENO, Cassio Scarpinella. ***Amicus curiae* no processo civil brasileiro – um terceiro enigmático**. São Paulo : Saraiva, 2006. p. 104-105.

que caso a caso, a possibilidade de intervenção do *amicus curiae*, buscando atingir a plena aplicação da justiça e aumentar o debate judicial.⁹⁹

2.3. O *AMICUS CURIAE* ANTES DO CPC DE 2015

A figura do *amicus curiae* foi introduzida no ordenamento jurídico pátrio em 1978 pela Lei 6.616, que veio a alterar dispositivos da Lei 6.385/76, a qual disciplina a Comissão de Valores Mobiliários, autarquia federal competente para regular o mercado desses valores.¹⁰⁰

O artigo 31 da Lei 6.385/1976 impôs a intervenção da CVM (Comissão de Valores Mobiliários) em processos que digam respeito ao mercado de capitais, permitindo sua manifestação para o oferecimento de esclarecimentos ou apresentação de pareceres, sendo que tal intervenção pode ser vista como atuação de *amicus curiae*.¹⁰¹

Antes de ser revogada pela Lei 9.469/97, a Lei 8.197/1991 admitia a intervenção da União Federal como *amicus curiae* nos casos em que figurassem como autoras ou rés as autarquias, as fundações, as sociedades de economia mista e as empresas públicas federais. Posteriormente, o artigo 5º da Lei 9.469/1997 passou a dispor, de modo semelhante, ser possível a intervenção da União nas causas em que figurarem como partes da Administração Pública indireta.¹⁰²

Outro exemplo em que a doutrina identifica a intervenção do *amicus curiae* é o da Lei 12.529/11, que determina a intimação do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) nos processos em que se discutam matérias concernentes ao direito da concorrência.¹⁰³

Apesar do diploma referir-se à tal intervenção como assistência, a figura difere-se do previsto no artigo 119 e seguintes do CPC. Primeiro, pois a intervenção aqui discutida (CADE) ocorre de forma provocada, o que não se verifica na assistência propriamente dita. Segundo, pois o membro do CADE não detém interesse jurídico na causa em que atua, e

⁹⁹ Ibid., p. 108.

¹⁰⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. [et al.] **Primeiros comentários ao novo código de processo civil : artigo por artigo**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 258.

¹⁰¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador : Jus Podivm, 2015. p. 522.

¹⁰² Art. 5º: A União poderá intervir nas causas em que figurarem, como autoras ou rés, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais.

¹⁰³ DIDIER JÚNIOR, op. cit.

sim busca auxiliar o juiz da causa na solução de questões que indiretamente irão afetar sua própria esfera jurídica, sendo que tal característica também é inerente à intervenção da CVM.¹⁰⁴

A Lei 9.279/96, que disciplina os direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, prevê que o INPI (instituto nacional de propriedade industrial) deve ser intimado a participar de processos que visam a nulidade de patente, de registro de desenho industrial ou de marca. Assim como nos casos de eventual intervenção da CVM e do CADE, a intimação do INPI é obrigatória, contudo é facultativa a sua participação, somente ocorrendo nos casos em que julgar pertinente.¹⁰⁵

Assim, a atuação do INPI como *amicus curiae* proporcionará ao magistrado o conhecimento de elementos relevantes para a causa, com vista à defesa de interesses institucionais, ou seja, alheios à vontade das partes.¹⁰⁶

Importante destacar que a Lei 9.279/96 quedou-se silente quanto aos poderes reservados ao INPI nas hipóteses em que atuar como *amicus curiae*. Assim, aplicam-se as disposições do art. 31 da Lei 6.385/76 (intervenção da CVM) e do art. 5º, *caput* e parágrafo único da Lei 9.469/97, tendo em vista o INPI ter natureza jurídica de autarquia federal.¹⁰⁷

A intervenção do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro é tema que merece destaque. Somente com o advento da Constituição Federal de 1988 é que houve uma expansão dos legitimados a efetuar o controle de constitucionalidade por via de ação, ou seja, daqueles competentes à propositura da ação direta de inconstitucionalidade, antes monopolizado ao Procurador Geral da República.¹⁰⁸

Deste modo, ampliou-se a participação popular, que passou a regular debates nas instâncias jurisdicionais visando assegurar os direitos constitucionalmente assegurados,

104 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. [et al.] **Primeiros comentários ao novo código de processo civil : artigo por artigo**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 259.

105 BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro – um terceiro enigmático**. São Paulo : Saraiva, 2006. p. 316.

106 Ibid., p. 303.

107 Ibid., p. 306.

108 RAZABONI, Olívia Ferreira. **Amicus curiae: democratização da jurisdição constitucional**. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-28062010-090023/pt-br.php>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

tanto de forma individual quanto coletiva. Decorrentes desse alargamento, surgiram instrumentos capazes de assegurar esses novos direitos, tais como: mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, *habeas data*, bem como instrumentos capazes de promover o controle de constitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental).¹⁰⁹

Diante dessa abertura da hermenêutica constitucional, o legislador procurou, através da edição das Leis 9.868/1999 e 9.882/1999, introduzir um modelo procedimental aberto de controle de constitucionalidade, permitindo a participação de terceiros que objetivam a pluralização do debate em busca de uma justiça mais efetiva.¹¹⁰

Assim, com a edição das leis acima mencionadas, as quais disciplinam os processos de controle concentrado de constitucionalidade, a intervenção do *amicus curiae* refinou-se, trazendo modificações à atuação desse terceiro no que diz respeito ao controle de constitucionalidade. Passou-se a aprovar a intervenção espontânea do *amicus*, pois até então ele atua apenas se provocado, bem como não há uma identificação prévia de quem será o interveniente, podendo ser qualquer pessoa, desde que possua representatividade e traga algum tipo de contribuição para a solução da causa.¹¹¹

A redação original da Lei 9.868/99, que trata da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) vedava expressamente a intervenção de terceiros nas ações de controle abstrato de constitucionalidade. Todavia, o STF passou a notar a necessidade de ampliação do debate no âmbito da fiscalização abstrata de constitucionalidade. Assim, a lei foi editada e passou a dispor formas de manifestação de órgãos e entidades diversas, seja de forma voluntária, seja por determinação judicial, tudo visando a pluralização do debate dos principais temas de direito constitucional.¹¹²

109 RAZABONI, Olívia Ferreira. **Amicus curiae: democratização da jurisdição constitucional**. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-28062010-090023/pt-br.php>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

110 RAZABONI, loc. cit.

111 DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador : Jus Podivm, 2015. p. 522.

112 RAZABONI, op. cit.

Segundo Cabral, através da presente lei possibilitou-se uma efetiva manifestação social acerca das questões constitucionais, com a possível realização de audiências públicas, oitiva de peritos, apresentação de memoriais etc.¹¹³

A Lei 9.868/99 também veio a alterar o artigo 482 do CPC de 1973, que tratava do incidente de declaração de inconstitucionalidade. Passou a permitir a admissão, pelo relator, de manifestação de outros órgãos ou entidades, desde que verifique a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes.

Ainda, merece destaque a Lei 9.882/1999, que dispõe Ação Declaratória de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), também reservada ao controle abstrato de constitucionalidade. O texto do seu artigo 6º, §2º, prevê expressamente a possibilidade de o relator admitir a intervenção do *amicus curiae* no processo.¹¹⁴

Da leitura do dispositivo extrai-se que tal atuação tem por fim possibilitar a participação de interessados e afetados pelas decisões tomadas nos processo de controle abstrato de constitucionalidade, confirmando-se que se trata de medida concretizadora do princípio do pluralismo democrático que rege a ordem constitucional brasileira.¹¹⁵

Importante salientar que a intervenção de que trata o §2º do artigo em comento é autorizada à quaisquer interessados, não existindo restrições a co-legitimados ou à órgãos ou entidades, podendo a atuação se dar, inclusive, por pessoa física.¹¹⁶

Antes da entrada em vigência do novo Código de Processo Civil, o único ato normativo que continha a expressão *amicus curiae* era a Resolução 390/2004 do Conselho da Justiça Federal, a qual previa expressamente a figura do *amicus curiae*. Tal ato foi

113 CABRAL, Antônio do Passo. *apud* RAZABONI, loc. cit.

114 Art. 6º, § 2º: Poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo.

115 RAZABONI, Olívia Ferreira. ***Amicus curiae: democratização da jurisdição constitucional***. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-28062010-090023/pt-br.php>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

116 FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *O amicus curiae e a democratização e a legitimação da jurisdição constitucional concentrada*. São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://132.248.9.34/hevila/Revistamestradoemdireito/2008/vol8/no1/3.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2017.

revogado pela Resolução 22/2008, que, no entanto, retirou a expressão *amicus curiae* de seu texto, mantendo, contudo, o seu fundamento e objetivo intactos.

Ressalta-se que antes mesmo da entrada em vigência do Código de Processo Civil de 2015, houve inúmeros casos de participação dos *amicus curiae* no âmbito dos Tribunais Superiores, com aplicação analógica do artigo 7º, §2º, da Lei 9.868/99. Este trabalho pontuará alguns julgamentos que repercutiram na sociedade, a fim de demonstrar a grande importância da intervenção deste terceiro na solução de questões de complexo julgamento.

A primeira abordagem se faz relativamente à ADPF (Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental) 54, que ocupou-se em analisar a possibilidade de interrupção da gravidez de gestante cujo feto é portador de anencefalia, ou seja, de fetos que não possuem potencialidade de vida fora do útero por mais de algumas horas.¹¹⁸

Através de audiências públicas, ocorreu a oitiva de integrantes de diversas entidades, tais como: Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC), Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família e Católica pelo direito de decidir, Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (ANIS), Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, dentre outras (no total foram ouvidas quatorze instituições), tudo isso visando a prolação de uma decisão que caminhasse em consonância com os diversos ângulos envolvidos com o tema.

O Supremo Tribunal Federal, por maioria dos votos, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo seria conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.

Houve, também, a ADPF 187, que tratou da Marcha da Maconha. Postulou-se, com o ajuizamento da ação, fosse dada interpretação ao artigo 287 do CP em conformidade com a CF. A ação foi julgada inteiramente procedente, no sentido de excluir qualquer exegese que pudesse ensejar a criminalização do apoio à legalização das drogas, ou de

117 RAZABONI, op. cit.

118 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54**: Inteiro Teor. Brasília, 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/adpf54audiencia.pdf>>. Acesso em 02 set. 2017.

qualquer substância entorpecente específica, inclusive por meio de manifestações e eventos públicos.¹¹⁹

No presente caso foram admitidos como *amicus curiae* a Associação Brasileira de Estudos Sociais do Uso de Psicoativos (ABESUP) e o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), os quais deram ênfase às liberdades constitucionais de reunião e de manifestação do pensamento.

A última intervenção do *amicus curiae* que este trabalho analisará é a que se verificou no julgamento da ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) 4277 e ADPF 132, as quais foram julgadas conjuntamente pelo Supremo Tribunal Federal (2016) diante da convergência de objetos. O julgamento foi procedente, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, vindo a declarar a obrigatoriedade do reconhecimento, como entidade familiar, de pessoas do mesmo sexo, desde que atendidos os mesmos requisitos necessários à formação da união de pessoas com mesmo sexo, reconhecendo, também, que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros na união de pessoas do mesmo sexo.¹²⁰

Participaram como *amicus curiae*, na ADI 4277, as seguintes entidades: Conectas Direitos Humanos, ABGLT - Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros, IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família, Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo, Associação Eduardo Banks e CNBB - Conferência Nacional dos Bispos do Brasil.

Já na ADPF 132: Conectas Direito Humanos, EDH – Escritório de Direitos Humanos do Estado de Minas Gerais, GGB – Grupo Gay da Bahia, ANIS – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, GEDI - UFMG - Grupo de Estudos em Direito Internacional da Universidade Federal de Minas Gerais, Centro de Referência GLBT - Centro de Referência de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros do Estado de Minas Gerais, CELLO - Centro de Luta pela Livre Orientação Sexual, ASSTRAV - Associação de Travestis e Transexuais de Minas Gerais e Grupo Arco Íris de Conscientização Homossexual, ABGLT - Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais, IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família, SBDP - Sociedade Brasileira de Direito Público,

119 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187**: Inteiro Teor. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195>>. Acesso em 03 set. 2017.

120 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132**: Inteiro Teor. Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em 03 set. 2017.

Associação de Incentivo à Educação e Saúde do Estado de São Paulo e CNBB - Confederação Nacional dos Bispos do Brasil e Associação Eduardo Banks.

Diante da exposição de fatores que tinham por fim introduzir o leitor acerca dessa “novidade” trazida com o Código de Processo Civil de 2015, verifica-se que o legislador preocupou-se em positivar algo que já vinha sendo utilizado há muito nos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo, bem como pelos Tribunais Superiores nacionais, que se preocuparam em trazer ao debate jurídico uma maior participação da sociedade em temas que se mostram relevantes e emblemáticos, revestindo as decisões de uma legitimidade democrática antes inexistente.

3.0 AMICUS CURIAE NO CPC DE 2015

3.1. DOS REQUISITOS PARA INTERVENÇÃO DO *AMICUS CURIAE*

Com o advento do novo Código de Processo Civil, a intervenção do *amicus curiae* finalmente foi regulamentada e passou a disciplinar brevemente a matéria que já vinha sendo utilizada pelos Tribunais Superiores, conforme visto anteriormente.

Três são as condições alternativas que justificam sua intervenção processual. São elas: a relevância da matéria, as especificidades do tema objeto da demanda e a repercussão geral da controvérsia, conforme *caput* do artigo 138 do CPC. São requisitos independentes, ou seja, presente um deles, autoriza-se a intervenção.¹²¹

Agora, através de uma breve análise, discorrer-se-á sobre cada requisito acima apontado.

3.1.1. Relevância da matéria

A relevância da matéria é o primeiro ponto a ser exposto para a aplicabilidade do instituto do *amicus curiae*.

Daniel Amorim Assumpção salienta que a relevância da matéria, elemento que autoriza a intervenção do amigo da corte, deve ser observada como um fator indicativo de complexidade fática e/ou jurídica que legitime a sua atuação. Entendendo o juiz/relator

¹²¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. [et al.] **Primeiros comentários ao novo código de processo civil : artigo por artigo**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 256.

que as alegações das partes que compõe o processo são satisfatórias e elucidam as questões debatidas, o indeferimento da atuação do terceiro será a medida aplicada.¹²²

Ademais, de acordo com Donizetti "esse requisito requer que a questão jurídica objeto da controvérsia extrapole os interesses subjetivos das partes. Ou seja, a matéria discutida em juízo deve extravasar o âmbito das relações firmadas entre os litigantes".¹²³

A relevância da matéria configura-se de diversos modos distintos, podendo um tema ser economicamente relevante, ou politicamente, socialmente ou até juridicamente. De acordo com Gonçalves:

A primeira hipótese que justifica a intervenção do *amicus curiae* é justamente a relevância, que pode ser econômica, política, social ou jurídica. O que sobleva é que a questão discutida transcenda o mero interesse individual das partes, para que se justifique a manifestação de um terceiro, que é portador de um interesse institucional.¹²⁴

Assim, em caso de intervenção, deve o magistrado observar o caso atentamente, sempre buscando retirar do *amicus curiae* informações que o auxiliem no proferimento de uma decisão correta e que possivelmente trará resultados importantes para a sociedade em que encontra-se inserido.

3.1.2. Especificidade do tema objeto da demanda ou repercussão social da controvérsia

Aqui, interessa a atipicidade ou excepcionalidade da matéria, ainda que desprovida dos outros critérios existentes.

Segundo Donizetti, pelo caráter atípico, inelutável que o tema da demanda em questão alcance tamanha magnitude que gere a repercussão social da controvérsia.

Para possibilitar a intervenção do *amicus curiae*, o órgão julgador não deve observar apenas o aspecto jurídico da questão, mas, também,

122 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 305.

123 DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 19. ed. São Paulo : Atlas, 2016. p. 342.

124 GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. 7. ed. São Paulo : Saraiva, 2016. p. 266.

os reflexos ou a repercussão que a controvérsia pode gerar no âmbito da coletividade. Questões relevantes do ponto de vista econômico, social, político ou jurídico, que suplantem os interesses individuais das partes, merecem a intervenção de pessoas ou entidades representativas da sociedade civil.¹²⁵

Pode-se afirmar, ainda, quanto à repercussão social da controvérsia, que não basta ultrapassar aos interesses subjetivos do processo, mas também é aquela que auxilia na sistematização e desenvolvimento do direito como um todo.¹²⁶

Assim, a questão em debate deve ser observada de forma pormenorizada e minuciosa, a fim de que o litígio torne-se merecedor de destaque no meio social do juízo.

3.2 ASPECTOS PROCEDIMENTAIS

Observados os requisitos acima indicados, o artigo 138 também prevê algumas características procedimentais inerentes à intervenção, as quais devem ser respeitadas para que a manifestação do *amicus curiae* ocorra de modo efetivo, tais como: a irrecorribilidade da decisão do juiz ou relator do caso acerca da intervenção; a forma com que o interveniente ingressará nos autos para manifestar-se, que poderá ser de ofício ou a requerimento das partes ou do próprio terceiro; a qualidade do interveniente, que poderá ser pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada; o fato de que a intervenção do terceiro não implica em alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, exceto os embargos declaratórios e da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas, conforme previsão do art. 3º do art. 138, e, por fim, a delimitação dos poderes do *amicus curiae*, os quais serão definidos pelo juiz ou relator na decisão que solicitar ou admitir a intervenção.¹²⁷

3.2.1 Decisão irrecorrível

125 DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 19. ed. São Paulo : Atlas, 2016. p. 343.

126 CUNHA, José Sebastião Fagundes; BOCHNEK, Antonio César; CAMBI, Eduardo. **Código de processo civil comentado**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2016. p. 278.

127 Art. 138: O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

Da leitura do caput do artigo 138, é importante compreender que a solicitação para intervenção e a admissão da intervenção do *amicus curiae* são decisões irrecorríveis. Todavia, é crucial salientar que as decisões “opostas”, ou seja, aquelas que se recusam a solicitar a intervenção e as que a inadmitem são recorríveis.¹²⁸

Donizetti ensina que irrecorribilidade recai somente quando há a admissão do terceiro no feito:

(...) levando-se em conta a especialidade do art. 138, pode-se concluir que a irrecorribilidade recai tão somente sobre a decisão que solicita (o próprio juiz ou relator) ou admite (pedido formulado pelas partes ou pelo próprio *amicus curiae*); quanto à decisão que indefere o pedido de intervenção, cabível é o agravo de instrumento. (...). À guisa de síntese: a) a decisão que solicita ou admite a intervenção de *amicus curiae* é irrecorrível; b) a decisão que inadmite a intervenção de *amicus curiae* é recorrível: i) por agravo de instrumento, se tratar de decisão de juiz de primeiro grau; ii) por agravo interno, se tratar de decisão monocrática de relator; iii) por recurso especial, se tratar de decisão de órgão colegiado dos Tribunais de Justiça ou dos TRFs.¹²⁹

Cássio Scarpinella também vai neste sentido, afirmando que relativamente às decisões de recusa de solicitação e de inadmissão da intervenção, à falta de previsão em sentido contrário, incide a regra genérica do inciso IX do art. 1.015 do CPC, admitindo sua recorribilidade imediata por agravo de instrumento. Se tais decisões forem proferidas monocraticamente no âmbito dos Tribunais, caberá agravo interno com fulcro no art. 1.021 do CPC.¹³⁰

128 BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil : inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016.** 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2016. p.180.

129 DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil.** 19. ed. São Paulo : Atlas, 2016. p. 346-347.

130 BUENO, op. cit.

Ademais, a legitimidade para interposição de tais recursos é exclusiva das partes, vez que os parágrafos 1º e 3º do artigo 138 do CPC delimitam as possibilidades de interposição de recurso pelo *amicus curiae*.

3.2.2 Intervenção do *amicus curiae* e modificação de competência

Muito se discutiu acerca da modificação de competência acarretada com a intervenção de determinado *amicus curiae*, por exemplo, quando um instituto federal intervém nesta qualidade. Todavia, prevalece o entendimento de que a intervenção do terceiro, em razão de não ser parte no processo e por não defender interesse próprio, e sim interesse institucional, conforme já abordado anteriormente, não justificaria a alteração de competência.¹³¹

Assim, como o *amicus curiae* não detém titularidade da relação jurídica discutida nos autos, nem de relação jurídica conexa, não deve ser considerado como parte para fins de alteração de competência, embora deva ser considerado como parte para defender em juízo os interesses que justificam sua intervenção.¹³²

A regra é importante porque ela explicita que eventuais entes federais que intervenham no processo para fornecer informações, dados, elementos, em suma, elementos de convicção mas que não titularizam direito no processo, apenas interesse institucional, não são bastantes para o deslocamento da competência para a Justiça Federal.¹³³

Extraí-se, portanto, que o artigo 138 eliminou qualquer conflito quando determinou expressamente que a participação do *amicus curiae* não acarreta alteração de competência.

3.2.3 Representatividade adequada

131 BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil : inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016**. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2016. p.181.

132 DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador : Jus Podivm, 2015. p. 525.

133 BUENO, Cássio Scarpinella. **O *amicus curiae* no Projeto de novo Código de Processo Civil**. Revista de Informação Legislativa. v.190, junho, 2011.

O terceiro interveniente pode ser pessoa natural, jurídica, órgão ou entidade especializado. A opção do legislador foi a de ampliar o rol de figuras capazes de figurar como *amicus curiae*. Todavia, merece destaque a exigência do ente possuir representatividade adequada, ou seja, é necessário que o terceiro detenha algum vínculo com a questão discutida, de modo que sua intervenção possa contribuir com o julgamento.¹³⁴

Sobre o tema, consignou Didier Jr.:

A adequação da representação será avaliada a partir da relação entre o *amicus curiae* e a relação jurídica litigiosa. Uma associação científica possui representatividade adequada para a discussão de temas relacionados à atividade científica que patrocina; um antropólogo renomado pode colaborar, por exemplo, com questões relacionadas aos povos indígenas; uma entidade de classe pode ajudar na solução de questão que diga respeito à atividade profissional que ela representa etc.¹³⁵

Por representatividade adequada, extrai-se que o *amicus curiae* deve demonstrar satisfatoriamente o motivo pelo qual intervirá, bem como que possui interesse institucional na causa, não bastando a existência de interesses meramente corporativos, os quais relacionam-se apenas consigo mesmo. Imprescindível que se verifique a experiência do terceiro na área à qual a matéria discutida faz parte.¹³⁶

Segundo Bueno:

A exigência de "representatividade adequada" é fundamental para o sucesso da intervenção. Até mesmo para justificar a razão de ser dessa modalidade interventiva. É que se o *amicus curiae* não a possuir, não há razão nenhuma para ele atuar no processo. Ele deve representar interesses e representá-los adequadamente; ter

134 DIDIER JÚNIOR, op. cit., p. 523.

135 DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador : Jus Podivm, 2015. p. 523.

136 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil - volume único**. 8. ed. Salvador : JusPodivm, 2016. p. 305.

representatividade perante aqueles que não têm legitimidade para atuar (e que são, por isso mesmo, representados), ainda que sob alguma modalidade interventiva no processo. Ter representatividade adequada não significa que o *amicus curiae* precise levar ao processo a manifestação unânime daqueles que representa. A legitimação democrática que justifica a sua intervenção não é - e nem pode ser nas democracias representativas - sinônimo de unanimidade. O que se quer é debate sobre pontos de vista diversos, sobre valorações diversas em busca de consenso majoritário; não a unanimidade.¹³⁷

Discute-se, ainda, a necessidade de o terceiro interveniente se fazer representar por procurador no processo. Humberto Theodoro Jr. dirime tal controvérsia com base na espontaneidade ou não da manifestação. Assim, defende que caso o *amicus curiae* se manifeste de forma espontânea, deverá ser representado por advogado, haja vista este ser o modo de se pleitear em juízo. Todavia, se a intervenção se der de modo provocado, ou seja, quando a iniciativa é do próprio juiz que preside a causa, não há como exigir do interveniente a contratação de procurador.¹³⁸

Assim sendo, faz-se necessário observar a representatividade do *amicus curiae*, bem como sua contribuição à solução da lide, vez que sua intervenção deverá agregar informações relevantes ao processo e, por consequência, ao debate jurisdicional.

3.2.4 Ingresso do *amicus curiae*

De acordo com o dispositivo que regulamenta a matéria no CPC, uma vez cumpridas as exigências elencadas no art. 138, a intervenção do *amicus curiae* será outorgada pelo juízo, de ofício ou a requerimento do ente interessado ou das partes. De acordo com Bueno:

(...) o *amicus curiae* poderá, ele próprio, tomar a iniciativa da intervenção, formulando pedido para o magistrado nesse sentido. É a hipótese, aliás, mais encontrada no foro. Poderá também o *amicus* ser intimado para se manifestar em juízo, hipótese na qual, de acordo

137 BUENO, Cássio Scarpinella. **O *amicus curiae* no Projeto de novo Código de Processo Civil**. Revista de Informação Legislativa. v.190, junho, 2011.

138 THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 413.

com o mesmo dispositivo projetado, terá o prazo de quinze dias para se manifestar.¹³⁹

Verifica-se que o CPC ampliou consideravelmente a forma de admissão do terceiro, colaborando para a democratização dos debates jurisdicionais.

3.2.5 Interposição de recursos

A regra que disciplina a atuação do *amicus curiae* é clara quando dispõe que a interposição de recursos é limitada às hipóteses dos embargos de declaração e da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.¹⁴⁰

Diante da atipicidade dos embargos, cujo objetivo não é o de modificar a decisão, e sim o de corrigir, esclarecer e completar, é que o *amicus curiae* é parte legítima para opor o recurso.¹⁴¹

Já quanto à decisão que julga o incidente de resolução de demandas repetitivas, evidente que o terceiro poderá apresentar recurso, vez que a situação envolve diretamente questões que repercutirão na sociedade.¹⁴²

Todavia, existem autores que discordam da regra restritiva aqui tratada, pois entendem que o papel do *amicus curiae* no processo é o de defender o interesse

¹³⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil : inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016.** 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2016. p.180.

¹⁴⁰ Art. 138: O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

§ 1º: A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3o.

§ 2º: Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*.

§ 3º: O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

¹⁴¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. [et al.] **Primeiros comentários ao novo código de processo civil : artigo por artigo.** 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 259.

¹⁴² *Ibid.*, p. 260.

institucional que justifica sua intervenção, decorrendo logicamente deste fato a necessidade de interposição de recursos em prol da correta aplicação do direito.

A solução, restritiva, quanto ao descabimento do recurso pelo *amicus curiae*, salvo nos dois casos indicados, afina-se com a jurisprudência que, mesmo sob o CPC de 1973, acabou predominando, mas com a qual não posso concordar. O ideal seria permitir expressamente que o *amicus curiae* recorresse, não só com relação ao indeferimento de sua intervenção, mas também em prol do interesse (o “interesse institucional”) que justifica a sua intervenção. Até porque, bem entendida a razão de ser de sua intervenção, pode ser que as informações por ele aportadas ao processo não tenham sido devidamente compreendidas pelo magistrado, a justificar a sucumbência autorizadora do recurso, a exemplo, aliás, do que se dá no chamado recurso de terceiro prejudicado (art. 996, parágrafo único). Não tendo prevalecido a orientação ampla, é inegavelmente elogiável que o CPC de 2015 tenha, ao menos, expressado as já referidas exceções, considerando, sobretudo, a importância que a participação do *amicus curiae* tem na fixação das teses jurídicas e a razão de ser, no Código, do incidente de resolução de demandas repetitivas.¹⁴³

Destaca-se que a razão de ser dessa limitação é a de que o *amicus curiae* não é parte, e sim terceiro interveniente que visa auxiliar o Juízo no debate jurisdicional e na busca de uma decisão mais justa, deixando que a discussão acerca das matérias que envolvem o mérito da causa fique a cargo das partes que compõe a lide.

3.2.6 Momento e delimitação de atuação

Segundo disposição do §2º do art. 138, caberá ao juiz ou relator definir os poderes do *amicus curiae*. Essa questão ainda gera muita polêmica, principalmente no que diz respeito à possibilidade de sustentação oral do terceiro, já que a questão da legitimidade recursal está definida por imposição legal. O CPC não resolveu a controvérsia, vez que se limitou apenas a outorgar essa responsabilidade ao juiz ou relator do processo. Ou seja,

¹⁴³ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil : inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016**. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2016. p.181-182.

cabará ao juiz ou relator que admitir a intervenção do terceiro, fixar os poderes do *amicus*, de forma a evitar discussões posteriores no processo.¹⁴⁴

Assim também entende Cassio Scarpinella, que indica que tal iniciativa tem o condão de evitar discussões sobre o papel que o terceiro pode ou não assumir.¹⁴⁵

Quanto ao momento de sua atuação, Donizetti concebe que a mesma deve ocorrer em momento que possibilite ao juiz da causa colher elementos que ajudarão na resolução do litígio:

Em que pese a generalidade da redação, é preciso levar em consideração que a atuação do *amicus curiae* há de ser capaz de influenciar o julgamento da lide, aprimorando a decisão jurisdicional e, conseqüentemente, o precedente a ser firmado. Para tanto, pode o *amicus curiae* desempenhar todo e qualquer ato processual que seja correlato para se atingir essa finalidade, como, por exemplo, requerer a produção de provas e manifestar-se oralmente.¹⁴⁶

(...) levando-se em consideração a importância da atuação do *amicus curiae* para a instrução processual, acredito que a sua intervenção deve ser admitida a qualquer tempo, desde que antes de conclusos os autos para julgamento (nos processos de primeiro grau), ou até a data da remessa dos autos pelo Relator à mesa para julgamento (nos processos perante os Tribunais).¹⁴⁷

Assim, tendo em vista que essa modalidade de intervenção pressupõe a estruturação do provimento jurisdicional, razoável considerar que a mesma se revela descartada quando a apresentação de subsídios instrutórios fáticos ou jurídicos já não tiver mais relevância.¹⁴⁸

144 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil - volume único**. 8. ed. Salvador : JusPodivm, 2016. p. 306.

145 BUENO, op. cit., p. 182.

146 DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 19. ed. São Paulo : Atlas, 2016. p. 344.

147 Ibid., p. 345.

148 CUNHA, José Sebastião Fagundes; BOCHNEK, Antonio César; CAMBI, Eduardo. **Código de processo civil comentado**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2016. p. 279.

CONCLUSÃO

O instituto do *amicus curiae* tem alcançado cada vez mais um importante papel na obtenção de decisões mais justas e democráticas, justamente por trazer ao processo um maior debate acerca de temas relevantes e de impacto social que muito provavelmente escapam do conhecimento do juiz ou relator da causa.

Objetivando um estudo de fatos que influenciarão no deslinde do feito e que se mostram vinculados ao adequado exercício da jurisdição, a atuação do *amicus curiae* há de ser determinante para impactar o processo decisório jurisdicional, resultando na prolação de uma decisão revestida de legitimidade e que atenda aos anseios sociais.

Contudo, ressalta-se que sua aplicação em primeiro grau de jurisdição é muito recente, limitando-se este trabalho a observar alguns casos práticos que foram julgados pelos Tribunais Superiores e que contaram com a intervenção de terceiro aqui abordada. Da breve análise desses casos, afere-se a importância que a atuação dos entes que figuraram como *amicus curiae* trouxe ao julgamento dos processos, os quais refletiram na sociedade de forma colossal. Apesar disso, espera-se que no decorrer dos anos a intervenção do *amicus curiae* seja utilizada com frequência nos casos que demandem sua atuação, contribuindo para a sofisticação das decisões e da prestação jurisdicional.

Por fim, longe de se esgotar o tema em evidência, o principal propósito desta pesquisa foi o de contribuir para a discussão acerca da recente introdução do instituto do *amicus curiae* no processo civil brasileiro, bem como demonstrar a sua importância à sociedade como um todo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

_____, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187**: Inteiro Teor. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195>>. Acesso em 03 set. 2017.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132**: Inteiro Teor. Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em 03 set. 2017.

_____. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. Lei nº. 9.469, de 10 de julho de 1997. Regulamenta o disposto no inciso VI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; dispõe sobre a intervenção da União nas causas em que figurarem, como autores ou réus, antes da administração indireta; regula os pagamentos devidos pela Fazenda Pública em virtude de sentença judiciária; revoga a Lei nº 8.197, de 27 de junho de 1991, e a Lei nº 9.081, de 19 de julho de 1995, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9469.htm>. Acesso em: 03 set. 2017.

_____. Lei nº. 9.882, de 03 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Brasília, DF, 03 de dez. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm>. Acesso em: 31 ago. 2017.

ALVIM, Teresa Arruda. [et al.] **Primeiros comentários ao novo código de processo civil : artigo por artigo**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54**: Inteiro Teor. Brasília, 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/adpf54audienca.pdf>>. Acesso em 02 set. 2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro – um terceiro enigmático**. São Paulo : Saraiva, 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil : inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016**. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. Quatro perguntas e quatro respostas sobre o *amicus curiae*. Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/022.pdf>>. Acesso em 08 de ago. 2017.

Cf. STF, ADI 3.460/DF, Pleno, j. 12.02.2015, rel. Min. Teori Zavaski, DJe 12.03.2015.

Cf. STF, ADI 4.832/DF, rel. Min. Rosa Weber, DJe 06.02.2013.

CUNHA, José Sebastião Fagundes; BOCHNEK, Antonio César; CAMBI, Eduardo. **Código de processo civil comentado**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2016.

DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. **Amicus curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional**. Curitiba : Juruá, 2007.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador : Jus Podivm, 2015.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 19. ed. São Paulo : Atlas, 2016.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *O amicus curiae e a democratização e a legitimação da jurisdição constitucional concentrada*. São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://132.248.9.34/hevila/Revistamestradoemdireito/2008/vol8/no1/3.pdf> >. Acesso em: 13 ago. 2017.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. 7. ed. São Paulo : Saraiva, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de direito processual civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil - volume único**. 8. ed. Salvador : JusPodivm, 2016.

PANTALEÃO, Izabel Cristina Pinheiro Cardoso. **Estudo comparativo da intervenção de terceiros no atual sistema e no projeto do novo código de processo civil** (PLS 166/2010). Revista de Processo. v. 213.

PEDROLLO, Gustavo Fontana; MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Amicus curiae: elemento de participação política nas decisões judiciais/constitucionais**. Disponível em: <<http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/19cb5/19d0f/1a224?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0> >. Acesso em: 09 de ago. 2017.

RAZABONI, Olívia Ferreira. **Amicus curiae: democratização da jurisdição constitucional**. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo,

2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-28062010-090023/pt-br.php>>. Acesso em: 07 ago. 2017.

Revista do instituto dos advogados de São Paulo. Disponível em: <http://www.iasp.org.br/wp-content/uploads/2015/02/riasp34_web.pdf>. Acesso em 08 de ago. 2017.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 53. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil - teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 15 ed. rev. e atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2015.

A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE *STARTUPS*: UMA BREVE ANÁLISE DO PLEITO RECUPERACIONAL DO GRUPO GROW.

FELIPE BENFATO PEREIRA:

Mestrando em Direito Comercial na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP, ingresso em 2022), Pós-Graduado em Direito Contratual (IBMEC-SP, 2020), Especialista em Recuperação Judicial e Falência (FGV-SP, 2021), Advogado do Cescon, Barrieu, Flesch & Barreto Advogados da área de contencioso, arbitragem e insolvências.

Resumo: O presente artigo pretende analisar brevemente os impactos que as medidas restritivas de combate à COVID-19 tiveram nas *startups* de micromobilidade urbana e como os mecanismos da Lei 11.101/2005 podem corroborar com manutenção da atividade produtiva, a preservação de empregos e a continuidade no pagamento de tributos por estas companhias, utilizando-se como paradigma a recuperação judicial do Grupo Grow (pioneiro no modelo de negócios de *bike-sharing* e *scooter-sharing*, também conhecido o compartilhamento de bicicletas e de patinetes elétricos, composto pelas *startups* Yellow149 e Grin150).

Abstract: This article intends to briefly analyze the impacts that restrictive measures to combat COVID-19 had on urban micro mobility startups and how the mechanisms of Law 11.101/2005 can corroborate the maintenance of productive activity, the preservation of jobs and the continuity of payment. of taxes by these companies, using as a paradigm the judicial recovery of the Grow Group (a pioneer in the bike-sharing and scooter-sharing business model, also known as the sharing of bicycles and electric scooters, composed by the startups Yellow and Grin).

Palavras-chave: Ciência do Direito. Direito Comercial. Recuperação Judicial. Falência. Marco Legal das Startups. Inovação.

149 YELLOW SOLUÇÕES DE MOBILIDADE LTDA., sociedade limitada inscrita no CNPJ sob o nº 28.387.822/0001-96 ("Yellow"), sede no Estado de São Paulo, cidade de São Paulo, na Rua Tabapuã, nº 743, Itaim Bibi, CEP 04.533-012.

150 GRIN MOBILIDADE LTDA., sociedade limitada inscrita no CNPJ sob o nº 30.099.297/0001-55 ("Grin"), sede no Estado de São Paulo, cidade de São Paulo, na Rua Tabapuã, nº 743, Itaim Bibi, CEP 04.533-012.

Key words: Science of Law. Commercial law. Judicial recovery. Bankruptcy. Legal Framework for Startups. Innovation.

Sumário: 1. Introdução. 2. Modelo de negócios e as razões da crise econômico-financeira apontadas pelo Grupo Grow que culminaram no pedido de recuperação judicial. 3. A recuperação judicial como instrumento de soerguimento da companhia em crise. 4. Os meios de recuperação propostos pelo Grupo Grow e suas possíveis replicações para outras *startups*. 5. Considerações finais. 6. Referências.

Summary: 1. Introduction. 2. Business model and reasons for the economic-financial crisis pointed out by the Grow Group that culminated in the request for judicial recovery. 3. Judicial recovery as an instrument for the uplift of the company in crisis. 4. The recovery means proposed by Grupo Grow and their possible replications for other startups. 5. Final Thoughts. 6. References.

1. Introdução.

Por definição legal, são enquadradas como *startups* as organizações empresariais ou societárias, nascentes ou em operação recente, cuja atuação caracteriza-se pela inovação aplicada a modelo de negócios ou a produtos ou serviços ofertados (art. 4º, *caput*, da Lei Complementar 182/2021 – “Marco Legal das Startups”).

Especialistas no setor defendem que *Startup* é (antes de qualquer coisa) uma ideia de empresa ou uma empresa nascente voltada à tecnologia e inovação que tenha como objetivo desenvolver e aprimorar um modelo de negócio. *Startups*, portanto, visam o futuro e como as tecnologias podem impactar em todos os seguimentos de nossas vidas, desde novas funcionalidades bancárias até a forma como nos locomovemos em pequenas e grandes distâncias. Afinal, era absolutamente impensável há 10 (dez) anos atrás simplesmente chamar motorista independente pelo celular ou mesmo alugar um imóvel em outro país sem uma imobiliária intermediando a operação.

O mundo como conhecemos indubitavelmente mudou e as *startups* provavelmente são a melhor tradução de como a globalização afeta nossas vidas, influencia na maneira como nos relacionamos e propicia um universo de novas oportunidades.

Contudo, mesmo as ideias mais inovadoras estão sujeitas a eventos inesperados (ou mesmo catastróficos) que colocam em xeque o sistema como um todo e denotam a necessidade de aprimorar os mecanismos financeiros e de diluição de risco, principalmente para empresas em criação e que podem gerar ideias que impactarão diretamente a sociedade como um todo.

Nesse sentido, a pandemia de COVID-19 colocou o mundo em uma crise econômico-financeira sem precedentes. Diversas áreas da economia foram totalmente paralisadas devido às medidas restritivas impostas para o enfrentamento da pandemia, em especial o setor de mobilidade urbana, que sofreu baixas históricas em decorrência da abrupta (e necessária) interrupção no fluxo de pessoas e mercadorias para que a doença não se espalhasse.

Segundo dados Associação Nacional das Empresas de Transporte Urbano¹⁵¹ (“NTU”), o prejuízo das companhias que operam linhas de ônibus, por exemplo, foi de aproximadamente R\$ 25.700.000.000,00 (vinte e cinco bilhões e setecentos milhões de reais), o que representa cerca de 33,7% (trinta e três inteiros e sete décimos por cento) do faturamento mensal de todo o setor. Ainda segundo a NTU, o período mais crítico para o segmento foram os três primeiros meses de pandemia, quando a demanda total caiu 80% (oitenta por cento).

Com as microempresas e *startups* não seria diferente. O isolamento social afetou a operação de milhões de pequenos negócios, do varejo físico à mobilidade urbana, do turismo ao entretenimento, com impactos diretos e indiretos nas cadeias produtivas associadas, bem como no fluxo de consumidores e usuários de produtos e serviços.

De acordo com estudo realizado pelo Sebrae¹⁵² (Serviço Brasileiro de Apoio às micro e pequenas empresas), ao menos 600.000 (seiscentas mil) micro e pequenas empresas fecharam as portas e 9.000.000 (nove milhões) de empregados formais foram demitidos em razão dos efeitos econômicos do combate à pandemia do novo coronavírus.

Nesse contexto, o instituto da recuperação judicial (previsto na Lei 11.101/2005 – “LRF”) se apresenta como um instrumento de salvaguarda ao patrimônio das companhias em crise e cria um ambiente saudável de negociação coletiva, com o fito de promover a manutenção da atividade produtiva, bem como a preservação de empregos a geração de caixa e o pagamento de tributos, que serão revertidos ao bem-estar social daquela comunidade.

151 “Saldo da pandemia: prejuízo no transporte chega a R\$ 25 bilhões”. Summit Mobilidade 2022. Disponível em <<https://summitmobilidade.estadao.com.br/compartilhando-o-caminho/saldo-da-pandemia-prejuizo-no-transporte-chega-a-r-25-bilhoes/#:~:text=O%20relatório%20da%20NTU%20analizou,mensal%20de%20todo%20o%20setor>>. Acesso em 19/6/2022.

152 “Mais de 600 mil pequenas empresas fecharam as portas com coronavírus”. CNN Brasil, 2020. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/business/2020/04/09/mais-de-600-mil-pequenas-empresas-fecharam-as-portas-com-coronavirus>>. Acesso em 19/6/2022.

Não à toa, houve um aumento de 32% (trinta e dois por cento) no número de recuperações judiciais deferidas no ano de 2021 em relação ao início da pandemia em 2020, segundo dados da consultoria especializada Serasa Experian¹⁵³. Vale dizer que – de acordo com a referida consultoria – entre os anos de 2020 e 2021, que são considerados como o período crítico da COVID-19 no Brasil, foram requeridas 2.122 (duas mil cento e vinte e duas) recuperações judiciais, das quais quase a metade foram solicitadas por micro e pequenas empresas (onde estão inseridas as *startups*).

Se por um lado pandemia fez crescer a demanda por soluções online e as companhias de varejo digital e delivery de comida tiveram seus faturamentos substancialmente incrementados, por outro as *startups* de mobilidade urbana sofreram demasiadamente e precisaram se correr dos instrumentos legais de insolvência para se manterem ativas e poderem negociar com seus credores, fornecedores, empregados, fisco etc.

Assim, o presente artigo se propõe a analisar brevemente a recuperação judicial do Grupo Grow (composto pelas companhias Yellow¹⁵⁴ e Grin¹⁵⁵), processo paradigma na utilização do instituto voltado às *startups*, e como tais companhias pioneiras no segmento de micromobilidade¹⁵⁶ urbana recorram às vias judiciais para ter o fôlego necessário que lhes permita superar o momento delicado causado pela pandemia, reestruturar suas dívidas, captar novos recursos e retomar as suas atividades.

2. Modelo de negócios e as razões da crise econômico-financeira apontadas pelo Grupo Grow que culminaram no pedido de recuperação judicial.

153 "Brasil teve 1.239 recuperações judiciais e falências em 2021". Poder 360, 2022. Disponível em: <<https://www.poder360.com.br/justica/brasil-teve-1-239-recuperacoes-judiciais-e-falencias-em-2021/>>. Acesso em 19/6/2022.

154 YELLOW SOLUÇÕES DE MOBILIDADE LTDA., sociedade limitada inscrita no CNPJ sob o nº 28.387.822/0001-96 ("Yellow").

155 GRIN MOBILIDADE LTDA., sociedade limitada inscrita no CNPJ sob o nº 30.099.297/0001-55 ("Grin").

156 Neologismo que se refere à movimentação de passageiros por curtas distâncias.

Segundo informações fornecidas pelo próprio Grupo Grow em sua Recuperação Judicial¹⁵⁷, Yellow e Grin são *startups* que têm como modelo de negócios o *bike-sharing* e o *scooter-sharing* – o compartilhamento de bicicletas e de patinetes elétricos.

As bicicletas e os patinetes elétricos são espalhados pelas cidades e podem ser alugados pelos usuários por curtos períodos de tempo e para percorrer pequenos trajetos, sem a necessidade de serem estacionados em um lugar fixo (*dockless*). Para utilizar o serviço, o usuário precisa somente de um smartphone com uma câmera e um cartão de crédito cadastrado no aplicativo das referidas *startups*.

O compartilhamento de bicicletas e patinetes elétricos, tal como que constitui o cerne da atividade do Grupo Grow, foi apontado como uma “alternativa de mobilidade urbana” particularmente útil em grandes metrópoles, que contam com expressivo fluxo de pessoas e trânsito intenso de veículos.

Esse serviço tende a ser uma solução eficaz para os problemas de transporte público relativos à micromobilidade, tal como o caminho entre as residências e os pontos de ônibus ou estações de metrô, por exemplo. A facilidade, a agilidade e a praticidade do compartilhamento estimulam as pessoas a deixarem seus carros nas garagens e a utilizarem os meios de transporte público.

Um dos objetivos principais do compartilhamento de bicicletas e patinetes elétricos é – sem sombra de dúvida – a redução significativa dos congestionamentos, especialmente nas grandes áreas urbanas. Uma pesquisa conduzida nos Estados Unidos constatou que, de 50.000.000 (cinquenta milhões) de viagens de carro realizadas em outubro de 2018, 48% (quarenta e oito por cento) tiveram percursos de menos de 4,8 km, perfeitamente factíveis de serem percorridos por bicicletas ou por patinetes elétricos¹⁵⁸. Em Washington DC, um estudo apontou que o compartilhamento de bicicletas havia gerado, já em 2016, a sensível redução de 4% (quatro por cento) no total de congestionamentos¹⁵⁹.

157 Recuperação Judicial autuada sob o nº 1066734-09.2020.8.26.0100, em trâmite perante a 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central da Comarca de São Paulo/SP (“Recuperação Judicial”).

158 “INRIX: shared bikes and scooters could replace nearly 50% of downtown vehicle trips”. Green Car Congress, 2019. Disponível em: <<https://www.greencarcongress.com/2019/09/20190909-inrix.html>>. Acesso em 19/6/2022.

159 “Study: D.C. Bike-Share Cut Neighborhood Congestion 4 Percent”. Streets Blog USA, 2017. Disponível em: < <https://usa.streetsblog.org/2017/01/09/study-d-c-bike-share-cut-neighborhood-congestion-4-percent/>>. Acesso em 19/6/2022.

Com todos esses benefícios, e a conveniência trazida pelo desenvolvimento tecnológico – que torna possível alugar equipamentos pelo smartphone, e localizá-los em qualquer lugar com sistemas de GPS embutidos –, os serviços de micromobilidade já haviam saturado as megacidades chinesas em 2018¹⁶⁰, e, a partir daí, ganharam o mundo.

Contudo, velocidade da disseminação global desses empreendimentos de compartilhamento de ativos – principalmente de mobilidade – trouxe inúmeros desafios, tais como a necessidade de regulação, a concorrência crescente espremendo as margens de lucros, e a demanda por atualização constante dos equipamentos, especialmente em razão de uma tendência mundial recente à substituição de bicicletas por patinetes elétricos, mais convenientes e portáteis¹⁶¹.

Os serviços de micromobilidade, que já enfrentavam essas dores do crescimento, foram levados, no primeiro semestre de 2020, ao colapso financeiro com a pandemia do novo coronavírus. Com as ruas vazias e as pessoas em suas casas, a demanda por bicicletas e patinetes elétricos desapareceu, levando à completa paralisação de serviços de compartilhamento.

As demissões em massa neste segmento foram inevitáveis no mundo todo. Há relatos de que as *startups* de transporte – as que mais sofreram com a crise gerada pela pandemia – demitiram mais de 10.000 (dez mil) pessoas somente nos Estados Unidos desde março de 2020.

Em relação às *startups* Yellow e Grin o cenário não poderia ser pior. Isto porque, com a pandemia de COVID-19, todas as cidades em que essas companhias atuavam entraram em quarentena desde o mês de março de 2020, forçando a paralisação de suas atividades e reduzindo seu faturamento a praticamente zero.

As expectativas de retorno breve às atividades foram frustradas, e, com a ausência de receitas, o capital de giro das *startups* foi consumido pelo pagamento de funcionários e de outras despesas. Sem recursos, o Grupo Grow não pôde honrar seus compromissos perante terceiros, tais como locadores dos galpões em que ficam armazenados os patinetes e bicicletas, fornecedores de tecnologia e de sistemas operacionais para a

160 "The Trouble with Sharing: China's Bike Fever Has Reached Saturation Point". TIME, 2018. Disponível em: < <https://time.com/5218323/china-bicycles-sharing-economy/>>. Acesso em 19/6/2022.

161 "Why Are Bike Share Companies Pivoting to E-Scooters?". Bicycling, 2019. Disponível em: < <https://www.bicycling.com/news/a26623484/lime-bikes-scooters/>>. Acesso em 19/6/2022.

operação dos equipamentos, e funcionários, levando a 525 (quinhentos e vinte e cinco) demissões em maio e junho de 2020.

Já não bastasse tal situação, o Grupo Grow ainda enfrentara uma demanda pela constante renovação dos equipamentos, muitos deles importados, o que exige investimentos vultosos. Além disso, o excesso de regulamentação – que vai de encontro com o modelo de negócios das companhias (pautado pela liberdade dos usuários utilizarem os equipamentos e deixarem em qualquer lugar) – também foram um entrave ao prosseguimento das operações.

Conforme relato das próprias *startups* na exordial do pedido de recuperação judicial, algumas cidades passaram a travar verdadeiras cruzadas contra o Grupo Grow, buscando regulamentar os serviços, criando regras e estabelecendo taxas e outras cobranças que oneraram demasiadamente a operação¹⁶².

Rememora-se, por oportuno, que a Município de São Paulo/SP chegou a apreender 1.067 (mil e sessenta e sete) patinetes elétricos do Grupo Grow em maio de 2019 e exigir o pagamento de multa de R\$ 914.000,00 (novecentos e quatorze mil reais) para devolvê-los¹⁶³. A maioria desses patinetes foi danificada pelos fiscais da prefeitura, que recolhiam todos os que encontravam na rua e os empilhavam em caminhões, segundo relato das próprias *startups*¹⁶⁴.

Não restou outra alternativa senão o pedido de recuperação judicial para ter o fôlego necessário que lhe permita superar o momento delicado, reestruturar suas dívidas, captar novos recursos e retomar as suas atividades, conforme será brevemente analisado neste artigo.

3. A recuperação judicial como instrumento de soerguimento da companhia em crise.

A atividade empresária e a dinâmica das relações comerciais têm reflexos tão profundos na sociedade que surgiu a necessidade de um regramento específico e

162 "Prefeitura da capital publica nova regulamentação para o serviço de patinetes elétricos". G1, 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/sp1/video/prefeitura-da-capital-publica-nova-regulamentacao-para-o-servico-de-patinetes-eletricos-7832974.ghtml>>. Acesso em 19/6/2022.

163 "Empresa de patinetes vai ter que pagar R\$ 914 mil para recuperar equipamentos apreendidos em SP". G1, 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/06/06/empresa-tera-de-pagar-r-914-mil-a-prefeitura-de-sp-para-ter-de-volta-patinetes-apreendidos.ghtml>>. Acesso em 19/6/2022.

164 "Prefeitura de São Paulo apreende patinetes elétricos no primeiro dia de fiscalização". G1, 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/05/29/prefeitura-de-sao-paulo-apreende-patinetes-eletricos-no-primeiro-dia-de-fiscalizacao.ghtml>>. Acesso em 19/6/2022.

sistematizado para constituição e dissolução das companhias, estruturações societárias, circulação de ativos, meios de captação de crédito com suas respectivas garantias, além de uma legislação que preveja mecanismos de proteção às empresas em crise e meios viáveis de soerguimento.

Instaurada a crise da companhia, não apenas o interesse dos credores poderá ser comprometido. A baixa na concorrência inflaciona os preços, diminui a qualidade da oferta e coloca pressão no sistema como um todo. O fechamento de empresas faz o desemprego disparar e, como consequência lógica, os indicadores sociais tendem a indicar uma piora na qualidade de vida da população em geral, acentuando um processo de desigualdade social.

Acerca da crise econômico-financeira, nos ensina o Prof. Ricardo Negrão que:

“Empresa, sob o aspecto funcional, é, por definição legal (CC, art. 966), o exercício de atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Se, por um fator ou pela soma de uma multiplicidade de fatores endógenos ou exógenos à empresa – má gestão, enfermidade do empresário ou de pessoa de sua família, crise política, má conservação de estradas de acesso à localidade em que se situa o estabelecimento empresarial, catástrofes climáticas ou ecológicas na região de produção ou de fornecimento de matéria à transformação ou circulação da mercadoria, crises internacionais, guerras, revoluções, atos de terrorismo, política regional ou nacional, perda da qualidade ou falta de atualização do produto ou do serviço etc. – , o volume dos negócios inviabiliza a continuação da atividade-fim da empresa, a crise econômica estará configurada.

É possível que empresas economicamente saudáveis sofram crises financeiras, momentâneas ou não, em razão da insuficiência de recursos financeiros para o pagamento das obrigações assumidas.

(...)

Prolongando-se a crise, sem a remoção de suas causas e a satisfação dos créditos dos fornecedores e demais credores, inviável se torna a continuação dos negócios, arrastando o empresário a irreversível estado falimentar, que se torna público pela cessação de

pagamentos, pelo abandono ou por sua constante ausência do estabelecimento empresarial, pelo uso de mecanismos de liquidação anormal de seus ativos e de meios ruinosos ou ilícitos para satisfação de suas dívidas”¹⁶⁵.

Para incentivar o empreendedorismo, cria-se uma legislação voltada à “socialização das perdas”, caso a atividade empresarial fracasse. Como o empreendimento, caso fosse próspero, geraria efeitos positivos a toda sociedade, a lei falimentar assegura que, na hipótese de a atividade empresarial não prosperar, os efeitos adversos também seriam repartidos com a coletividade, quase como um sistema de compensação ao risco assumido. Nas palavras do Prof. Marcelo Barbosa Sacramone:

“Diante de uma estrutura tecnológica desatualizada, uma administração ineficiente ou uma capacidade produtiva incoerente com a demanda por produtos e serviços, a crise econômica que acomete o empresário poderá ser irreversível. Nesse contexto, a execução coletiva dos bens do devedor, a falência, extirpa do mercado o empresário ineficiente para que os recursos e fatores de produção por ele anteriormente utilizados sejam empregados em uma atividade mais útil a todo o sistema. Garante-se, com isso, que o agente econômico que descumpra suas obrigações seja retirado do mercado antes de afetar a confiança dos demais agentes econômicos e comprometer o crédito geral, com prejuízo a toda a coletividade.”¹⁶⁶

Quando a crise empresarial, contudo, não é irreversível, mas apenas temporária, o Estado cria o instituto da recuperação judicial como instrumento de proteção aos ativos da companhia economicamente recuperável, permitindo que devedor tenha tempo e instrumentos para renegociar seu passivo e, com isso, promover o soerguimento da companhia. A recuperação judicial, portanto, é um procedimento voluntário de negociação coletiva em que o juízo atua – única e exclusivamente – como fiscal da legalidade sobre os atos praticados.

Nas palavras dos Professores Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Felipe Vieira Batista:

¹⁶⁵ NEGRÃO, Ricardo. Falência e recuperação de empresas: aspectos objetivos da lei 11.101/2005 / Ricardo Negrão. – 6. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Págs. 198/199.

¹⁶⁶ SACRAMONE, Marcelo Barbosa. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. 3ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2022. Pág. 55.

“A recuperação judicial, em seu módulo principal, desenvolve-se por meio de processo de fiscalização e integração da vontade negocial coletiva, não pressupondo a existência prévia de litígio. Ou seja, trata-se de processo voltado a viabilizar a formação e homologação de plano de recuperação judicial. **Consequentemente, é possível entender a recuperação judicial como exercício de jurisdição voluntária**, sendo certo que tal conclusão se presta: (i) a justificar a aplicação do art. 723, parágrafo único, do CPC, ao processo de recuperação, explicando, assim, a abertura à criatividade judicial; e (ii) trazer clareza quanto à própria estruturação do processo, facilitando, inclusive, a organização procedimental de eventuais incidentes que demandem resposta jurisdicional que não seja enquadrável como jurisdição voluntária.”¹⁶⁷

Para a utilização do instituto, contudo, pressupõem-se que a atividade esteja acometida por uma crise econômico-financeira sanável. Esse estado de crise não pressupõe o inadimplemento já ocorrido das obrigações. A crise econômico-financeira se caracteriza quando o devedor, ainda que transitoriamente, não possua recursos financeiros disponíveis para satisfazer uma prestação vencida ou vincenda, ainda que seus ativos permanentes sejam suficientes para a satisfação de todo o passivo.

Novamente nos valendo das lições do Prof. Marcelo Barbosa Sacramone¹⁶⁸, a partir da distribuição do pedido de recuperação judicial, o devedor perde sua autonomia patrimonial e apenas poderá alienar ou onerar seus bens do ativo permanente com autorização judicial e após ouvidos os credores, caso essa alienação não tenha sido submetida à aprovação dos credores no plano de recuperação judicial (art. 66, da LRF169).

167 JÚNIOR, Fredie Didier; BRAGA, Paula Sarno e BATISTA, Felipe Vieira, A recuperação judicial como jurisdição voluntária: um ponto de partida para estruturação do procedimento, Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro/RJ, nº 79, págs. 119/142, março, 2021. (g.n.)

168 SACRAMONE, Marcelo Barbosa. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. 3ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2022. Pág. 248.

169 Art. 66. Após a distribuição do pedido de recuperação judicial, o devedor não poderá alienar ou onerar bens ou direitos de seu ativo não circulante, inclusive para os fins previstos no art. 67 desta Lei, salvo mediante autorização do juiz, depois de ouvido o Comitê de Credores, se houver, com exceção daqueles previamente autorizados no plano de recuperação judicial.

§ 1º Autorizada a alienação de que trata o **caput** deste artigo pelo juiz, observar-se-á o seguinte:

I - nos 5 (cinco) dias subsequentes à data da publicação da decisão, credores que corresponderem a mais de 15% (quinze por cento) do valor total de créditos sujeitos à recuperação judicial, comprovada a prestação da

Não poderá, inclusive, satisfazer suas obrigações vencidas, com o pagamento de uma parte dos credores, exceto se houver aprovação dos credores no plano de recuperação judicial (art. 172, da LRF170).

Por outro lado, obstaram-se os comportamentos oportunistas dos diversos credores que, ao sinal de crise econômica do devedor, pretendessem maximizar sua utilidade pessoal e obter a satisfação de seus créditos individuais, ainda que pudessem comprometer a satisfação dos demais credores.

Nota-se que esse comportamento cooperativo entre os credores foi incentivado mediante a suspensão de suas ações e execuções com o deferimento do pedido de processamento da recuperação judicial (art. 6º, da LRF171). A suspensão propicia que, por

caução equivalente ao valor total da alienação, poderão manifestar ao administrador judicial, fundamentadamente, o interesse na realização da assembleia-geral de credores para deliberar sobre a realização da venda;

II - nas 48 (quarenta e oito) horas posteriores ao final do prazo previsto no inciso I deste parágrafo, o administrador judicial apresentará ao juiz relatório das manifestações recebidas e, somente na hipótese de cumpridos os requisitos estabelecidos, requererá a convocação de assembleia-geral de credores, que será realizada da forma mais célere, eficiente e menos onerosa, preferencialmente por intermédio dos instrumentos referidos no § 4º do art. 39 desta Lei.

§ 2º As despesas com a convocação e a realização da assembleia-geral correrão por conta dos credores referidos no inciso I do § 1º deste artigo, proporcionalmente ao valor total de seus créditos.

§ 3º Desde que a alienação seja realizada com observância do disposto no § 1º do art. 141 e no art. 142 desta Lei, o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do adquirente nas obrigações do devedor, incluídas, mas não exclusivamente, as de natureza ambiental, regulatória, administrativa, penal, anticorrupção, tributária e trabalhista.

§ 4º O disposto no **caput** deste artigo não afasta a incidência do inciso VI do **caput** e do § 2º do art. 73 desta Lei.

170 Art. 172. Praticar, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar plano de recuperação extrajudicial, ato de disposição ou oneração patrimonial ou gerador de obrigação, destinado a favorecer um ou mais credores em prejuízo dos demais:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre o credor que, em conluio, possa beneficiar-se de ato previsto no **caput** deste artigo.

171 Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial implica:

I - suspensão do curso da prescrição das obrigações do devedor sujeitas ao regime desta Lei;

II - suspensão das execuções ajuizadas contra o devedor, inclusive daquelas dos credores particulares do sócio solidário, relativas a créditos ou obrigações sujeitos à recuperação judicial ou à falência;

III - proibição de qualquer forma de retenção, arresto, penhora, sequestro, busca e apreensão e constrição judicial ou extrajudicial sobre os bens do devedor, oriunda de demandas judiciais ou extrajudiciais cujos créditos ou obrigações sujeitem-se à recuperação judicial ou à falência.

§ 1º Terá prosseguimento no juízo no qual estiver se processando a ação que demandar quantia ilíquida.

§ 2º É permitido pleitear, perante o administrador judicial, habilitação, exclusão ou modificação de créditos derivados da relação de trabalho, mas as ações de natureza trabalhista, inclusive as impugnações a que se refere o art. 8º desta Lei, serão processadas perante a justiça especializada até a apuração do respectivo crédito, que será inscrito no quadro-geral de credores pelo valor determinado em sentença.

§ 3º O juiz competente para as ações referidas nos §§ 1º e 2º deste artigo poderá determinar a reserva da importância que estimar devida na recuperação judicial ou na falência, e, uma vez reconhecido líquido o direito, será o crédito incluído na classe própria.

§ 4º Na recuperação judicial, as suspensões e a proibição de que tratam os incisos I, II e III do **caput** deste artigo perdurarão pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado do deferimento do processamento da recuperação, prorrogável por igual período, uma única vez, em caráter excepcional, desde que o devedor não haja concorrido com a superação do lapso temporal.

§ 4º-A. O decurso do prazo previsto no § 4º deste artigo sem a deliberação a respeito do plano de recuperação judicial proposto pelo devedor faculta aos credores a propositura de plano alternativo, na forma dos §§ 4º, 5º, 6º e 7º do art. 56 desta Lei, observado o seguinte:

I - as suspensões e a proibição de que tratam os incisos I, II e III do **caput** deste artigo não serão aplicáveis caso os credores não apresentem plano alternativo no prazo de 30 (trinta) dias, contado do final do prazo referido no § 4º deste artigo ou no § 4º do art. 56 desta Lei;

II - as suspensões e a proibição de que tratam os incisos I, II e III do **caput** deste artigo perdurarão por 180 (cento e oitenta) dias contados do final do prazo referido no § 4º deste artigo, ou da realização da assembleia-geral de credores referida no § 4º do art. 56 desta Lei, caso os credores apresentem plano alternativo no prazo referido no inciso I deste parágrafo ou no prazo referido no § 4º do art. 56 desta Lei.

§ 5º O disposto no § 2º deste artigo aplica-se à recuperação judicial durante o período de suspensão de que trata o § 4º deste artigo.

§ 6º Independentemente da verificação periódica perante os cartórios de distribuição, as ações que venham a ser propostas contra o devedor deverão ser comunicadas ao juízo da falência ou da recuperação judicial:

I – pelo juiz competente, quando do recebimento da petição inicial;

II – pelo devedor, imediatamente após a citação.

§ 7º-A. O disposto nos incisos I, II e III do **caput** deste artigo não se aplica aos créditos referidos nos §§ 3º e 4º do art. 49 desta Lei, admitida, todavia, a competência do juízo da recuperação judicial para determinar a suspensão dos atos de constrição que recaiam sobre bens de capital essenciais à manutenção da atividade empresarial durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º deste artigo, a qual será implementada mediante a cooperação jurisdicional, na forma do art. 69 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), observado o disposto no art. 805 do referido Código.

§ 7º-B. O disposto nos incisos I, II e III do **caput** deste artigo não se aplica às execuções fiscais, admitida, todavia, a competência do juízo da recuperação judicial para determinar a substituição dos atos de constrição

maioria, buscassem os credores uma solução comum para a satisfação de todos os débitos, seja pela novação de suas obrigações na recuperação judicial das empresas viáveis, seja por meio da liquidação dos ativos da empresa inviável, por ocasião da decretação de eventual falência.

Para permitir que o instituto pudesse efetivamente reestruturar a atividade do devedor, foram ampliados os meios de recuperação, os quais poderão ser previstos livremente pelo devedor em seu plano de recuperação judicial, conforme a necessidade da reestruturação e a complexidade da atividade empresarial. Ademais, todos os credores, e não mais os quirografários, submeter-se-ão à recuperação judicial (art. 49, da LRF172).

que recaiam sobre bens de capital essenciais à manutenção da atividade empresarial até o encerramento da recuperação judicial, a qual será implementada mediante a cooperação jurisdicional, na forma do art. 69 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), observado o disposto no art. 805 do referido Código.

§ 8º A distribuição do pedido de falência ou de recuperação judicial ou a homologação de recuperação extrajudicial previne a jurisdição para qualquer outro pedido de falência, de recuperação judicial ou de homologação de recuperação extrajudicial relativo ao mesmo devedor.

§ 9º O processamento da recuperação judicial ou a decretação da falência não autoriza o administrador judicial a recusar a eficácia da convenção de arbitragem, não impedindo ou suspendendo a instauração de procedimento arbitral.

§ 10. (VETADO).

§ 11. O disposto no § 7º-B deste artigo aplica-se, no que couber, às execuções fiscais e às execuções de ofício que se enquadrem respectivamente nos incisos VII e VIII do **caput** do art. 114 da Constituição Federal, vedados a expedição de certidão de crédito e o arquivamento das execuções para efeito de habilitação na recuperação judicial ou na falência.

§ 12. Observado o disposto no art. 300 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), o juiz poderá antecipar total ou parcialmente os efeitos do deferimento do processamento da recuperação judicial.

§ 13. Não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial os contratos e obrigações decorrentes dos atos cooperativos praticados pelas sociedades cooperativas com seus cooperados, na forma do art. 79 da Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971, conseqüentemente, não se aplicando a vedação contida no inciso II do art. 2º quando a sociedade operadora de plano de assistência à saúde for cooperativa médica.

172 Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

§ 1º Os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso.

§ 2º As obrigações anteriores à recuperação judicial observarão as condições originalmente contratadas ou definidas em lei, inclusive no que diz respeito aos encargos, salvo se de modo diverso ficar estabelecido no plano de recuperação judicial.

A recuperação judicial deve ser definida, assim, justamente com base nessa finalidade de propiciar o comportamento colaborativo de todos os credores em prol da superação da crise empresarial. É instituto jurídico criado para permitir ao devedor rediscutir com os seus credores, num ambiente institucional, a viabilidade econômica da empresa e de sua condução pelo empresário para a satisfação das obrigações sociais, conforme plano de recuperação proposto e que, se aprovado pelos credores em Assembleia Geral, implicará a novação de suas obrigações.

Ademais, nos termos do art. 47, da LRF173, o pleito recuperacional tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim

§ 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

§ 4º Não se sujeitará aos efeitos da recuperação judicial a importância a que se refere o inciso II do art. 86 desta Lei.

§ 5º Tratando-se de crédito garantido por penhor sobre títulos de crédito, direitos creditórios, aplicações financeiras ou valores mobiliários, poderão ser substituídas ou renovadas as garantias liquidadas ou vencidas durante a recuperação judicial e, enquanto não renovadas ou substituídas, o valor eventualmente recebido em pagamento das garantias permanecerá em conta vinculada durante o período de suspensão de que trata o § 4º do art. 6º desta Lei.

§ 6º Nas hipóteses de que tratam os §§ 2º e 3º do art. 48 desta Lei, somente estarão sujeitos à recuperação judicial os créditos que decorram exclusivamente da atividade rural e estejam discriminados nos documentos a que se referem os citados parágrafos, ainda que não vencidos.

§ 7º Não se sujeitarão aos efeitos da recuperação judicial os recursos controlados e abrangidos nos termos dos arts. 14 e 21 da Lei nº 4.829, de 5 de novembro de 1965. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)

§ 8º Estarão sujeitos à recuperação judicial os recursos de que trata o § 7º deste artigo que não tenham sido objeto de renegociação entre o devedor e a instituição financeira antes do pedido de recuperação judicial, na forma de ato do Poder Executivo. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)

§ 9º Não se enquadrará nos créditos referidos no **caput** deste artigo aquele relativo à dívida constituída nos 3 (três) últimos anos anteriores ao pedido de recuperação judicial, que tenha sido contraída com a finalidade de aquisição de propriedades rurais, bem como as respectivas garantias.

173 Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e

de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores.

Neste contexto, destaca-se a importância ao ambiente de negócios que o instituto da recuperação judicial causa à dinâmica da economia brasileira, facilitando a entrada de novas companhias em território nacional, para geração de emprego, renda e impostos, que serão revertidos em uma melhor qualidade de vida à população de um modo geral.

4. Os meios de recuperação propostos pelo Grupo Grow e suas possíveis replicações para outras *startups*.

Com o objetivo de viabilizar a superação da situação de crise-econômico-financeira e a manutenção de suas atividades, o Grupo Grow propôs a adoção dos meios de recuperação em três pilares no seu Plano de Recuperação Judicial (“PRJ”), conforme art. 50, da LRF174:

dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

174 Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros:

- I – concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas;
- II – cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente;
- III – alteração do controle societário;
- IV – substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos;
- V – concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar;
- VI – aumento de capital social;
- VII – trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados;
- VIII – redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva;
- IX – dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro;
- X – constituição de sociedade de credores;
- XI – venda parcial dos bens;

(a) Reestruturação dos Créditos Concurais, com a concessão de prazos e condições especiais para o pagamento dos Créditos Concurais;

(b) Realização de transações societárias, inclusive para otimizar e racionalizar suas atividades, podendo adotar uma estrutura simplificada e menos custosa para consolidar suas operações; e

XII – equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza, tendo como termo inicial a data da distribuição do pedido de recuperação judicial, aplicando-se inclusive aos contratos de crédito rural, sem prejuízo do disposto em legislação específica;

XIII – usufruto da empresa;

XIV – administração compartilhada;

XV – emissão de valores mobiliários;

XVI – constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor.

XVII - conversão de dívida em capital social;

XVIII - venda integral da devedora, desde que garantidas aos credores não submetidos ou não aderentes condições, no mínimo, equivalentes àquelas que teriam na falência, hipótese em que será, para todos os fins, considerada unidade produtiva isolada.

§ 1º Na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia.

§ 2º Nos créditos em moeda estrangeira, a variação cambial será conservada como parâmetro de indexação da correspondente obrigação e só poderá ser afastada se o credor titular do respectivo crédito aprovar expressamente previsão diversa no plano de recuperação judicial.

§ 3º Não haverá sucessão ou responsabilidade por dívidas de qualquer natureza a terceiro credor, investidor ou novo administrador em decorrência, respectivamente, da mera conversão de dívida em capital, de aporte de novos recursos na devedora ou de substituição dos administradores desta.

§ 4º O imposto sobre a renda e a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) incidentes sobre o ganho de capital resultante da alienação de bens ou direitos pela pessoa jurídica em recuperação judicial poderão ser parcelados, com atualização monetária das parcelas, observado o seguinte:

I - o disposto na Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002; e

II - a utilização, como limite, da mediana de alongamento no plano de recuperação judicial em relação aos créditos a ele sujeitos.

§ 5º O limite de alongamento de prazo a que se refere o inciso II do § 4º deste artigo será readequado na hipótese de alteração superveniente do plano de recuperação judicial.

(c) Obtenção de novos recursos para suas operações, inclusive por meio de aumento de capital, contratação de novos financiamentos, emissão de títulos ou valores mobiliários, ou alienação de ativos ou oneração, observado os termos deste Plano.

Acerca dos meios de recuperação judicial, nos ensina os Profs. João Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli, Rodrigo Tellechea que:

“O art. 50 da LREF elenca uma série de técnicas recuperatórias, chamadas “meios de recuperação judicial”, que poderão ser utilizadas pelo devedor em seu plano. Trata-se de um rol exemplificativo, de modo que o devedor pode se valer de outros expedientes para superar a situação de crise (devendo, como regra, o plano estar relacionado ao próprio patrimônio do devedor em recuperação).

Os meios de recuperação deverão ser descritos pormenorizadamente e, após, apresentados resumidamente para facilitar o exame global do plano. Ou seja: não basta uma descrição genérica dos meios de recuperação descritos no art. 50 da LREF.

(...)

As técnicas recuperatórias podem ser as mais variadas, podendo ir desde uma simples reestruturação do perfil da dívida, de modo a adequar seus montantes e vencimentos à capacidade de pagamento da sociedade, até uma complexa reorganização societária ou remodelação administrativa.

O art. 50 da LREF elenca mais de duas dezenas de formas por meio das quais a empresa em crise pode buscar sua recuperação judicial, autorizando, expressamente, que meios alternativos venham a ser empregados para reestruturar e sanear a empresa”¹⁷⁵.

Em complemento, vale a pena citar as lições do Prof. Luiz Roberto Ayoub:

A reestruturação do passivo da empresa devedora é um dos modos de recuperação. Assim, pode o plano de recuperação judicial conter cláusula que estabeleça abatimentos e dilações ao pagamento do

¹⁷⁵ SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro. RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIA TEORIA E PRÁTICA NA LEI 11.101/2005. 3ª ed., São Paulo: Editora Almedina, 2018. Pág. 444/445.

passivo concursal, isto é, cláusula pertinente ao valor e ao prazo para pagamento do passivo concursal. Nessa cláusula, de regra o devedor goza de grande liberdade – inclusive por conta do contrapeso consistente na soberania da assembleia geral de credores para rejeitar o plano –, podendo o plano de recuperação judicial prever prazo para pagamento superior a dois anos.

A grande maioria dos planos de recuperação contém cláusula a prever prazo de carência de dois anos para o início do pagamento do passivo concursal. Essa cláusula é devida à norma do art. 61, § 1º, da LRF, que estabelece que durante a fase de cumprimento do plano, que durará de regra dois anos, o descumprimento de qualquer obrigação assumida no plano acarretará a convolação da recuperação judicial em falência. Após esse período, com o encerramento da recuperação judicial, o descumprimento de obrigação assumida no plano não acarreta em convolação da recuperação judicial em falência. Conquanto as empresas devedoras possuam grande liberdade para estabelecer o prazo de carência para início do pagamento (desde que, por óbvio, haja aceitação dos credores), já houve julgados limitando este prazo,⁵⁴ em que pese a ausência de disposição legal expressa nesse sentido.

Da mesma maneira, a empresa devedora pode apresentar plano que contenha abatimentos no valor a ser pago aos credores. Aqui, consoante observa Luiz Inácio Vigil, “não há, também, a imposição para qualquer limite legal no valor a ser pago, pois isso contraria o princípio da negociação que prepondera no regime recuperatório”. Com efeito, já se concedeu, por exemplo, recuperação judicial, cujo plano de recuperação que impunha a credores quirografários abatimento de 58% do valor dos créditos. Entretanto, já se cassou decisão de concessão de recuperação judicial cujo plano de recuperação aprovado pelos credores continha previsão de abatimento de 90% do valor dos créditos.

O plano de recuperação judicial também pode prever modo diverso de pagar os credores. Assim, credores titulares de crédito pecuniário poderão receber seus créditos por dação em pagamento de bens da empresa ou participações societárias. Nesse caso, se aprovado o

plano pela assembleia geral de credores, o credor não terá como insurgir-se contra a dação em pagamento.

Chama a atenção que Grupo Grow retomou as suas atividades, inicialmente com o fornecimento de patinetes e *know-how* para operações em regiões do interior, e pretende voltar a operar seus próprios patinetes em capitais brasileiras.

Tal medida pode ser de grande valia para outras *startups* que pretendem recuperar seus negócios. Isto porque, um dos maiores (senão o maior) ativo de companhias inovadoras é o seu *know-how* e apetite por inovação. Como é de conhecimento geral, essas micro e pequenas empresas geralmente não possuem capital elevado ou ativos que possam ser liquidados e satisfazer o crédito de credores concursais.

Ao prever a “alienação” de sua experiência em um modelo de negócios inovador, a *startup* garante uma percepção de renda futura sem grandes custos, além de disseminar um modelo de negócios que tem potencial de impactar positivamente a vida de diversas localidades (cumprindo com os princípios previstos no art. 3º, do Marco Legal das Startups¹⁷⁶) que não seriam alcançadas, haja vista a dificuldade em dar escala ao negócio dessas companhias.

176 Art. 3º Esta Lei Complementar é pautada pelos seguintes princípios e diretrizes:

I - reconhecimento do empreendedorismo inovador como vetor de desenvolvimento econômico, social e ambiental;

II - incentivo à constituição de ambientes favoráveis ao empreendedorismo inovador, com valorização da segurança jurídica e da liberdade contratual como premissas para a promoção do investimento e do aumento da oferta de capital direcionado a iniciativas inovadoras;

III - importância das empresas como agentes centrais do impulso inovador em contexto de livre mercado;

IV - modernização do ambiente de negócios brasileiro, à luz dos modelos de negócios emergentes;

V - fomento ao empreendedorismo inovador como meio de promoção da produtividade e da competitividade da economia brasileira e de geração de postos de trabalho qualificados;

VI - aperfeiçoamento das políticas públicas e dos instrumentos de fomento ao empreendedorismo inovador;

VII - promoção da cooperação e da interação entre os entes públicos, entre os setores público e privado e entre empresas, como relações fundamentais para a conformação de ecossistema de empreendedorismo inovador efetivo;

VIII - incentivo à contratação, pela administração pública, de soluções inovadoras elaboradas ou desenvolvidas por startups, reconhecidos o papel do Estado no fomento à inovação e as potenciais oportunidades de economicidade, de benefício e de solução de problemas públicos com soluções inovadoras; e

Além do fornecimento do know-how para operações em regiões do interior – o que por si só já seria um grande incentivo à aprovação do PRJ – o Grupo Grow previu a alienação de um máximo de 5.400 (cinco mil e quatrocentos) patinetes elétricos para satisfação dos Credores Quirografários que escolherem uma opção específica do PRJ e do oferecimento em garantia de até 5.000 (cinco mil) patinetes para os Credores Trabalhistas – avaliados conjuntamente no valor de R\$ 9.000.000,0 (nove milhões de reais) – que também escolherem por uma opção específica do PRJ. Após a alienação dos patinetes prevista no Plano, o Grupo Grow estima que haverá cerca de 7.000 (sete mil) patinetes alocados para a operação.

Sobre a alienação de ativos da companhia em recuperação judicial, nos ensina o Prof. Marcelo Barbosa Sacramone que:

“Um dos meios de recuperação judicial mais utilizado para a reestruturação do empresário e a obtenção de capital é a alienação de bens próprios, que permite ao empresário concentrar seus recursos no desenvolvimento da atividade empresarial mais lucrativa e reduzir os custos de manutenção e conservação de uma estrutura sem maior utilidade ou lucratividade.

A alienação garante também o atendimento da preservação da empresa e de sua função social. A aquisição de estabelecimento permite que o arrematante desenvolva a atividade empresarial de modo mais eficiente com o ativo adquirido, com a manutenção de postos de trabalho, fornecimento dos produtos aos consumidores, circulação de riqueza etc.

Salvo casos excepcionais, em que se exigirá o reconhecimento judicial da evidente utilidade da venda, após a oitiva do Comitê de Credores, a alienação ou oneração de ativos permanentes da recuperanda é proibida após a distribuição do pedido de recuperação judicial, exceto se prevista no plano de recuperação judicial e aprovada pelos credores⁴⁶⁰. A anuência dos credores é necessária porque a alienação de ativos poderá comprometer a satisfação dos credores por ocasião de eventual liquidação dos bens

IX - promoção da competitividade das empresas brasileiras e da internacionalização e da atração de investimentos estrangeiros.

na falência, além de ser parte da proposta realizada pelo devedor para que estruture sua atividade e consiga satisfazer os credores”¹⁷⁷.

No caso específico do Grupo Grow, a alienação de parte dos patinetes elétricos (além de proporcionar a geração de caixa para que a companhia possa honrar com seus compromissos financeiros, ainda propiciará o investimento em equipamentos mais modernos, tecnologia na gestão dos patinetes, além de reduzir os custos da frota e a demanda por pessoas e logística no recolhimento e recarga dos mesmos.

5. Considerações finais.

A recuperação judicial é um instituto do direito de insolvência voltado a conferir uma oportunidade à determinada atividade empresarial de superação de uma situação de crise econômico-financeira momentânea. Em abandono ao instituto da concordata, cuja solução era eminentemente legalista e com alta intervenção judicial, o legislador buscou conferir, por meio da recuperação judicial, uma solução de mercado à superação da crise da empresa, mediante a discussão e eventual aprovação pelos credores do empresário de um plano de soerguimento por ele apresentado.

Isso porque, a recuperação de uma atividade empresarial necessita soluções econômicas para que haja possibilidade de sucesso. Depende de escolhas inerentes ao exercício da livre iniciativa e somente aqueles que estão no mercado é que possuem condições de avaliar se as escolhas propostas pelo empresário podem ser suscetíveis de êxito no âmbito do empreendedorismo.

No mais, a lógica do processo de recuperação de empresas reside na divisão de ônus entre os agentes de mercado, com vistas à consecução do bem maior representado pelos benefícios sociais decorrentes da manutenção da atividade empresarial.

No *leading case* brevemente analisado neste artigo, entendeu-se que as *startups* são viáveis e, portanto, justifica-se a imposição de ônus compartilhados aos interessados privados, vez que o resultado social é relevante e deve ser prestigiado pela lei, ainda que fora do âmbito das partes do processo.

Conclui-se, portanto, que a recuperação judicial é um instrumento de grande valia para companhias em crise e ainda mais para aquelas que fomentam o empreendedorismo inovar e têm o poder de impactar favoravelmente a vida e o cotidianos da sociedade.

¹⁷⁷ SACRAMONE, Marcelo Barbosa. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. 3ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2022. Pág. 355.

6. Referências.

AYOUB, Luiz Roberto, e, CAVALLI, Cássio. A Construção Jurisprudencial da Recuperação Judicial de Empresas. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Jurisprudência da Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo. 7ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BOBBIO, Norberto. Estado Governo Sociedade – Para uma teoria geral da política, SP, Paz e Terra, 3ª ed., 1990.

BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. Abuso do Direito de Voto na Assembleia Geral de Credores. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

CAMPINHO, Sérgio. Falência e Recuperação de Empresas: o novo regime de insolvência empresarial. São Paulo: Renovar, 2016.

CAMPINHO, Sérgio. Curso de direito comercial: falência e recuperação de empresas. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. Comentário à nova lei de falência e de recuperação judicial (Lei n. 11.101, de 9-2-2005). 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

COSTA, Daniel Carnio. Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005/ Daniel Carnio Costa, Alexandre Correa Nasser de Melo – Curitiba: Juruá, 2021. P. 313.

DE LUCCA, Newton, Teoria Geral, in Comentários à nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências, Newton de Lucca e Adalberto Simão Filho, coordenadores, Quartier Latin, São Paulo, 2005.

FINKELSTEIN, Cláudio. Direito internacional: seus tribunais e meios de solução de conflitos. coordenação de ARANA, Josyler, e CACHAPUZ, Rozane da Rosa, Curitiba, Juruá, 2007.

FRANCO, Vera Helena de Mello e SZTAJN, Raquel. Falência e recuperação de empresas. Rio de Janeiro: Elsevier/Campus, 2008.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. Coordenação SATIRO, Francisco, e, MORAES PITOMBO, Antônio Sergio A. de, 2ª ed., ver., atual., e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Anotações sobre os Limites do Poder Jurisdicional na Apreciação do Plano de Recuperação Judicial, in Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, vol. 36. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2007.

MELO, Cinira Gomes Lima. O plano de recuperação judicial como negócio jurídico plurilateral: a análise da existência, da validade e da eficácia. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016.

NEDER CERZETTI, Sheila Christina. A recuperação judicial de Sociedade por Ações. O princípio da preservação da Empresa na Lei de Recuperação e Falência. 1ª edição, São Paulo: Malheiros, 2012.

NEGRÃO, Ricardo. Aspectos Objetivos da Lei de Recuperação de Empresas e de Falência. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

NEGRÃO, Ricardo. Curso de Direito Comercial e de Empresa: Recuperação de Empresas, Falência e Procedimentos Concursais Administrativos. 11ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coordenação). Direito Falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas. Rio de Janeiro, Quartier Latin, 2005.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. 3ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2022.

SALOMÃO, Luis Felipe, Santos, Paulo Penalva. Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática. Forense: Rio de Janeiro, 2021.

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luís Felipe, TELLECHEA, Rodrigo. Recuperação de Empresas e Falência: Teoria e Prática na Lei 11.101/2005. São Paulo: Almedina, 2016.

RELAÇÃO ESTADO-IGREJA, LAICIDADE E LIBERDADE RELIGIOSA: ANÁLISE CRÍTICA DA ADI Nº 4439 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O ENSINO CONFSSIONAL EM ESCOLAS PÚBLICAS

ARI TIMÓTEO DOS REIS JÚNIOR:
Procurador da Fazenda Nacional. Pós-graduado em Direito Processual Civil e Direito Tributário. Professor de Direito. Mestrando.

1. INTRODUÇÃO

O objeto do presente estudo é o desenvolvimento de conceitos referentes à relação entre Estado e Igreja, laicidade e liberdade religiosa, partindo da análise crítica do entendimento jurisprudencial advindo da ADI nº 4439, julgada pelo Supremo Tribunal Federal em 27/09/2017, que diz respeito à compatibilidade do ensino religioso em escola pública com às exigências da liberdade religiosa e da laicidade do Estado, conforme regramento previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O ensino religioso é oferecido nas escolas públicas brasileiras por força de previsão da constituição brasileira (art. 210, § 1º), regulamentada pela Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação) e também nos termos do art. 11, § 1º do Acordo Brasil-Santa Sé, promulgado pelo Decreto nº 7.107/2010, que expressamente diz que o ensino será católico e de outras confissões religiosas. Tal ensino religioso é de matrícula facultativa e constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental. Ademais, possui natureza confessional, sendo vinculado às diversas crenças religiosas, com admissão de professores na qualidade de representantes das confissões religiosas, embora a legislação vede o proselitismo ao mesmo tempo em que exige que seja assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do país. No processo de controle de constitucionalidade citado acima, impugna-se a possibilidade de ensino religioso confessional em escolas públicas, admitindo-se apenas o não confessional, tendo em vista as exigências da liberdade religiosa e da laicidade do Estado que, sob essa ótica, impõe uma postura neutra do Estado em relação às diferentes orientações diante do fenômeno religioso e determina o respeito à liberdade e à igualdade do indivíduo no aspecto religioso, que ficariam comprometidos, especialmente por se estar diante de crianças, que não seriam tratadas com igual respeito e consideração, haja vista que privilegiar-se-ia as crenças majoritárias, que acabariam por prevalecer, sem uma real liberdade concreta de fazer escolhas, num processo educacional que se mostraria excludente e estigmatizante.

Por 6 votos à 5, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o texto constitucional prevê o ensino religioso de natureza confessional. Essa conclusão não foi considerada incompatível com a laicidade do Estado ou à liberdade religiosa (inclusive a de não seguir nenhuma religião – agnósticos e ateus), mas em conformidade com elas, que foram interpretadas como a impossibilidade do Estado adotar, privilegiar, perseguir ou fundamentar seus atos em uma religião, bem como interferir, obstar ou dificultar a opção das pessoas em relação ao fenômeno religioso. Houve a concretização da dimensão jurídica desses preceitos, assentando-se, em apertada síntese, que não significam um Estado laicista ou antireligioso, mas um Estado que reconhece o espaço religioso numa perspectiva pluralista, que aceita o convívio em sala de aula das diferentes perspectivas, sem imposição e sem dirigismo estatal, permitindo a manifestação religiosa em espaços públicos de tolerância e respeito mútuos, sem que se possa impor um ponto de vista contrário ou a favor das religiões ou tentar impedir aqueles que professem uma fé de exercê-la ou desenvolvê-la em espaços públicos, de modo que o ensino religioso facultativo, ministrado de acordo com a confissão do aluno, ao invés de ir contra, promove e constitui direito subjetivo individual inerente à liberdade religiosa.

Nos propomos a analisar criticamente esse entendimento jurisprudencial, desenvolvendo o tema em profundidade suficiente que nos permita uma tomada de posição quanto ao acerto ou desacerto da tese. Com isso, queremos dizer que atribuir a “última palavra” ao juiz não é o fim do raciocínio pertinente à questão, nem nosso ponto de chegada, mas se insere em um leque mais amplo. À nós, parece que, juntamente com o que diz NOEL STRUCHINER, “o direito não é meramente aquilo que os juízes decidem”¹⁷⁸ e que, talvez, devêssemos refletir se o Direito deva ser encarado como um receptáculo vazio a ser preenchido por qualquer conteúdo por parte de acadêmicos e juízes. Seguem as palavras do autor:

Um típico argumento cético em relação às regras jurídicas é armado da seguinte forma: como em qualquer sistema jurídico desenvolvido, existe um órgão judicial cujo poder de decisão é supremo (a decisão tomada por ele será a decisão final), então, mesmo que essa corte suprema não recorra às regras jurídicas estabelecidas, nada poderá ser feito, e as decisões desses órgãos vão vigorar ainda assim. A conclusão dos realistas que adotam esse argumento é a de que as regras jurídicas não têm um papel fundamental no processo decisório, e que o direito é na verdade aquilo que os juízes

¹⁷⁸ STRUCHINER, Noel. Indeterminação e objetividade. Quando o direito diz o que não queremos ouvir. *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. Ronaldo Porto Macedo Júnior; Catarina Helena Cortada Barbieri (orgs.). São Paulo: Saraiva, 2011, p. 130.

determinam como sendo o direito. Para os realistas, se o direito é aquilo que os juízes determinam como sendo o direito, se todo ato decisório é um ato de criação do direito, então não faz sentido afirmar que eles são falíveis.

...

Apesar de o juiz ter a palavra final, podemos afirmar que ele está errado. Não é porque a sua palavra é a palavra final que ele será infalível. O simples fato de podermos afirmar que o juiz está errado demonstra que o direito não é meramente aquilo que os juízes decidem. A melhor explicação para a nossa capacidade de reconhecer o erro é a de que **a linguagem do direito possui um significado compartilhado e podemos, em um grande número de casos, afirmar que ele não está sendo observado**¹⁷⁹

Como ensinava HART, ao trazer uma analogia entre regras jurídicas e decisões judiciais de um lado e, de outro lado, as regras do críquete e o “jogo da discricionariedade do marcador”, os provimentos jurisdicionais, apesar de sua autoridade, podem estar descolados do Direito e, se assim for, não teríamos mais uma aplicação jurídico-normativa, mas a imposição da vontade do próprio julgador. Confira-se:

Podemos distinguir um jogo normal de um jogo de “discricionariedade do marcador” simplesmente porque a regra de pontuação, embora tenha, como outras regras, a sua área de textura aberta em que o marcador deve exercer uma escolha, possui contudo um núcleo de significado estabelecido. É deste núcleo que o marcador não é livre de afastar-se e que, enquanto se mantém, constitui o padrão de pontuação correta e incorreta, quer para o jogador, ao fazer as suas declarações não-oficiais quanto ao resultado, quer para o marcador nas suas determinações oficiais. É isto que torna verdadeiro dizer que as determinações do marcador não são infalíveis, embora seja, definitivas. O mesmo é verdade quanto ao direito.

Até um certo ponto, o fato de que certas determinações dadas por um marcador são claramente erradas não é incoerente com a

¹⁷⁹ Idem, p. 129/130.

continuação do jogo: contam tanto com o as determinações que são obviamente corretas; mas há um limite quanto à medida em que a tolerância face às decisões incorretas é compatível com a existência continuada do mesmo jogo e isto tem uma importante analogia jurídica. O fato de as aberrações oficiais ou excepcionais serem toleradas não significa que o jogo de críquete ou de basebol já não esteja a jogar-se. Por outro lado, se estas aberrações forem frequentes ou se o marcador repudiar a regra de pontuação, há de chegar a um ponto em que, ou os jogadores não aceitam já as determinações aberrantes do marcador ou, se o fazem, o jogo vem a alterar-se; já não é críquete ou basebol mas “discricionariedade do marcador”; porque um aspecto definidor destes outros jogos é que, em geral, os seus resultados sejam determinados da forma exigida pelo significado simples da regra, seja qual for a latitude que a sua textura aberta possa deixar ao marcador. Em certas condições imagináveis, deveríamos dizer que, na verdade, o jogo que estava a disputar-se era o da “discricionariedade do marcador”, mas o fato de em todos os jogos as determinações deste serem definitivas não significa que isto constitua tudo aquilo que os jogos são. 180

2.A NORMA CONSTITUCIONAL PADRÃO DA LIBERDADE RELIGIOSA NO BRASIL E O PROPÓSITO DA ADI Nº 4439

Os dispositivos normativos envolvidos são: o art. 33 da Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação) e art. 11, § 1º do Acordo Brasil-Santa Sé (Decreto nº 7.107/2010), que são o objeto do controle de constitucionalidade; perante o art. 210, § 1º, c/c art. 5º, V, c/c art. 19, I, todos da CF/88, que funcionam como parâmetro para o controle de constitucionalidade. Os preceitos constitucionais estão redigidos nos seguintes termos:

Art. 5º. VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus

180 HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. (trad. A. Ribeiro Mendes), 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 157/158.

representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;

Art. 210. § 1º O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.

Desses dispositivos constitucionais é que deve ser extraída a norma nuclear para as relações Igreja-Estado e para a liberdade religiosa no Brasil. Observe que, ao contrário de constituições como a portuguesa¹⁸¹, embora não diga expressamente que religião e Estado estão separados, isso decorre da exigência de não manter relações de dependência ou aliança com representantes das confissões religiosas, mesmo que ressalvada a colaboração de interesse público, ressalva esta determinante e que dará toda a tônica para o modo de interação entre religião e poder temporal no ordenamento jurídico brasileiro.

Os objetos de controle de constitucionalidade são os seguintes:

Art. 33. O ensino religioso, de matrícula facultativa, é parte integrante da formação básica do cidadão e constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, vedadas quaisquer formas de proselitismo.

§ 1º Os sistemas de ensino regulamentarão os procedimentos para a definição dos conteúdos do ensino religioso e estabelecerão as normas para a habilitação e admissão dos professores.

§ 2º Os sistemas de ensino ouvirão entidade civil, constituída pelas diferentes denominações religiosas, para a definição dos conteúdos do ensino religioso. (Lei nº 9394/96)

Art. 11. §1º. O ensino religioso, católico e de outras confissões religiosas, de matrícula facultativa, constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, em conformidade

¹⁸¹ Constituição Portuguesa: "Art. 41. 4. As igrejas e outras comunidades religiosas estão separadas do Estado e são livres na sua organização e no exercício das suas funções e do culto."

com a Constituição e as outras leis vigentes, sem qualquer forma de discriminação. (Acordo Brasil-Santa Sé)

Em uma primeira aproximação, já é fácil concluir que o ensino religioso deve estar presente na escola pública, porque foi previsto em uma norma constitucional originária que, por esse motivo, não se sujeita à controle de constitucionalidade. Com toda certeza, esse fato não impede a problematização e o debate acerca de como deveria ser o regramento do assunto com vistas à conformação da sociedade que pretendemos no Brasil, das consequências de um modo de relação entre poder religioso e poder político implicado no assunto e seus reflexos para os indivíduos, mas esta seria uma discussão de *lege ferenda*. Então, de *lege lata*, o que pode ocorrer é uma discussão acerca de como essa expressão “ensino religioso” deve ser interpretada à luz do sistema constitucional como um todo e é exatamente essa a discussão travada na ADI nº 4439: estaria previsto o ensino confessional, portanto, dos dogmas de fé, ou o referente seria um ensino não confessional, no sentido que parece coincidir com ciência da religião, história das religiões, filosofia das religiões etc., não envolvendo a transmissão dos dogmas, mas a análise externa das religiões?

A previsão de ensino religioso no texto constitucional brasileiro já é uma tradição que vem sendo seguida pelas diversas constituições do país. A Constituição brasileira de 1934 já estabelecia em seu art. 153 que o ensino religioso seria de frequência facultativa e *ministrado de acordo com os princípios da confissão religiosa do aluno*, manifestada pelos pais ou responsáveis, e constituiria matéria dos horários nas escolas públicas primárias, secundárias, profissionais ou normais. A Constituição de 1937, art. 133, estatuiu que “o ensino religioso poderá ser contemplado como matéria do curso ordinário das escolas primárias, normais e secundárias. Não poderá, porém, constituir objeto de obrigação dos mestres ou professores, nem de frequência compulsória por parte dos alunos”. Por sua vez, a Constituição de 1946, art. 168, V: “O ensino religioso constitui disciplina dos horários das escolas oficiais, e de matrícula facultativa, e será *ministrado de acordo com a confissão religiosa do aluno*, manifestada por ele, se for capaz, ou pelo seu representante legal, ou responsável”. A Constituição de 1967, em seu art. 168 prescrevia que o ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas oficiais de grau primário e médio¹⁸².

Na verdade, parece ser de clareza mediana que o sentido da expressão “ensino religioso” utilizado pela CF/88 seja realmente de um ensino religioso confessional, mesmo porque, de outro modo, não teria sentido que fosse facultativo, e foi exatamente nesse

182 CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993.

sentido que foi editada tanto o art. 33 da Lei nº 9.394/96 como, sem sombras de dúvidas, o Acordo Brasil-Santa Sé. Logo, admitimos que se possa dizer que não se concorda que exista o ensino religioso confessional nas escolas públicas, mas não se pode dizer que não tenha sido previsto tanto pela constituição como pela legislação infraconstitucional.

É preciso ter clareza nesse ponto ao se confrontar a ADI nº 4439 para fins de análise jurídico-normativa. Honestamente, essa ação não foi proposta com o objetivo puro e simples de realização de controle de constitucionalidade da Lei nº 9.394/96 e do Acordo Brasil-Santa Sé frente ao que já se encontrava previamente estabelecido pela CF/88, mas com o propósito de proceder à uma mudança da norma¹⁸³ constitucional através da via judicial, especificamente mediante uma reinterpretação do art. 210, § 1º, CF/88, no que se denominada “mutação constitucional”. Portanto, o sentido da ADI nº 4439 é buscar um ativismo judicial por parte do Supremo Tribunal Federal para que, ao invés de se submeter a alteração da disciplina do assunto ao crivo do Congresso Nacional, atingir esse objetivo em uma ação judicial que, conquanto possa e deva ter essa dimensão, não pode descambar para o excesso e para o arbítrio, nem pode, como advertiu HART na lição transcrita acima, substituir as regras do jogo pelas regras da vontade do próprio julgador.

Não colocaremos em debate a questão do papel, legitimidade e limites do Poder Judiciário nas democracias atuais, porque o presente estudo não comportaria tal aprofundamento e nem é esse o escopo proposto, razão pela qual o fizemos brevemente apenas por entender necessário que sempre se deve ter em conta o contexto externo e as perspectivas da decisão judicial a ser analisada.

Cientes de que ainda haverá muito a ser pesquisado e debatido sobre o aspecto jurídico-normativo da relação entre Estado e religião nas sociedades atuais e suas perspectivas futuras, seguem nossas considerações.’

3.DO VOTO VENCIDO

Dialética é um método cujo foco é a contraposição e contradição de ideias que levam a outras ideias, havendo um embate entre perspectivas diferentes sobre o mesmo tema com o objetivo de estabelecer um raciocínio mais apurado e uma conclusão mais sólida. Nesse sentido, embora o voto vencido não forme jurisprudência, é importante diretriz para compreensão e esclarecimento da *ratio decidendi* que prevaleceu no tribunal. Ademais, a correção do entendimento condutor do acórdão pode perfeitamente se

¹⁸³ Adota-se uma perspectiva de que norma e texto normativo não se confundem, de modo que o texto pode permanecer inalterado, mesmo quando a norma que dele é extraída se modifique.

buscada na inadequação da posição antagônica ou, em sentido contrário, pode ser infirmada pela solidez e justeza do voto vencido.

A posição que ficou vencida no STF está bem representada pelo voto do Min. Luís Roberto Barroso, que concluiu que a **conciliação entre laicidade e ensino religioso somente seria possível se afastada a possibilidade de ensino confessional em escolas públicas**.

Para essa conclusão, constrói-se uma noção de laicidade a partir do art. 19, I, CF/88 e, a partir dela, extrai-se três corolários ou decorrências. A primeira seria a exigência de separação formal entre Estado e Igreja que, segundo a ótica eleita, não seria observada diante da existência de ensino religioso em escolas públicas. Não há um desenvolvimento teórico mais aprofundado ou maiores explicações, sendo simplesmente utilizado o raciocínio de que a separação entre Estado e Igreja não admite o ensino religioso confessional¹⁸⁴. Ora, essa conclusão não é uma decorrência lógica que prescindia de maiores fundamentações, de modo que, na forma como foi apresentada, aparenta-se mais como uma pressuposição do que uma conclusão perfeitamente fundamentada.

A segunda decorrência extraída da laicidade seria uma noção de neutralidade que, na perspectiva adotada, se identificaria tanto com a necessidade de tratamento igualitário às diversas confissões religiosas, como também com a exigência de não interferência no sentido de não embarçar as religiões e, ainda, com a necessidade do Estado não atuar com base em critérios religiosos. Essa noção um pouco confusa de neutralidade, que parece estar embarçada com outros conceitos distintos, serve para que se diga que “quando o Estado permite que se realize a iniciação ou o aprofundamento dos alunos de escolas públicas em determinada religião, ainda que sem ônus aos cofres públicos, tem-se por quebrada qualquer possibilidade de neutralidade”. Ocorre que, a adequada compreensão da neutralidade, que ficará mais clara adiante quando formos tratar do conceito de neutralidade de forma mais abrangente e não do conceito construído no voto, não traz a consequência afirmada. Além disso, é bem controverso, para não se dizer equivocada, que o ensino religioso em escolas públicas constituiria necessariamente um

¹⁸⁴ Confira-se o texto do voto: “Os modelos confessionais e interconfessionais de ensino religioso são, no entanto, incompatíveis com a exigência de separação formal entre o Estado e as religiões. Quando se permite que alunos recebam instrução religiosa de uma ou de várias religiões dentro das escolas públicas, torna-se inevitável a identificação institucional entre o Estado, que oferece o espaço público da sala de aula durante o período letivo, e as confissões, que definem os conteúdos a serem transmitidos. A violação à separação formal fica ainda mais nítida nos casos em que se exige que os professores da disciplina sejam representantes religiosos ou pessoas credenciadas por Igrejas e, ao mesmo tempo, se admite que sejam remunerados pelo Estado, em contrariedade à vedação expressa do art. 19, I da Constituição.”

favorecimento, perseguição, embaraço às religiões¹⁸⁵ ou adoção de critérios religiosos para atuação do Estado, como se demonstrará mais à frente do presente articulado.

Por fim, mesmo reconhecendo a liberdade religiosa como direito autônomo, ela também é colocada como decorrência da laicidade. Da dimensão objetiva da liberdade religiosa, corretamente (do ponto de vista adotado nesse estudo) foi extraído o dever do Estado de promover a tolerância e o respeito mútuo entre os adeptos de diferentes concepções religiosas e não religiosas, de modo a prevenir a discriminação e assegurar o pluralismo religioso. No entanto, a partir daí, e então se inicia o equívoco do voto vencido, parece ser incorreto dizer que o ensino religioso confessional em escolas públicas constituiria uma ofensa à liberdade religiosa porque: (a) existiriam crenças não representadas nas aulas; (b) existiria um estímulo às confissões religiosas majoritárias; (c) que os adeptos de confissões minoritárias ficariam excluídos e estigmatizados; e que (d) potencializaria um sentimento da minoria pela necessidade de aceitação da maioria religiosa, o que esbarraria no livre exercício da escolha espiritual¹⁸⁶. Todas essas preocupações e conjecturas (pois são isso que elas são), se eventualmente ocorrerem, parecem não estar propriamente ligadas à existência de ensino religioso confessional nas escolas públicas em sua relação com a laicidade, a liberdade religiosa e a separação Estado-Igreja (se o ensino religioso é juridicamente previsto e válido, em termos jurídicos), mas à outras circunstâncias que não decorrem diretamente e imediatamente do modelo jurídico adotado.

O voto vencido parece tendencialmente alinhado com à perspectiva do iluminismo racionalista acerca do fenômeno religioso, especialmente na sua vertente francesa oitocentista de separação entre Estado e igreja, o que traz diversos problemas à liberdade religiosa incompatíveis com o modelo que se pretende ter atualmente. Outrossim, conquanto tenha tratado coerentemente de alguns conceitos e ideias ligadas à liberdade religiosa, notadamente quanto à tolerância, o pluralismo religioso e à não aversão estatal ao fenômeno religioso, ao descer às conclusões acaba trazendo consequências não

¹⁸⁵ Quando se diz religiões, já queremos deixar implícitas as opções pelo ateísmo, agnoscitismo etc., sendo utilizado em sentido amplo como opção religiosa das pessoas.

¹⁸⁶ Confira-se trecho do voto: "Entretanto, em ambos os cenários (ensino confessional e interconfessional), o Estado afeta a garantia de liberdade religiosa, ao criar um ambiente escolar incapaz de assegurar a liberdade religiosa dos alunos que professam as crenças não representadas nas aulas. (...) Crianças e adolescentes, ainda em fase de desenvolvimento de sua personalidade e autonomia, são especialmente influenciáveis por seus professores e colegas e querem sentir-se aceitos e integrados em suas turmas. A sensação de exclusão, por professarem crenças "diferentes" da maioria dos seus colegas, pode levá-los a não expressarem suas preferências religiosas, bem como produzir uma perniciosa diminuição de sua autoestima e estigmatização face à comunidade escolar."

permitidas e talvez opostas à tais conceitos, perdendo-se em problemas práticos referentes à implementação do ensino, acabando por se avizinhar, também na prática, ao laicismo.

Os problemas práticos realmente são preocupantes. Quando indica que o ensino pode ser ministrado de forma transversal pelo próprio professor da turma e não como disciplina específica; quando alerta que houve contratações de professores de ensino religioso por concurso público, remunerados pelo Estado, sendo reservadas a maioria das vagas às religiões majoritárias; quando informa que o resultado da disciplina pode ser considerado para promoção do aluno de série; quando considera que a carga horária do ensino religioso pode vir a ser computada na carga horária mínima exigida pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação; quando aponta dificuldades em se assegurar o ensino das confissões minoritárias; quando relatada abusos e discriminação de cunho religioso para com as religiões minoritárias; quando ressalta a preocupação com a influência que a maioria exerceria sobre as crianças de opções religiosas minoritárias etc.; todas essas circunstâncias são de fato um problema relevante e podem ser ofensivas à liberdade religiosa. Todavia, o problema não reside na existência do ensino religioso nas escolas públicas, ou sua compatibilidade com a separação Estado-Igreja, laicidade e liberdade religiosa, mas, como o próprio voto menciona, com a sua implementação prática, o que é algo totalmente distinto. Em síntese, todos os problemas apontados no voto não são do ensino religioso, mas de acontecimentos que se verificam em torno dele e que com ele não se identificam.

Destarte, a solução não está em confinar a religião à privacidade ou vida privada do indivíduo, eliminando-a do espaço público para se evitar problemas, porquanto a religião não é algo que se sujeite à mera tolerância do Estado, pelo contrário, o Estado tem, não uma permissão, mas sim o **dever** de assegurá-la, mormente em razão da dimensão objetiva do direito fundamental à liberdade religiosa. Logo, considerando que os problemas não residem no ensino religioso em si, não faz sentido eliminá-lo para que não sobrevenham complexidades e desafios decorrentes da sua necessária implementação. Isso seria o mesmo que sacrificar um direito para que não haja dificuldades na implementação desse mesmo direito, o que, diga-se, é um contrassenso em termos jurídicos.

Se o ensino religioso transversal é problemático, e ele realmente é, deve ser vedada esta forma de ministrar a disciplina religiosa; se tem havido casos de abusos e discriminações, que se punam os responsáveis, suspendam da escola, expulsem ou encaminhe à questão ao Poder Judiciário para os processos legais; se o modo de seleção dos professores representa favorecimento à determinadas confissões, que se altere o modo de seleção; se o ensino religioso tem sido considerado para carga horária mínima ou para promoção de série pelo aluno, que se deixe claro que assim não pode ser etc. No

entanto, esses desvios na implementação não são inerente e nem servem de fundamento para proibir-se o ensino religioso. Apontar-se nisso um óbice seria, como dito acima, o mesmo que sacrificar-se um direito porque sua implementação é custosa. Pois bem, pode até ser custosa, mas é um direito e, como tal, deve ser implementado e não abandonado.

Ademais, a questão da pressão da identidade cultural da maioria sobre a minoria não é um problema apenas de religião, mas pertinente à todos os aspectos da vida em sociedade e inerente à ela. Onde quer que exista uma sociedade plural, ela existirá, e não é proibindo a manifestação da maioria que se resolverá o problema. A coexistência entre maioria e minorias é próprio da vida em sociedade e o adequado é que haja o convívio entre ambas, mormente nos espaços públicos. O exercício da religião majoritária pode gerar desconforto naqueles que seguem uma confissão minoritária e o recíproco também pode acontecer, mas terá que se conviver com tal desconforto, tendo em vista que faz parte das exigências de uma sociedade plural. Nesse sentido, o que se mostra inadequado é corroborar um argumento que, simplificando, seria o mesmo que dizer “exerça a sua religião na sua casa e não na minha frente”, porque a pessoa se sente desconfortável, constrangida ou ache a convicção religiosa uma idiotice. Esse problema da posição vencida fica bem evidente nas palavras do Min. Luís Roberto Barroso que, ao rebater o voto vencedor, diz: “A minha convicção é a de que a religião é um espaço da vida privada e, portanto, não deve ter um *locus* no espaço público”. A se seguir essa perspectiva, a necessária tolerância no espaço público, para usar o linguajar popular, “foi para o espaço”.

Haverá que surgir uma solução para o convívio, para que tal desconforto ou constrangimento subjetivo se faça dentro de limites sadios, mas nunca se poderia eliminar a convivência do espaço público para que não existam dificuldades, e o nome disso é falado aos quatro ventos: tolerância, que deve existir tanto por parte da maioria em relação à minoria, como da minoria em relação à maioria.

Portanto, no voto vencido, os maiores problemas do ensino religioso nas escolas públicas foram identificado nas circunstâncias fáticas de sua implementação, não tanto na sua conformação jurídica. Ademais, em relação à tese jurídica, conquanto expostos adequadamente alguns conceitos *in abstracto*, a maneira como foram aplicados parece pender para um laicismo não expressamente declarado, fruto de um exagerado apego ao humanismo racionalista.

4. DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL

A jurisprudência do tribunal teve no voto condutor do Min. Alexandre de Moares os seus principais fundamentos, exarado no sentido de que o regime jurídico-

constitucional da relação Estado-Igreja vigente na CF/88 baseia-se em uma **interdependência e complementariedade entre o Estado laico e a liberdade religiosa, e, além disso, que o problema constitucional apontado na demanda também diz respeito à liberdade de expressão do pensamento à luz da tolerância e da diversidade de opiniões.**

De fato, laicidade e liberdade religiosa estão relacionadas porque um Estado confessional traz problemas à livre escolha e exercício da religião, contudo, não se está a dizer muita coisa com isso, porque é uma regra de índole geral a exigir densificação, enquanto que o importante para o deslinde da questão proposta é bem mais específico e consiste em saber e como construir as consequências dessa linha de raciocínio para a possibilidade do ensino religioso em escolas públicas. Essa questão, com toda certeza, se insere em um espectro mais amplo pertinente ao papel do Estado diante do fenômeno religioso, que alcança não apenas o ensino religioso, como também diversas outras possibilidades, atuais e/ou futuras, que deverão seguir o mesmo fio de raciocínio.

Em relação à liberdade de expressão do pensamento, entende-se que ela já está ínsita à liberdade religiosa, pois a liberdade religiosa ficaria comprometida onde não houvesse a possibilidade de sua expressão. Nesse ponto, insta registrar a existência de debate concernente à identificação, precedência ou distinção entre liberdade de consciência e liberdade religiosa¹⁸⁷, que são essenciais e prévias à liberdade de expressão. De qualquer forma, não é necessário chegarmos à tal ponto de análise, eis que a liberdade religiosa está inevitavelmente ligada à liberdade de expressão do pensamento em relação ao entendimento religioso da pessoa, de modo que a censura com esse perfil certamente constitui ofensa à liberdade religiosa.

Dito isso, interessante compreender melhor o voto vencedor com vistas à, no item seguinte, discutir a liberdade religiosa e a relação Estado-Igreja para além da decisão do Supremo Tribunal Federal do Brasil, com o que poderemos nos posicionar diante dela e, mais do que isso, estabelecer um entendimento sobre esse tão importante tema jurídico-constitucional, filosófico, estrutural e até mesmo existencial.

O tribunal, em sua maioria, entendeu que o texto constitucional prevê no art. 213, § 1º, CF/88 o ensino religioso de natureza confessional. Isto está bem demonstrado no transcrito do voto e embasado no exame dos trabalhos da Assembléia Constituinte, na tradição das constituições brasileiras, em entendimentos doutrinários, em diferenciação

¹⁸⁷ ADRAGÃO, Paulo Pulido. *A liberdade religiosa e o Estado*. (dissertação de doutoramento) Coimbra: Almedina, 2002, p. 415/417.

entre o ensino religioso e outras disciplinas, bem como na repulsa ao retalho dos dogmas da fé de cada uma das religiões como forma de obter-se uma suposta neutralidade.

Mesmo assim, através do ativismo judicial, o dispositivo constitucional poderia ter sido reinterpretado, de forma inovadora e normativamente inaugural¹⁸⁸, como feito pelo voto vencido, para que fosse tomado como previsão de um ensino não confessional. Entretanto, não foi isso que ocorreu. A intervenção judicial foi negada¹⁸⁹ e os motivos para tanto é o que há de mais importante no acórdão para o estudo que nos propomos.

O principal motivo pelo qual não houve mutação constitucional está em que o tribunal, em sua maioria, considerou adequado o ensino religioso confessional em relação à separação entre Estado e igreja, laicidade e liberdade religiosa. O objetivo pretendido na ADI nº 4.439 foi visto como tentativa de censura da expressão religiosa e de limitação do direito do aluno e/ou seus pais de matricular-se no ensino religioso de sua própria confissão, configurando-se uma restrição à liberdade religiosa. Observe, assim, como foi importante aclarar os objetivos da demanda, tal como fizemos no item 2 do presente estudo.

Em síntese, a liberdade religiosa e laicidade foram interpretadas como a impossibilidade do Estado adotar, privilegiar, perseguir ou fundamentar seus atos em uma religião, bem como interferir, obstar ou dificultar a opção das pessoas em relação ao fenômeno religioso. Houve concretização da dimensão jurídica desses preceitos, que não significariam um Estado laicista ou antireligioso, mas um Estado que reconhece o espaço religioso numa perspectiva pluralista, que aceita o convívio em sala de aula das diferentes perspectivas, sem imposição e sem dirigismo estatal, permitindo a manifestação religiosa em espaços públicos de tolerância e respeito mútuos, sem que se possa impor um ponto de vista contrário ou a favor das religiões ou tentar impedir aqueles que professem uma fé de exercê-la ou desenvolvê-la em espaços públicos, de modo que o ensino religioso facultativo, ministrado de acordo com a confissão do aluno, ao invés de ir contra, promove e constitui direito subjetivo individual inerente à liberdade religiosa.

¹⁸⁸ Não se está a dizer que seria bom ou ruim essa reinterpretação, nem que seria juridicamente válida essa reinterpretação, mas apenas mencionando que o STF poderia fazê-lo, sem entrar no mérito se tal atitude encontraria amparo jurídico ou não.

¹⁸⁹ Confira-se trecho importante do voto sobre este específico ponto: “Não me parece possível, que essa Corte substitua a legítima escolha que o legislador constituinte originário fez pelo ensino religioso de matrícula facultativa pelo ensino de filosofia, história ou ciência das religiões; sem, logicamente, a possibilidade de essas matérias serem ministradas paralelamente, com matrícula obrigatória.”

Podemos sintetizar as posições jurídicas estabelecidas da seguinte forma:

- a)** a constituição brasileira reconhece a laicidade e a liberdade religiosa em uma relação de complementariedade, sendo que sua previsão constitucional não prejudica a colaboração do Poder Público com entidades religiosas, desde que respeitados certos parâmetros, o que está bem claro no voto¹⁹⁰;
- b)** a liberdade religiosa e a vedação ao proselitismo são respeitadas diante da facultatividade do ensino e sua pluralidade (franqueado à todas as religiões)
- c)** o Estado laico pode garantir, em igualdade de condições, o ensino religioso em escolas públicas, para aqueles que queiram, não havendo que se confundir isso com um Estado confessional, principalmente porque é vedado ao Estado impor, optar ou ser conivente com uma única e determinada crença, em detrimento das demais;
- d)** o ensino religioso em escolas públicas constitui direito subjetivo constitucional dos alunos e dos pais e não um dever imposto ao Estado;
- e)** afirmou-se a necessidade de tolerância em relação à diversidade religiosa na escola, o que se opõe à eliminação da expressão religiosa no ambiente escolar. A tolerância é reconhecida como algo defendido pela Corte em diversas ocasiões pretéritas e inclui a diversidade de opiniões em sala de aula, alcançando a diversidade de expressões religiosas na disciplina de ensino religioso facultativo;
- f)** apontou-se para o chamamento público e preferencialmente sem ônus para o Estado como forma de consecução do ensino religioso nas escolas públicas;

5.A LIBERDADE RELIGIOSA PARA ALÉM DO JULGADO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Já tendo sido analiticamente apresentado o entendimento do Supremo Tribunal Federal do Brasil, no presente tópico se buscará desenvolver conceitos ligados à liberdade

¹⁹⁰ Confira-se trechos representativos: “É nesse contexto que deve ser compreendida a previsão do ensino religioso: trata-se de aproveitar a estrutura física das escolas públicas – tal como amplamente existente no espaço público de hospitais e presídios, que já são utilizados em parcerias”; “É importante ressaltar que a separação entre Estado e as igrejas, proclamada no art. 19, inciso I, da vigente Constituição – tal como em todas as Cartas do período republicano –, não prejudica a colaboração do Poder Público com entidades religiosas, como aquele mesmo dispositivo ressalva. Citem-se, como exemplo, as parcerias do Poder Público nas áreas da saúde com as Santas Casas de Misericórdia (católicas) e com a Sociedade Beneficente Israelita Brasileira Albert Einstein, que tanto contribuem para a saúde no Brasil.”

religiosa como forma de construir noções que nos permitam tomar partido acerca do entendimento jurisprudencial.

5.1. Modelos de relação Estado-Igreja e secularismo

Quando se fala em separação Estado-Igreja está-se a referir ao modelo adotado por determinada sociedade quanto à relação que deve existir entre Estado e Igreja¹⁹¹. Em nível estrutural, existem modelos que vão desde a completa unidade à completa separação, mas insta registrar que os extremos são modelos ideais, uma vez que há uma inevitável mistura entre religião e governo. Os modelos em que existe uma identificação são chamados de monistas¹⁹² e podem assumir a forma teocrática ou cesarista¹⁹³. Na forma teocrática a religião controla o Estado, concebendo-se um governo pela divindade, no qual os governantes representam o divino, direta e imediatamente, de modo que a religião é suprema e o Estado existe para promover os interesses religiosos. De outro lado, no cesarismo o Estado controla a religião, que é usada para promover a política estatal.

Os modelos em que não há identificação entre o poder político e religioso são chamados de dualistas. A primeira afirmação histórica da liberdade religiosa deve-se ao cristianismo na antiguidade (*dualismo cristão*, que assenta bases para dissolução do poder totalitário, uma vez que afirma que nenhuma autoridade humana disporia de poder absoluto sobre o indivíduo), porque pressupunha um Deus transcendente ao mundo que fundamenta a subtração do âmbito religioso ao poder político, com a separação entre autoridade política e autoridade religiosa. A própria noção de dividir a religião da política encontra sua origem no cristianismo, começando com o ensinamento de Jesus de “dar a César o que é de César”, passando pelas duas cidades de Agostinho, até os “dois reinos” de Lutero¹⁹⁴. Como ensina PAULO PULIDO ADRAGÃO, a afirmação do dualismo é

191 É preciso perquirir o modelo de relação entre Estado-Igreja diante de um dado e específico ordenamento, pois, embora os instrumentos internacionais de defesa da liberdade religiosa e a interpretação que deles vem sendo feita por instituições internacionais apontem no sentido de uma crescente uniformidade dos modelos nacionais, a verdade é que as opções constitucionais e infraconstitucionais de cada tempo e lugar permitem diferenciar orientações distintas. A este respeito: RAIMUNDO, Miguel Assis, “Direito Administrativo da Religião”, in OTERO, P. e GONÇALVES, P. (Org.), *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Vol. VI, Livraria Almedina, Coimbra, 2012, p. 267.

192 Nas etapas mais primitivas da humanidade, o homem viveu encerrado em círculos pequenos, dentro dos quais reinava uma uniformidade absoluta: uma mesma raça, um mesmo espaço vital, os mesmos interesses coletivos e a mesma religião. Dentro de cada círculo não havia oposição entre ordem religiosa e a ordem temporal.

193 A doutrina aponta como sinônimo de erastianismo e cesaropapismo.

194 AHDAR, R./LEIGH, I. *Religious Freedom in the Liberal State*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 93.

simultaneamente, fundamento imprescindível para limitação jurídica do poder político, razão de ser do Direito público, haja vista que compreende que a comunidade política não é a única, devendo conviver e relacionar-se com outras, designadamente com as comunidades religiosas.¹⁹⁵

O dualismo seguiu uma perspectiva gelasiana¹⁹⁶ durante a idade média, embora tenha conhecido desvios práticos importantes no *hierocratismo medieval*¹⁹⁷ até chegar ao *regalismo moderno*¹⁹⁸, indicando a ascendência do poder religioso sobre o político e vice-versa, embora pressuposta a sua não identificação.

195 ADRAGÃO, Paulo Pulido. *A liberdade religiosa e o Estado*. (dissertação de doutoramento) Coimbra: Almedina, 2002, p. 35.

196 O dualismo gelasiano, ao final do sec. V, foi a formulação do Papa Gelásio I sobre o dualismo cristão, que pode ser sintetizado em 8 pontos: (a) existem dois poderes diferentes para o governo do mundo, a "sagrada autoridade dos pontífices" e o "poder real"; (b) ambos são de ordem divina; (c) são independentes em suas respectivas ordens de competência; (d) nenhum está submetido ao outro; (e) submissão dos titulares de um poder ao outro quanto às funções próprias daquele; (f) a vida espiritual rege-se pelo poder do papa e dos bispos; (g) este poder merece maior reverência pois a dignidade da vida religiosa é superior à vida temporal; (h) essa maior reverência não se traduz num poder do Papa sobre o imperador. Esses princípios possuem um caráter prudencial, designando um difícil equilíbrio entre poder político e religião. Essa concepção gelasiana foi aceita enquanto os países da Europa continuaram a ser católicos. (ADRAGÃO, Paulo Pulido. *A liberdade religiosa e o Estado*. (dissertação de doutoramento) Coimbra: Almedina, 2002, p. 41/42)

197 Também conhecido como clericalismo. As teses hierocráticas baseiam-se numa deformação medieval da doutrina de S AGOSTINHO, o chamado agostinianismo político, que reflecte uma evolução do pensamento sobre as relações entre os poderes espiritual e temporal que, a partir das formulações gelasianas, há-de chegar às posições que se redonduzem aos textos do Direito canônico clássico. O seu núcleo doutrinal encontra-se na consideração da superioridade do poder espiritual sobre o temporal que leva a submeter o poder dos príncipes à jurisdição da Igreja porque é ao poder eclesiástico que compete julgar acerca dos pecados e absolvê-los. As bases do hierocratismo encontram-se assim no entendimento excessivamente amplo da competência em razão de pecado, como veículo de intervenção na substância das questões políticas; a isto acresce a atribuição de consequências políticas à excomunhão dos príncipes, o que implicava a libertação do dever de fidelidade ao soberano. (ADRAGÃO, Paulo Pulido. *A liberdade religiosa e o Estado*. (dissertação de doutoramento) Coimbra: Almedina, 2002, p. 44)

198 Também são expressões que designam essa realidade o galicanismo, jurisdicionalismo, febroanismo e josefinismo. Por *regalia*, apontada origem etimológica de regalismo, designavam-se certos direitos úteis ou honoríficos dos Reis de França em algumas igrejas no tempo de vacância dos Bispados, consistente no recebimento de rendas, proposição de candidatos à ofícios eclesiásticos ou mesmo designação direta, o que deu origem à abusos. O regalismo consiste em um conjunto de técnicas de intervenção do monarca absoluto na parcela da Igreja presente em seu país, assentando-se no princípio da soberania dos Estados sobre todas as instituições existentes em seu território, inclusive a igreja. Portanto, há uma limitação da liberdade da Igreja e uma ingerência do Estado em questões religiosas. Ocorreu na sequência histórica da centralização do poder político, a partir do séc. XVI, notadamente em países católicos. Instituições típicas do regalismo são: o padroado régio, e beneplácito régio, o recurso à coroa e o controle do tribunal da Inquisição.

O sec. XVI trouxe a reforma protestante, que contribuiu com o reconhecimento de paridade entre confissões religiosas e, a partir da Paz de Westfalia (1648) passando pelas revoluções americana (1776) e francesa (1789), a tolerância religiosa deixou de ser vista como uma contingência negativa, derivada da divisão religiosa, para ser vista como virtude, advindo mais do que uma distinção, uma separação entre Estado e religião.

A primeira proclamação da liberdade religiosa em um catálogo de direitos foi feita pelo art. 16199 da Declaração de Direitos da Virgínia (1776), seguindo-se ao art. 10200 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789), valendo registrar que a visão da liberdade religiosa de ambas é diferente²⁰¹ (estadunidense e do liberalismo europeu continental). Nesse sentido, enquanto a experiência americana conduziu à separação entre Igreja e Estado, inserindo-se num avanço prático no sentido do livre exercício da religião que levará à ideia de pluralismo religioso, a francesa sustentou-se no ceticismo religioso com matiz ideológica anti-religiosa, havendo uma convivência contraditória entre práticas regalistas e a oposição relativa do Estado à religião.

O liberalismo continental europeu oitocentista acabou seguindo uma perspectiva negadora da liberdade religiosa em razão de fundamentos filosóficos e ideológicos, frutos da ideia central do iluminismo de considerar a razão como única fonte de conhecimento, o que levou à rejeição de toda a autoridade que não se pudesse justificar perante o senso comum do pensador individual²⁰², sendo que isso explica a denominada *questão religiosa* no século XIX (luta dos Estados liberais da Europa continental contra a Igreja Católica). Portanto, suas bases em relação ao direito à liberdade religiosa eram o ateísmo, o indiferentismo e o agnositismo, pois via-se todas religiões como falsas ou se entendia que não era possível aferir qual a verdadeira, configurando uma atitude hostil à religião. Assim

199 "Art. 16. Só a razão e a convicção, não a forma ou a violência, podem prescrever a religião e as obrigações para com o Criador e a forma de as cumprir; e, por conseguinte, todos os homens têm igualmente direito ao livro culto da religião, de acordo com os ditames de sua consciência; e é dever de todos praticar a indulgência cristã, o amor e a caridade uns para com os outros."

200 "Art. 10.º - Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei."

201 "A revolução americana é uma revolução tendencialmente pragmática, fruto do descontentamento perante a impossibilidade da expansão dos colonos ingleses para o Ocidente, em consequência do entendimento anglo-francês no final da Guerra dos Sete Anos (...) A revolução francesa tem, pelo contrário, um cunho acentuadamente ideológico. (ADRAGÃO, Paulo Pulido. *A liberdade religiosa e o Estado*. (dissertação de doutoramento) Coimbra: Almedina, 2002, p. 69).

202 ADRAGÃO, Paulo Pulido. *A liberdade religiosa e o Estado*. (dissertação de doutoramento) Coimbra: Almedina, 2002, p. 75.

surge o jurisdicionalismo liberal do século XIX, no qual o Estado não abre mão dos instrumentos para controlar as manifestações organizadas da vida religiosa, embora use deles com uma finalidade diferente, numa atitude de oposição relativa à religião. Assim, ao invés de limitar-se a separar o Estado da religião e tutelar a liberdade religiosa, prosseguiu também com uma política religiosa própria, com intenção de condicionar ou mesmo reprimir as entidades religiosas.

Esse sistema evoluirá de forma lenta e complexa até à concepção do tratamento do fator religioso própria das democracias pluralistas. A atenuação da carga ideológica do Estado liberal europeu, no sec. XX permitiu a superação da questão religiosa e, com ela, do jurisdicionalismo.

Nesse contexto de afirmação de um modelo específico de relação entre o Estado e a Igreja, surge a figura do chamado Estado secular, que é um conceito não isento de dificuldades e tem sido definido de vários modos, estando implicado na demarcação Estado-Igreja, portanto, num separacionismo, em que o governo está limitado ao *saeculum* ou reino temporal. Nesse sentido, o Estado é independente da religião institucional ou do controle eclesiástico e, por sua vez, a religião é independente do controle estatal ou político, podendo ser apontadas duas razões contrastantes para separação, uma política e outra teológica: numa perspectiva estrutural, a separação institucional funciona tanto para proteger o Estado da potência, imprevisibilidade e divisão da religião quanto, inversamente, para proteger a religião das intrusões e corrupções dos governantes temporais.²⁰³

O secularismo denota uma filosofia política²⁰⁴ (ou aglomerado de filosofias), que nega a existência ou relevância de uma dimensão transcendental ou divina aos assuntos públicos, podendo ser identificadas duas versões: (a) secularismo hostil ou programático; (b) secularismo benevolente. A respeito do secularismo benevolente, calham as palavras de REX AHDAR E IAN LEIGH:

O secularismo do tipo benevolente (ou suave, moderado, negativo, procedimental ou passivo) é uma filosofia que obriga o Estado a abster-se de adotar e impor quaisquer crenças estabelecidas – sejam elas convencionais crenças religiosas ou não religiosas (ateístas) sobre seus cidadãos. O secularismo benevolente contempla um Estado não confessional; sugerindo a possibilidade de uma ordem

203 AHDAR, R./LEIGH, I. *Religious Freedom in the Liberal State*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 94, tradução livre.

204 Um conjunto de crenças sobre a natureza e base do Estado e seu ordenamento correto em relação à religião.

secular não estabelecida, que respeite igualmente os religiosos e não-religiosos. Aceita que a religião não se limita apenas a indivíduos e, portanto, reconhece associações e comunidades religiosas. Confera à religião, individual ou comunitária, a devida posição de participação igualitária na praça pública. Permite, como a Suprema Corte do Canadá esclareceu, que vozes religiosas sejam ouvidas em praça pública, embora não deva ser permitido abafar todas as outras. A religião não deve ser desprezada como inerentemente perigosa. Essa visão solidária foi exposta em 2007 pelo (então) presidente francês Nicolas Sarkozy, que adotou o termo laicité positivo para um secularismo aberto, um convite ao diálogo, à tolerância e ao respeito.²⁰⁵

Observe que, nessa linha de pensamento, temos um Estado não confessional que respeita igualmente não religiosos e religiosos de todas as religiões, uma vez que todas são tomadas como iguais e dignas de igual respeito (tratamento imparcial das visões de mundo religiosas e seculares), o que já impede o tratamento privilegiado de qualquer confissão. A religião não deve ser desprezada como inerentemente perigosa, podendo participar da esfera pública (permite a participação e contribuição pública da religião). A unidade da sociedade não requer unidade de fé.

Por sua vez, o secularismo programático (hostil, duro ou assertivo) é uma defesa ideológica da causa secular, buscando uma sociedade baseada na razão, ou seja, dá à incredulidade uma posição privilegiada. O secularismo programático parece impor ao invés de desenvolver consenso, assemelhando-se à uma visão de mundo completa, que diz que aquele que lhe oponha resistência é irracional ou está nas garras do auto-engano. Com isso, o pensamento e a razão religiosos não têm lugar na esfera pública ou política, reservando-se à tais esferas o domínio exclusivo da razão e da racionalidade, a chamada razão pública²⁰⁶. Sobre o secularismo programático, ROWAN WILLIAMS explica que:

²⁰⁵ AHDAR, R./LEIGH, I. *Religious Freedom in the Liberal State*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 95, tradução livre.

²⁰⁶ Não obstante, a tentadora ideia de que sempre exista uma definição adequada do que todos reconhecem como argumento público e razoável precisa ser encarada com atenção, não para restabelecer algum discurso dominante religioso ou ideológico que seja incontestável, mas para focalizar a questão de como uma sociedade lida com a variedade real e potencial colisão de entendimento do que é propriamente humano. Um debate, por exemplo, sobre o embrião, à eutanásia ou o casamento inevitavelmente trará argumentos que não se restringem à considerações pragmáticas de benefício individual ou do grupo. Nesse sentido: WILLIAMS, Rowan. *Secularism, Faith and Freedom*. Palestra proferida na Pontifícia Academia de Ciências

assume que qualquer sistema religioso ou ideológico que exija uma audiência na esfera pública tem como objetivo tomar o controle da esfera política e anular convicções opostas. Acha inquietantes as visões do bem humano fora de uma explicação mínima de segurança material e relativa estabilidade social, e conclui **que elas precisam ser relegadas à esfera puramente privada**. Assume-se que a expressão pública de uma convicção específica é automaticamente ofensiva para pessoas de outra (ou nenhuma) convicção. Assim, o apoio ou subsídio público direcionado a qualquer grupo em particular é um conluio com elementos que subvertem a harmonia da sociedade com um todo.

...

O secularismo programático, como abreviação para a negação da legitimidade pública do compromisso religioso como parceiro na conversa política, sempre carregará as sementes, não de totalitarismo no sentido óbvio, mas daquele espírito "totalizante" que sufoca a crítica silenciando o outro. (negrito nosso)²⁰⁷

Neste diapasão, são apontadas como parte de suas características: (a) religião como algo potencialmente perigoso e irracional; (b) religião deve ser colocada em quarentena na esfera privada (não permite a participação e contribuição pública da religião); (c) razões e argumentos religiosos devem ser excluídos da formulação de políticas públicas; (d) símbolos e práticas religiosas são relíquias de épocas passadas que permanecem a exercer um poder coercitivo, devendo ser vencidos; etc.

Portanto, percebe-se que a relação entre Estado e Igreja guarda complexidades que vão muito além da simples afirmação de que as respectivas esferas se encontram separadas, conectadas ou identificadas ou se o Estado é laico ou não. A relação que se estabelece tem influência direta e decisiva na conformação do modelo de Estado, de política e de sociedade, notadamente na questão relativa à liberdade religiosa, que parece

Sociais. Roma, 2006. Disponível em: <https://virtueonline-org.translate.goog/vatican-city-secularism-faith-and-freedom-rowan-williams? x tr sl=en& x tr tl=pt& x tr hl=pt-PT& x tr pto=sc>. Acesso em: 21/04/2022.

207 WILLIAMS, Rowan. "Secularism, Faith and Freedom". Palestra proferida na Pontifícia Academia de Ciências Sociais. Roma, 2006. Disponível em: <https://virtueonline-org.translate.goog/vatican-city-secularism-faith-and-freedom-rowan-williams? x tr sl=en& x tr tl=pt& x tr hl=pt-PT& x tr pto=sc>. Acesso em: 21/04/2022.

ser um bem jurídico protegido pela separação entre as esferas secular e religiosa²⁰⁸. Por sua vez, se dessa separação resulta um secularismo que será benevolente ou programático, isto dependerá da natureza e extensão da secularização da nação, o que mostra depender de uma contingência histórica.

5.2 A intrincada questão da neutralidade

É um argumento comum dizer que o Estado deve ser neutro em relação ao fenômeno religioso, que deveria manter uma posição equidistante, que a neutralidade seria uma característica dos Estados democráticos contemporâneos²⁰⁹, e que isso somaria-se à laicidade como forma de tutela da liberdade religiosa e promoveria uma sociedade plural inclusiva, mas é sintomático observar que diante de casos concretos chega-se à conclusões muito díspares acerca de como funcionaria essa neutralidade²¹⁰. Dizer que a neutralidade situaria-se na ausência de preferências estatais é manifestamente insuficiente, porque é pacífico dizer que não se pode privilegiar ou perseguir em razão da opção religiosa da pessoa, mas não se expõe de que forma isso se concretizaria, ignorando o fenômeno religioso nas decisões políticas ou considerando-o de forma a se poder nivelar as possibilidades religiosas das pessoas para que possam ter uma decisão realmente livre? Os seus contornos são difíceis de estabelecer na prática e dificilmente chegaríamos à um consenso²¹¹ sobre quando estaria sendo observada ou não, e se isso acontece não é sem

²⁰⁸ De fato, em razão da separação o Estado não se identifica com qualquer confissão religiosa, abstendo-se de interferir nesse domínio de sentido último da vida, para poder ser casa comum de todos os cidadãos, diferentemente dos Estados totalitários ou naqueles em que se verifica uma união com a religião.

²⁰⁹ Insta registrar, porém, que os diversos regimes políticos delineiam, cada qual, uma noção de neutralidade para chamar de sua. O liberalismo, o socialismo/comunismo, o republicanismo, o comunitarismo e até mesmo o nacional-socialismo elaboraram noções de neutralidade que, apesar de diversas, têm como fundamento uma única preocupação: o estreitamento ou afastamento entre política e ética, a influência dos juízos de valor sobre decisões políticas. (GONDIM, Larissa Cristine Daniel. *O conceito de neutralidade: aspectos políticos e jurídicos*. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=798e5a5dc5f4a19a>, acesso em: 24/04/2022).

²¹⁰ A esse propósito, BRUNO MARTELO bem reconhece que a neutralidade não se assume como princípio constitucional uniforme aplicável a todo espaço europeu, antes cabendo a cada Estado definir por que forma vai relacionar-se com a religião, tratando-se, sobretudo, de uma opção política, influenciada pela tradição histórica e pelas características morais, sociais e culturais de cada país. (MARTELO, Bruno. *Neutralidade e liberdade religiosa: a porta que Achbita abriu e que Bougnaoui não fechou*. Comentários ao Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Seção) de 14 de março de 2017)

²¹¹ INGO SARLET ilustra bem a controvérsia com a colocação de símbolos religiosos em escolas e repartições públicas (v.g. crucifixo), concluindo que não se trata de necessariamente de uma única resposta correta, mas de uma resposta mais ou menos constitucionalmente adequada. (SARLET, Ingo Wolfgang. *Liberdade religiosa e dever de neutralidade estatal na Constituição Federal de 1988*. *Consultor Jurídico*,

motivo, chegando alguns autores a dizer que a neutralidade religiosa do Estado é impossível, pois o silêncio sobre a religião, na prática, redundaria em posição contra a religião²¹².

REX AHDAR E IAN LEIGH²¹³ expõem que não há posição verdadeiramente neutra em relação ao assunto, pois todos os modelos incorporam escolhas substantivas. A própria separação, por exemplo, é um julgamento carregado de valores no sentido de que certas áreas da condição humana se situam melhor dentro da esfera da religião, enquanto outras estão sob a autoridade do governo civil²¹⁴. A este propósito, CARL ESBECK²¹⁵ nos diz que o separacionismo não é de forma alguma produto inevitável de uma razão objetiva não adulterada por um compromisso ideológico com algum ponto de referência mais elevado e que exigir que qualquer teoria das relações Igreja-Estado transcenda seus pressupostos e seja substancialmente neutra é pedir o impossível.

Sobre a questão da neutralidade do secularismo, REX AHDAR E IAN LEIGH entendem que nenhuma filosofia ou sistema de crenças coerente é neutro no sentido de que nenhum é indiferente ou imparcial em relação à sua própria natureza ou às suas doutrinas-chaves. O marxismo não é neutro em relação ao capitalismo, nem à reivindicação do direito à propriedade privada. O catolicismo não é neutro ao protestantismo nem à doutrina protestante da *sola Scriptura* (somente as escrituras como padrão autoritário). O monarquismo que não insistisse em reis hereditários não seria monarquismo. Nenhuma filosofia, a menos que esteja satisfeita com sua própria destruição, é indiferente ou aceita princípios que contradizem diretamente ou minam suas próprias premissas centrais. E continuam:

Não há dúvida de que uma linha de base secular é comumente admirada por muitos liberais como neutra e imparcial, mas isso

10/07/2015, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jul-10/direitos-fundamentais-liberdade-religiosa-dever-neutralidade-estatal-constituicao-federal-1988>. Acesso em: 22/04/2022)

212 MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, p. 427, apud ADRAGÃO, Paulo Pulido. *A liberdade religiosa e o Estado*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 435.

213 AHDAR, R./LEIGH, I. *Religious Freedom in the Liberal State*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 87, tradução livre.

214 No Brasil, THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI já observava que a laicidade absoluta é uma forma de intervenção do Estado nas consciências, porque contribui para formação do espírito leigo, hostil a qualquer manifestação de natureza religiosa. (CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *A Constituição Federal Comentada*, 3ª. ed., J. Konfino – Editor, 1959, p. 101)

215 ESBECK, Carl. "A Constitutional Case for Governmental Cooperation with Faith-Based Social Service Providers," 1997, p. 46, apud AHDAR, R./LEIGH, I. *Religious Freedom in the Liberal State*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 87/88, tradução livre.

depende interiramente do ponto de vista de cada um. Muitos religiosos questionam se o secularismo é realmente neutro, pelo menos em termos de seus efeitos. Eles discernem que o secularismo benevolente pode, com o tempo, deslizar infalivelmente e de forma alarmante para um secularismo hostil. Há um deslizamento do secularismo como separação para o secularismo-indiferença, [um que] é difícil de resistir. 216

JONATHAN CHAPLIN²¹⁷ sugere uma razão para esse deslize, dizendo que onde a sociedade é amplamente secularizada – onde a vida pública e as instituições são principalmente governadas como se a autoridade religiosa fosse irrelevante – na prática, quase invariavelmente se inclinam para o secularismo programático, mesmo que apenas por padrão. Da mesma forma, em uma sociedade onde a vida pública e as instituições são principalmente governadas como se a autoridade bíblica fosse obrigatória, na prática quase inevitavelmente ela parecerá cristianizada, também por padrão.

Merece registro que a neutralidade é um termo ambíguo e que requer contextualização: neutro em qual sentido (propósito, efeito, oportunidade), de que forma (financiamento, isenção, proibição) e para quem (crentes, empregadores, funcionários do Estado)? Em termos de resposta do Estado, a neutralidade exige um desengajamento em relação à religião ou sua promoção positiva e imparcial?

216 AHDAR, R./LEIGH, I. *Religious Freedom in the Liberal State*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 97, tradução livre. Apontam-se as conclusões de referidos autores: “O modelo do Estado laico traz consigo certos perigos. O separacionismo em um sentido puramente estrutural, onde o Estado e os corpos religiosos enquanto instituições são mantidos separados, não é tão problemático. O “muro” pode servir bem à religião, protegendo-a dos tentáculos da interferência estatal. O separacionismo em sua forma ideológica - uma estrita quarentena de ideias e influências religiosas de todas as instituições públicas e vida política é uma questão diferente (...) Embora seja concebível que o secularismo possa assumir formas benignas e imparciais que acolhem contribuições religiosas para a esfera pública, a tendência mais prevalente, na prática, é que o secularismo seja hostil à religião. O secularismo raramente permanece por muito tempo como uma recusa direta do Estado em se alinhar ou estabelecer uma fé particular; em vez disso, a experiência sugere que ela inexoravelmente desenvolve um compromisso de buscar ativamente uma política de incredulidade estabelecida. Uma completa privatização da religião pelo Estado, agravada pelo endosso oficial de crenças seculares, nega a muitas confissões o testemunho público que desejam, e de fato são obrigados a dar.” (p. 123, tradução livre)

217 CHAPLIN, Jonathan. *Talking God: The legitimacy of Religious Public Reasoning*. London: Theos, 2008, ch 1, 23.

Nesse aspecto, apontam-se dois modelos para a neutralidade²¹⁸: formal e substancial. No modelo formal (chamado de cegueira religiosa) o Estado deve se relacionar com o crente sem levar em consideração a sua fé, de modo que a religião não deve ter tratamento diferente de qualquer outra coisa, o que faz com que o Estado não possa utilizar a religião como padrão para ação ou inação, seja para conferir benefício ou impor um ônus, porque ela não seria merecedora de benefícios especiais ou ônus especiais, já que é tomada em igual consideração aos seus análogos seculares²¹⁹. Observe que, nessa perspectiva, desde que o objetivo governamental não seja favorecer ou desfavorecer a religião, o fato de as consequências poderem sobrecarregar uma prática religiosa específica não teria relevância, o que nos conduz à conclusão de que a igualdade formal admite uma desigualdade de efeitos. Por exemplo, para neutralidade formal, uma lei obrigando o uso de capacetes de segurança para todos motociclistas é aceita, apesar dos Sikhs não poderem colocar um. Tal abordagem cega à religião, em certas circunstâncias, acaba por impor pesados custos à fé de uma confissão específica, notadamente em casos nos quais sua fé exige uma conduta que uma lei geral proíbe.

A respeito de como medidas de ordem legal geral podem afetar o exercício religioso, J.T. NOONAN e E. M. GAFFNEY²²⁰ trazem o interessante caso dos Amish da Antiga Ordem, um ramo dos menonitas que estabeleceram uma comunidade eclesial rigorosa e que emigraram para a América entre 1720 e 1775, sendo caracterizada pelo rigoroso afastamento dos pecadores. Em *WISCONSIN VS. YODER*, 406 US 205 (1972)²²¹ o argumento central era que a frequência dos filhos na escola pública ou privada, obrigatória em razão de lei, era contrária à religião e ao modo de vida Amish, constituindo um ambiente hostil às suas crenças. Os pais acreditavam que, ao enviar seus filhos para o ensino médio, eles não apenas se exporiam ao perigo da censura da comunidade da igreja, mas também colocariam em risco sua própria salvação e a de seus filhos. Neste caso, tinha-se como certo o impacto que a frequência obrigatória traria na sobrevivência das comunidades religiosas como existiam à época. Os Amish rejeitavam igrejas institucionalizadas e buscavam retornar à vida primitiva, simples e cristã, tirando ênfase do sucesso material,

²¹⁸ AHDAR, R./LEIGH, I. *Religious Freedom in the Liberal State*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 112/119.

²¹⁹ Todavia, isso nem sempre é fácil. Por exemplo, se a polícia se recusar a permitir que os policiais usem barba, a comparação apropriada seria daqueles que desejem usar chapéus ou joias ou daqueles que, por razões médicas, não podem se barbear devido à sensibilidade da pele?

²²⁰ NOONAN, JR., John T./GAFFNEY, Edward Mcglynn G., Jr., *Religious Freedom: History, Cases, and Other Materials on the Interaction of Religion and Government*. 3ª ed. New York: Foundation Press, 2011, p. 798/809, tradução livre.

²²¹ *WISCONSIN VS YODER* foi o caso em que a Suprema Corte dos EUA concluiu que as crianças Amish não podiam ser submetidas à educação obrigatória após a 8ª série.

rejeitando o espírito competitivo e procurando isolar-se do mundo moderno. Como resultado, a salvação exigiria uma vida em uma comunidade eclesíastica separada do mundo e da influência mundana, sendo que esse conceito de vida distante do mundo e de seus valores é essencial para sua fé. O Supremo Tribunal de Wisconsin deu razão aos Amish por considerar que o Estado não havia feito demonstração adequada de que seu interesse em estabelecer e manter um sistema educacional se sobreporia ao direito ao livre exercício da religião, o que foi confirmado pela Suprema Corte dos EUA, que destacou o interesse fundamental dos pais na orientação do futuro religioso e na educação dos filhos, de acordo com forte tradição americana.

De outro lado, no modelo de neutralidade substantiva a preocupação reside nos efeitos da ação do Estado sobre a religião, possuindo duas vertentes: na primeira, o governo deve minimizar o grau em que interfere na religião (para o bem ou para o mal) e, na segunda, deve se esforçar para deixar a religião, na medida do possível, à escolha individual, o que desaconselha qualquer atitude que resulte em coerção ou persuasão. Também é chamada de *neutralidade positiva* porque nem sempre para obtê-la será suficiente uma abstenção do governo, exigindo-se uma atitude positiva em certas circunstâncias. No exemplo tratado anteriormente, a propósito do siquismo, o Estado poderia conferir uma isenção ao uso do capacete aos Sikhs, pois, agindo assim, não estará privilegiando, mas nivelando as coisas na medida em que assegura não estar tornando mais fácil ou difícil seguir os mandamentos de determinada religião. Pode parecer um tratamento especial, mas é apenas um corretivo à política governamental invasiva e indiscriminada que involuntariamente desencorajaria a prática religiosa.²²² Observe que o propósito da neutralidade substantiva, sob a ótica de seus defensores, é promover a liberdade religiosa, pois minimizar a influência do governo maximizaria a liberdade religiosa e a autonomia da escolha religiosa, embora o zero absoluto não seja atingível, pois a liberdade irrestrita de escolha religiosa é provavelmente inalcançável.

Assim, parece claro que a neutralidade estatal, embora por vezes apresentada acriticamente como algo passível de consenso, na verdade é um tema complexo²²³ e de

²²² AHDAR, R./LEIGH, I. *Religious Freedom in the Liberal State*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 116.

²²³ A própria natureza supostamente neutra da neutralidade também é de ser pensada, pois como adverte JÓNATAS MACHADO: "os valores do Estado Constitucional, incluindo os valores da dignidade, da liberdade, igualdade, democracia, da imparcialidade e do respeito mútuo, não nasceram num vácuo histórico, religioso e cultural, antes podem reclamar para si um pedigree com uma matriz filosófica e religiosa bem identificada. Os mesmos estão longe de constituir uma evidência, como bem demonstra a história das ideias e das instituições políticas. Neste sentido, a própria neutralidade do Estado Constitucional é sempre relativa, na medida em que o próprio tem subjacentes decisões de valor (Wertentscheidungen) que, em última análise, não são inteiramente neutras nas suas pressuposições fundamentais." (MACHADO, Jónatas. "A jurisprudência

difícil solução, pois os caminhos que se lhe apresentam para efetivação são tortuosos e com possível interferência na liberdade religiosa, qualquer que seja o viés que lhe queira conferir e por mais que não se tenha como propósito uma interferência.

É interessante observar os questinamentos que se fazem em relação à neutralidade, sendo dignas de nota as preocupações expostas no documento *A Liberdade Religiosa para o bem de todos/2019*, publicado pela Comissão Teológica Internacional²²⁴, no qual são tecidas críticas substanciais à ordem liberal, apontando-se por parte dessa uma obsessão de perfeita neutralidade de valor, que forma o que foi chamado de totalitarismo suave e que tornaria os indivíduos particularmente vulneráveis à difusão do niilismo ético na esfera pública. O documento rejeita a teocracia assim como o multiculturalismo agnóstico que priva a religião da sua função de mediação da sociedade civil. Confira-se alguns importantes trechos:

A alegada neutralidade ideológica de uma cultura política que declara querer ser construída sobre a formação de regras de justiça meramente processuais, rejeitando qualquer justificação ética e inspiração religiosa, manifesta a tendência de elaborar uma ideologia da neutralidade, que, de fato, impõe a marginalização, se não a exclusão, da expressão religiosa da esfera pública²²⁵. E, portanto, da

constitucional portuguesa diante das ameaças à liberdade religiosa". in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 82 (2006).

224 O documento atualiza a *Declaração Dignitatis humanae/1965*, decorrente do Concílio Vaticano II. Disponível em: https://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/cti_documents/rc_cti_20190426_liberta-religiosa_po.html. Acesso em: 23/04/2022.

225 Sobre a esfera pública e razão pública: "no início do Estado Moderno, essa noção de neutralidade teve sua razão de ser, principalmente em face de conflitos religiosos. O neutralismo era o argumento que justificava a separação entre Estado e Igreja, de modo que Locke afirmava não caber ao magistrado o uso da força em questões de credo, pois a perseguição é um instrumento irracional para a conversão, já que não é capaz de gerar a verdadeira fé, e o magistrado não é autoridade legítima para julgar acerca da salvação das almas alheias, porque seu poder se impõe apenas sobre questões terrenas (LOCKE, 2007, p.57). Ocorre que, posteriormente, o argumento do neutralismo não intervencionista sofisticou-se e passou a abranger outras dimensões da vida humana, como a economia e a moral, dando origem a um Estado Mínimo em conteúdo, que encontra na neutralidade um fundamento de justiça e inclusão. A antiga divisão entre Estado e Igreja deu origem à distinção entre esfera pública e privada, e as decisões de fé ampliaram-se para as decisões acerca de concepções de vida boa e de bem, ou seja, concepções sobre valores em geral. Essa espécie de neutralidade deu origem, à sobrevalorização de sujeitos políticos neutros e racionais, que fundam a sociedade civil a partir de um pacto sobre princípios de justiça universais, como na teoria política de John Rawls (2002. p. 19). Em sua teoria, Rawls afirma que um conjunto de pessoas, submetidas a um véu da ignorância, utilizariam um procedimento eletivo sobre determinadas questões para, assim, chegar à formulação geral de princípios de justiça universais que regeriam a estrutura básica da sociedade. Uma

total liberdade de participação na formação da cidadania democrática. Daqui fica clara a ambivalência de uma neutralidade da esfera pública, que é apenas aparente, e uma liberdade civil objetivamente discriminatória.

...

O Estado tende a assumir a forma de uma 'imitação laicista' da concepção teocrática da religião, que decide a ortodoxia e a heresia da liberdade em nome de uma visão político-salvífica da sociedade ideal: decidindo *a priori* a sua identidade perfeitamente racional, perfeitamente civil, perfeitamente humana. O absolutismo e o relativismo dessa moralidade liberal entram em conflito, aqui, com efeitos de exclusão iliberal na esfera pública, dentro da suposta neutralidade liberal do Estado

A suposta neutralidade ideológica do Estado liberal, que exclui seletivamente a liberdade de um testemunho transparente da comunidade religiosa na esfera pública, abre caminho à dissimulada transcendência de uma ideologia oculta do poder.

...

característica importante desses princípios, além da sua suposta universalidade, é o fato de que eles representam esquemas procedimentais de justiça que independem de um conjunto de concepções de bem, ou de uma noção substancial do que seja uma 'vida boa', para serem articulados na vida política. A neutralidade é, portanto, uma garantia de justiça, tendo em vista que, em face do pluralismo, a ostentação pública de uma determinada concepção de bem poderia servir como meio de opressão e exclusão. E, para garantir que isso não aconteça, é necessário que seja feito um acordo racional sobre as regras que regem a discussão pública, ou seja, torna-se necessário o surgimento de um conceito de Razão Pública, como forma apropriada de discussão entre cidadãos iguais. É nesse cenário que o neutralismo influencia um segundo conjunto de teorias liberais, conhecidas como teorias deliberativas, que têm como fundamento regras do discurso e justificações internas que preveem não só a necessidade da participação, real ou possível, de todos os concernidos, mas que também se preocupam com a livre articulação dos atos da fala que, na esfera política, poderiam ser descritos como o direito de voz e voto. Acontece que, mesmo em teorias deliberativas, os acordos relativos à racionalidade pública têm como fundamento uma esfera pública neutra. Essa neutralidade é garantida pelas regras do jogo linguístico, que não possuem abertura suficiente para a aceitação de discursos tradicionais, fundamentados em valores comunitários e não em racionalidades instrumentais. Geralmente esses discursos são excluídos da esfera pública, por não serem considerados 'razoáveis.'" (GONDIM, Larissa Cristine Daniel. *O conceito de neutralidade: aspectos políticos e jurídicos*. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=798e5a5dc5f4a19a>, acesso em: 24/04/2022)

o Estado liberal parece para muitos igualmente objetável pelo motivo oposto: a sua proclamada neutralidade não parece capaz de evitar a tendência de considerar a fé professada e a pertença religiosa como um obstáculo para a plena admissão à cidadania cultural e política dos indivíduos. Uma forma de “totalitarismo moderado”, poder-se-ia dizer, que torna particularmente vulnerável à difusão do niilismo ético na esfera pública.

É preciso ter atenção para que a palavra “neutralidade” parece ter sido estigmatizada pelo seu uso no discurso laicista²²⁶. As teses francesas de tendência laicizante e anticlerical, bem como as teses rawlsianas de orientação contratualista e formalista, parecem justificar o desconhecimento da dimensão social específica do fenômeno religioso pelo poder público. Ora, a neutralidade não pode atracar nessas ideias, mesmo porque a separação entre Estado-Igreja não se relaciona com tais premissas, porque não tem subjacente qualquer hostilidade perante a religião, nem pretende substituí-la por qualquer outra ordem de valores totalizantes. A limitação do Estado ao bem comum temporal não quer dizer que o Estado seja ateu, irreligioso ou anti-religioso. A laicidade republicana não é uma laicidade contra a religião, mas uma laicidade

²²⁶ Laicidade é sinônimo de não confessionalidade e não se confunde com laicismo. No contexto europeu, a doutrina costuma distingui-los: (a) *laicidade* pretende designar uma atitude de neutralidade benevolente por parte dos poderes públicos, respeitadora da do religioso nas suas diversas manifestações, nos termos da qual estes se abstêm de tomar posição sobre o problema da verdade religiosa. ; (b) *laicismo* designa uma verdadeira filosofia ou ideologia, no sentido de concepção global do mundo, da existência e da conduta moral, consistindo em um “dogma” antidogmático, de uma “metafísica” antimetafísica, de um racionalismo antropológico que exclui qualquer referência teológica a uma verdade transcendente alicerçada na revelação (MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 306, nota de rodapé nº 1011); nessa medida, traduz-se numa atitude de relativa hostilidade perante a religião, ao seu afastamento do espaço público e à promoção deliberada de uma secularizada e indiferente perante a religião. Ressalte-se que, o pensamento laicista teve papel importante na consolidação jurídico-constitucional da igual liberdade religiosa das minorias e da separação das confissões religiosas do Estado. Muitos de seus excessos, devem-se, segundo aponta Jónatas Eduardo Mendes Machado, à obstinação com que as confissões religiosas dominantes procuravam conservar os seus privilégios tradicionais e as suas prerrogativas de direito público, bem como ao modo como esconjuravam toda a dissidência religiosa. Por isso, o clericalismo era visto como um inimigo a ser combatido. Do pensamento laicista o constitucionalismo deve reter a ênfase na liberdade de pensamento e de religião, bem como no princípio da neutralidade do Estado e dos espaços públicos. (MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 307/308). O laicismo é radicado no republicanismo europeu e pretendia estabelecer um corte radical com os modelos de unidade político-religiosos do antigo regime, substituindo-os por uma abordagem crítico-racional dos vários domínios da vida social. Fundamenta-se em pré-compreensões positivistas, racionalistas, cientificistas e anti-metafísicas, e à um método de verificação. As proposições religiosas são consideradas superstição e fruto da menoridade intelectual dos indivíduos. A razão e a ciência são aliadas ao progresso econômico, social e cultural, enquanto a fé é associada à estagnação e à ignorância.

estruturante da juridicidade estatal democrática, com separação entre o “Reino de Deus” e o espaço público estatal.

Por outro lado, o fenômeno religioso também pode ser visto como fenômeno socialmente benéfico, de maneira que a neutralidade também pode ser vista como uma neutralidade positiva, que se caracteriza por uma atitude positiva perante a religião, o que afasta o indiferentismo estatal por parte dos poderes públicos, na esteira do que ensina JAVIER MARTÍNEZ-TORRÓN²²⁷, para quem a neutralidade não implica indiferença aos resultados do exercício da liberdade de religião, podendo ser considerados os efeitos sociais ou efeitos previsíveis das doutrinas morais religiosas.

Encontramos interessante desenvolvimento da neutralidade feito por MARCELO SAMPAIO SIQUEIRA E NATERCIA SAMPAIO SIQUEIRA que, partindo de DWORKIN e RAWLS, encontram seu fundamento na igualdade característica de uma sociedade onde não há hierarquia entre os diversos modelos de vida e que se realiza na igual consideração e dignidade de cada indivíduo²²⁸. Para alcançar esse desiderato, exige-se tanto abstenções (ex. não promover determinada concepção de bem) como atuações estatais positivas (a neutralidade não é mera abstenção) no propósito de assegurar igual respeito e consideração às pessoas, o que envolve atuações para que as pessoas tenham acesso a um *background* material que lhes permitam ser consideradas e considerar a si mesmas e aos

227 MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier. *Religion and Law in Spain*. 2ª ed., Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International B.V., 2018.

228 “O que significa para o governo tratar os cidadãos como iguais? Essa questão, penso, é igual à questão do que significa para o governo tratar todos os cidadãos como livres, como independentes ou com igual dignidade. De qualquer modo, é uma questão que tem sido central para a teoria política desde Kant, pelo menos. Pode-se responder de duas maneiras fundamentalmente diferentes. A primeira considera que o governo deve ser neutro sobre o que se poderia chamar de questão de viver bem. A segunda supõe que o governo não pode ser neutro em tal questão porque não pode tratar os cidadãos como seres humanos iguais sem uma teoria do que os seres humanos são [...] A primeira teoria da igualdade supõe que as decisões políticas devem ser, tanto quanto possível, independentes de qualquer concepção particular do que é viver bem, ou do que dá valor à vida. Como os cidadãos de uma sociedade divergem em suas concepções, o governo não os trata como iguais se prefere uma concepção à outra, seja porque as autoridades acreditam que uma é intrinsecamente superior, seja porque uma é sustentada pelo grupo mais numeroso ou mais poderoso. A segunda teoria afirma, pelo contrário, que o conteúdo do igual tratamento não pode ser independente de alguma teoria sobre o que é bom para o homem ou o bom da vida, pois tratar uma pessoa como igual significa tratá-la de maneira como a pessoa boa ou verdadeiramente sábia desejaria ser tratada. O bom governo consiste em tratar cada pessoa como se ela desejasse levar a vida que de fato é boa, pelo menos na medida do possível.” (DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 285).

demais como iguais em dignidade²²⁹. Deste modo, a neutralidade é instrumental (não é um fim em si mesma) e deve ser analisada pelo viés da igual dignidade das individualidades que, por sua vez, deve ser direcionada à igual possibilidade de exercício. Em síntese, **em consideração à neutralidade, o Estado deve criar condições equitativas para que cada qual possa se desenvolver dentro de seu projeto de vida, abstendo-se de estabelecer ou promover concepções apriorísticas de bem**. A neutralidade, portanto, se realiza pela oportunidade equitativa conferida a cada qual para se desenvolver em sua individualidade e rejeita condições arbitrárias de promoção de determinada concepção específica.

Não obstante, também encontramos quem sustente que o ideal de neutralidade é uma ficção política e jurídica, e sua defesa se transformaria em um discurso ideológico cuja principal finalidade é atribuir um critério duvidoso de racionalidade que não se pode mais sustentar²³⁰. Nessa ótica, a noção de neutralidade, mesmo em si própria, não seria possível de ser manejada, porquanto decorreria de uma epistemologia moderna superada, que não resiste diante da crítica à tese antropológica do sujeito como autônomo, livre e racional, tendo em vista que a natureza humana é dialógica, a sociedade não é atomista e há impossibilidade de se distinguir estados do sujeito e estados do objeto, o que leva à inevitável intersecção com valores subjetivos. Isso significa que a neutralidade não existe porque não há como separar-se de questões de valor.

Destarte, não há como negar que o fenômeno religioso deve ser considerado pelo Estado que, por isso, não pode adotar uma postura de indiferentismo que desconsidere qualquer ponderação ou consideração da religião, logo, neutralidade não tem coincidência com a indiferença. Também não pode levar à eliminação do aspecto religioso do espaço público. No entanto, se a atitude hostil frente à religião está descartada, é igualmente importante que não seja critério para que se privilegie ou confira um tratamento desfavorável, o que conduz à considerações sobre igualdade em relação à qual ainda é difícil encontrar-se, na prática, um caminho seguro. Sua noção e contornos, na atual quadra, são cheios de complexidades. De qualquer forma, lançar luzes sobre o tema é um passo valioso para que não se perca em afirmações acriticamente lançadas sobre a

²²⁹ SIQUEIRA, Natercia Sampaio; SIQUEIRA, Marcelo Sampaio. *Laicidade, neutralidade e igualdade: ensino religioso em escolas públicas*. RJLB, Ano 6 (2020), nº 5, p. 1763. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/5/2020_05_1753_1779.pdf. Acesso em: 22/04/2022.

²³⁰ GONDIM, Larissa Cristine Daniel. *O conceito de neutralidade: aspectos políticos e jurídicos*. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=798e5a5dc5f4a19a>, acesso em: 24/04/2022. Conquanto a autora trabalhe com a noção de neutralidade em um sentido mais amplo e não especificamente relacionado às questões religiosas ou à relação entre Estado e Igreja, seus fundamentos calham, porque os valores religiosos participam dos valores subjetivos que interferem na neutralidade, bem como parece bem interessante os problemas que a autora aponta em se defender a separação entre os espaços público e privado.

neutralidade e que se baseiam em uma reprodução rasa de um discurso que não percebe as dificuldades inerentes ao assunto.

5.3 Direito fundamental à liberdade religiosa e seus reflexos sobre a relação Estado-Igreja

A ideia moderna de direitos fundamentais foi afirmada, no século XVIII, nos Estados Unidos e em França, não pela natureza das coisas ou das pessoas, mas por circunstâncias históricas bem conhecidas²³¹, atualmente tendo se espalhado pelo mundo ocidental sob uma perspectiva de universalidade. A liberdade religiosa, tema que nos interessa aqui, está sempre presente em catálogos de direitos fundamentais, tanto nas constituições nacionais como em documentos internacionais, conquanto a sua interpretação e aplicação pelos tribunais, tanto nacionais como internacionais, possam encontrar diferenças.

A noção de liberdade religiosa refere-se ao espaço de autonomia da pessoa e das comunidades religiosas em relação ao Estado e à sociedade, ligando-se ao pluralismo, pois onde o pluralismo não é possível fica comprometida e, da mesma forma, sem a liberdade religiosa não há condição para um sistema político pluralista. Sem plena liberdade religiosa não há plena liberdade cultural, nem plena liberdade política, o mesmo podendo se dizer da democracia, enquanto regime político da liberdade para as pessoas e para os grupos.

O direito à liberdade religiosa é um direito complexo, com dimensões individuais e coletivas, subjetivas e objetivas, positivas e negativas, institucionais e procedimentais; constitui tanto um direito como também uma liberdade e garantia, possuindo um amplo conteúdo. No aspecto individual refere-se à liberdade de crença (ter, não ter, mudar ou deixar de ter religião), liberdade de atuação segundo as próprias crenças, liberdade de divulgação das crenças (proselitismo), liberdade de culto, liberdade de reunião e associação religiosa, liberdade de ensino religioso, direito de educar os filhos de acordo com a sua religião, direito à privacidade religiosa, direito aos feriados religiosos, direito de comemorar publicamente as festividades da própria religião, liberdade em sentido amplo de manifestar a religião etc. No aspecto coletivo inclui o direito de autodeterminação das confissões religiosas, direito de auto-organização das confissões religiosas, não interferência estatal, não discriminação ou favorecimento, liberdade de construção e abertura de templos, liberdade de se ministrarem ensino religioso aos seus membros, pedirem e receberem contribuições voluntárias, fazerem proselitismo, publicarem e difundirem publicações religiosas etc. Não é possível ser exaustivo, porquanto estamos diante de um direito fundamental, referindo-se a uma multiplicidade de comportamentos humanos

²³¹ MIRANDA, Jorge. *Direitos fundamentais*. 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2017, p. 61.

concretos, mas nota-se que a visão é ampla, indo desde uma liberdade positiva como negativa, liberdade individual, das famílias, das instituições religiosas, liberdade privada e pública.

Como direito fundamental, a dimensão negativa é inseparável da dimensão positiva²³², sem o que não se teria uma liberdade real/efetiva. Enquanto a dimensão negativa impõe o dever ao Estado de não criar obstáculos ao livre exercício da liberdade religiosa, de não perseguir por motivos religiosos e não discriminar por motivos religiosos, a dimensão positiva exige prestações estatais positivas, valendo consignar, conforme desenvolvido acima, que a laicidade não exclui que o Estado tenha a função de garantir e de favorecer a efetivação de direitos fundamentais, em especial a liberdade religiosa.

De fato, a dimensão positiva justifica-se diante da constatação de que a liberdade religiosa depende das condições para o seu exercício efetivo. O entendimento dos direitos fundamentais como exigências apenas de uma respeitosa passividade do Estado já está superado, a compreensão atual conjuga a atitude de não interferência na esfera pessoal com a ativa criação de condições de exercício efetivo. Assim, requer do Estado não apenas uma pura atitude omissiva, uma abstenção, mas um *facere* traduzido num dever de assegurar ou propiciar o exercício da religião. A dimensão positiva²³³ impele o Estado a propiciar um mínimo de condições fáticas e normativas para que a escolha religiosa dos seus cidadãos se possa exprimir em liberdade e igualdade.

Nessa perspectiva, entende-se que o princípio da laicidade, ou como se queira, a não confessionalidade (sinônimo), não exclui que o Estado tenha a função de garantir e de favorecer a efetivação de direitos fundamentais, entre os quais a liberdade religiosa, quer individual ou coletiva. Como exemplo disso no Brasil pode-se citar a assistência religiosa

232 "A liberdade de religião configura-se principalmente como uma liberdade negativa; pois, consistindo no direito de abraçar ou não uma religião e de mudar de religião, isto significa que ela é uma liberdade de defesa perante o Estado. O Estado não pode proibir religiões (salvo nas práticas incompatíveis com a dignidade humana), nem impor a ninguém qualquer religião, assim como não pode impedir ninguém de professar determinada religião. A dimensão negativa é ainda a dimensão dominante quanto ao cumprimento dos deveres pelos seguidores de uma determinada religião (em matéria de culto, família, ensino) sem prejuízo das dimensões prestacionais positivas do Estado no sentido de proporcionar as condições para o cumprimento desses deveres (por ex, reconhecimento dos casamentos religiosos, abertura das escolas públicas ao ensino da religião, condições de assistência religiosa nas instituições públicas, nomeadamente prisões, hospitais, forças armadas etc.). (CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol 1, 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 610)

233 Sobre dimensão positiva dos direitos, confira: MIRANDA, Jorge. *Direitos fundamentais*. 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2017, p. 128

nas prisões e forças armadas²³⁴. Portanto, existem deveres estatais concernentes ao direito à liberdade religiosa.

Ademais, dentre as características dos direitos fundamentais está a sua eficácia horizontal, ou seja, os seus efeitos jurídicos também alcançam particulares e não apenas o Estado, porque representam valores fundamentais da sociedade, eixo axiológico constitucional que irradia a sua eficácia por todas as estruturas do ordenamento jurídico.

Nesse contexto, a liberdade religiosa implica deveres de terceiros, destacando-se a **obrigação de tolerância**, entendida como dever de respeito pela dignidade e pela personalidade dos outros, bem como pelas suas diferentes crenças e opções de consciência.²³⁵ A tolerância funciona como princípio positivamente conformador do efeito externo ou horizontal do direito à liberdade religiosa, como magistralmente exposto pelo professor PAULO PULIDO ADRAGÃO:

O direito à liberdade religiosa corresponde, da parte de terceiros, um dever de respeito pela dignidade e pela personalidade do titular do direito, bem como pelas suas diferentes crenças e opções de consciência, uma obrigação de tolerância prática, na terminologia de VALUET e de JÓNATAS MACHADO, que conforma o efeito externo ou horizontal do direito fundamental em análise.²³⁶

Essa eficácia relativa à tolerância, pensamos, possui importância central para o tema discutido pelo STF na ADI nº 4439/DF. Ressalte-se que todos esses reflexos da liberdade religiosa casam tanto com a perspectiva da relação entre Estado-Igreja como de neutralidade adotados.

Fica claro que as perspectivas sobre o direito fundamental à liberdade religiosa dão a tônica para a relação Estado-Igreja e mesmo para a neutralidade que se pretenda estabelecer em determinada sociedade, eis que os efeitos apontados acima não são todos

²³⁴ De fato, são várias as indicações constitucionais a respeito da importância dada ao fenômeno religioso, o que determina que seja encarado com um viés positivo pelo Estado e pelo Direito. Portanto, uma vez mais se destaca o sentido que a separação deve ter para ser adequada, chegando alguns autores a diferenciar "separação" de "separatismo". Nesse sentido: GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Direito, religião e sociedade no Estado Constitucional*. Lisboa: IDILP, 2012, p. 32.

²³⁵ ADRAGÃO, Paulo Pulido. *A liberdade religiosa e o Estado*. (dissertação de doutoramento) Coimbra: Almedina, 2002, p. 420.

²³⁶ ADRAGÃO, Paulo Pulido. *A liberdade religiosa e o Estado*. (dissertação de doutoramento) Coimbra: Almedina, 2002, p. 508.

compatíveis com quaisquer das concepções que se queira adotar nessas searas. Tais efeitos decorrem da *decisão política fundamental* relativa aos direitos fundamentais que confere conformação política à sociedade e, enquanto valores essenciais do ordenamento jurídico (dimensão objetiva dos direitos fundamentais), funcionam perfeitamente como princípio fundamental das relações confissões religiosas e o Estado, de modo que o regime jurídico de tais relações deve partir da liberdade religiosa²³⁷.

Portanto, os modelos teocrático, cesarista, regalista, do republicanismo laicista, do jurisdicionalismo, de relação preferencial com a Igreja Católica ou que impliquem em hostilidade à religião são incompatíveis com o modelo democrático e republicano vigente no Brasil e inadmitidos pelos contornos do princípio da separação decorrente da liberdade religiosa conformada nesse referido sistema jurídico.²³⁸

Parece que isso indica que a noção de neutralidade não pode ser apenas formal, mas substancial, sendo bem interessante a perspectiva de DWORKIN ao estabelecer a igualdade (exposta no tópico anterior) como fundamento da neutralidade estatal, porque de outra forma não se atingiria máxima efetividade do direito fundamental. A relação entre Estado e religião, bem como a esperada neutralidade, não podem servir como imposição de inércia, nem podem tolher à religião a sua participação no espaço público.

Existem dois grandes modelos de atuação do Estado direcionada ao fenômeno religioso²³⁹: (a) separação cooperativa (separação relativa), em que o Estado colabora com as atividades desenvolvidas pelas confissões religiosas; (b) separação neutral (separação absoluta), em que o Estado não interveém em atividades conjuntamente com as confissões religiosas. Tendo em vista as eficácias que a liberdade religiosa produz, fica indene de dúvidas que o modelo cooperativo se mostra mais consuetâneo à liberdade religiosa e parece ser exatamente esse espectro que enseja o ensino religioso em escolas públicas, que tem como premissa uma valoração positiva do fenômeno religioso, de onde surge o compromisso em não remeter esse fenômeno exclusivamente para o plano privado e

237 ANTUNES VARELA citado em: ADRAGÃO, Paulo Pulido. *A liberdade religiosa e o Estado*. (dissertação de doutoramento) Coimbra: Almedina, 2002, p. 434.

238 "Os regimes de coincidência tanto podem ser de teocracia, com subordinação do poder civil ao religioso, como de cesaropapismo, regalismo ou jurisdicionalismo, formas estas às quais é comum a assunção pelo próprio Estado de poderes em matéria espiritual e de intervenção na vida das confissões religiosas: todos são afastados pelo princípio de separação." (RAIMUNDO, Miguel Assis, "Direito Administrativo da Religião", in OTERO, P. e GONÇALVES, P. (Org.), *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Vol. VI, Livraria Almedina, Coimbra, 2012, p. 274)

239 RAIMUNDO, Miguel Assis, "Direito Administrativo da Religião", in OTERO, P. e GONÇALVES, P. (Org.), *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Vol. VI, Livraria Almedina, Coimbra, 2012, p. 270.

individual, permitindo seu acesso à esfera pública, sem que isso resvale em qualquer ofensa à liberdade de religião.

5.4 Ensino religioso em escolas públicas

A presença do ensino religioso em escolas públicas está envolta na controvérsia em torno da assunção de tarefas educativas pelo Estado e do argumento de não respeito da laicidade pelo Estado, à ausência de neutralidade ou inobservância da separação entre Estado e Igreja. Por tudo quanto foi exposto até aqui, parece que esses questionamentos não subsistem.

A tradição multi-secular de unidade teológico-política teve como consequência a conformação do ensino público de acordo com o princípio da coordenação entre a Igreja Católica e o Estado na afirmação de uma concepção confessional de verdade objetiva e na realização da ideia de bem comum que a mesma tem subjacente. O ensino da religião tinha um lugar central nesse sistema, haja vista que as instituições religiosas eram as únicas provedoras de educação, muito antes de o Estado assumir esse papel.²⁴⁰

Nesse modelo pré-moderno, compreendia-se que os poderes públicos se corresponsabilizassem administrativa e financeiramente no ensino religioso nas escolas públicas. Ademais, o monopólio da coação era colocado a serviço dos interesses confessionais, tornando-se o ensino religioso obrigatório e sendo os professores pagos com dinheiro público. Estado e Igreja surgiam aos olhos do cidadão como entidades divinamente ordenadas para a prossecução de finalidades transpessoais e transcendentais.

O advento do iluminismo e dos Estados nacionais absolutistas arrostaram essa perspectiva, contexto no qual apareceu o laicismo, que se traduziu, em vários países europeus, num conjunto de medidas legislativas através das quais foram secularizados os serviços públicos, os municípios e, especialmente, o ensino, em relação ao qual procurou-se instituir um ensino laico, obrigatório e gratuito, como antídoto contra a influência restauracionista antiliberal do absolutismo clerical.²⁴¹

Todavia, laicismo não se confunde com laicidade, conforme expusemos acima. A laicidade, sinônima de não confessionalidade, não é avessa à religiosidade, mas permite que se reconheça como algo valioso ao ser humano e digna de proteção, podendo mesmo

²⁴⁰ AHDAR, R./LEIGH, I. *Religious Freedom in the Liberal State*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 251.

²⁴¹ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 307.

ser vista como um fenômeno socialmente benéfico. Ao mesmo tempo, é vedado o dirigismo ou a interferência estatal nos rumos religiosos do projeto de vida do indivíduo, tendo em vista que a neutralidade, no sentido adotado, se restringe em criar condições equitativas para que cada qual possa se desenvolver dentro de seu projeto de vida, abstendo-se de estabelecer ou promover concepções apriorísticas de bem²⁴². Nessa linha de raciocínio, MARCELO SAMPAIO SIQUEIRA E NATERCIA SAMPAIO SIQUEIRA, concluem que o ensino religioso em escolas públicas não afronta a laicidade:

Ela é uma liberdade especialmente relevante à dignidade e identidade da pessoa, pois integra o núcleo de valores que torna a vida de cada um relevante para si. Como toda liberdade que esteja especialmente relacionada à realização da pessoa, ela é passível de situações nas quais carece da atuação ou infraestrutura estatal, e não se lhe pode prejudicar essa proteção em razão de uma neutralidade em absoluto negativa que decorreria de uma leitura estrita da laicidade.

A laicidade, repita-se, serve à igualdade como ausência de hierarquia, cuja realização é informada pela justa oportunidade. Dessa feita, o definitivo sobre o tema consiste em se analisar se a prestação de ensino religioso em colégio público compatibiliza-se com a justa oportunidade, de maneira que não implique o estabelecimento de condições arbitrárias para o desenvolvimento de determinada concepção do bem.

Pois no presente artigo se conclui, em primeiro lugar, que a prestação do ensino religioso em colégios públicos seria medida adequada à justa oportunidade para desenvolver-se, em especial quando se compara a situação entre aqueles que podem pagar por colégio privado e, por conseguinte, direcionar seus filhos a uma educação religiosa, e os que não o podem fazer. Neste último caso, a laicidade,

²⁴² A equidade, conforme já se ressaltou, muitas vezes demanda atuações estatais ou disponibilização da estrutura pública. Nesse tocante, a liberdade religiosa, como integrante do núcleo de valores que dá significado e importância à vida da pessoa, é passível de, em determinadas situações, demandar atuações públicas ou a disponibilização de estrutura pública para que tenha valor ao indivíduo. Negar à liberdade religiosa qualquer atuação ou disponibilização, mesmo que importante para a sua eficácia, pelo argumento da laicidade do Estado, é voltar aos termos do liberalismo clássico, em que a liberdade seria tão melhor e efetivamente vivenciada quanto maior fosse a abstenção e não intervenção do Estado. Nesse sentido: SIQUEIRA, Natercia Sampaio; SIQUEIRA, Marcelo Sampaio. *Laicidade, neutralidade e igualdade: ensino religioso em escolas públicas*. RJLB, Ano 6 (2020), nº 5. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/5/2020_05_1753_1779.pdf. Acesso em: 22/04/2022.

compreendida como o silêncio estatal, implicaria diferença de condições equitativas de desenvolvimento da pessoa – ainda que se considere que, preferencialmente, esteja-se a tratar da liberdade dos pais quanto à orientação religiosa dos filhos.

Em um segundo momento, conclui-se que da forma como se assegura a prestação do ensino religioso, não se está a criar condição arbitrária de desenvolvimento e promoção de determinada concepção do bem. As condições são suficientemente equânimes, e os argumentos favoráveis ao entendimento de que a possibilidade do ensino religioso fomentaria o risco do conflito compartilham a sua plausibilidade com os argumentos no sentido inverso, o que revela a sua fragilidade e falta de subsistência.²⁴³

Com efeito, sob a ótica de igual dignidade e liberdade para todos²⁴⁴ de perspectiva do constitucionalismo contemporâneo, a presença de religião nas escolas públicas deixa de referir-se à uma coligação entre Estado e Igreja e passa a ser vista à luz da igual liberdade religiosa de todos e o pluralismo religioso²⁴⁵, motivo pelo qual não vemos como se sustentar ofensa à não confessionalidade.

A laicidade não exclui que o Estado tenha função de garantir e favorecer a efetivação de direitos fundamentais, dentre os quais a liberdade religiosa. A consideração da religião como manifestação comunicativa transcendental no espaço público (e não apenas como questão privada) legitima esquemas de cooperação do Estado com as Igrejas

243 SIQUEIRA, Natércia Sampaio; SIQUEIRA, Marcelo Sampaio. *Laicidade, neutralidade e igualdade: ensino religioso em escolas públicas*. RJLB, Ano 6 (2020), nº 5. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/5/2020_05_1753_1779.pdf. Acesso em: 22/04/2022.

244 Importa considerar que a função promocional do Estado junto aos direitos de personalidade revela-se, tão e mais sensível, quando se foca na igualdade informada pela justa oportunidade: aos pais que podem custear ensino particular, é possível a opção por um colégio cuja grade curricular contenha o ensino de determinada religião; aos pais que não possuem condições de pagar por uma educação dessa natureza, não se lhe asseguraria ao filho o acesso à educação religiosa, ainda que fosse do seu gosto. Nesse sentido: SIQUEIRA, Natércia Sampaio; SIQUEIRA, Marcelo Sampaio, ob cit.

245 Alguns consideram que a disciplina do ensino religioso não deveria, pura e simplesmente, integrar o currículo escolar; sendo concebida, quando muito, como atividade extra-curricular, que a escola poderia acolher como acolhe outras atividades da sociedade civil. Porém, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO entende que há um valor e um sentido para a educação religiosa como parte da educação integral, mesmo em um Estado laico, que justifica a inclusão curricular. (RAIMUNDO, Miguel Assis, “Direito Administrativo da Religião”, in OTERO, P. e GONÇALVES, P. (Org.), *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Vol. VI, Livraria Almedina, Coimbra, 2012 P. 367)

desde que esta cooperação não viole os princípios da separação, da não confessionalidade e da neutralidade religiosa.²⁴⁶ Ademais, e é preciso que isso fique bem claro, um dos colorários da liberdade religiosa positiva está em que a liberdade negativa de uns não pode ser exercida à custa da liberdade positiva de outros.²⁴⁷

Como se observa, o Estado confessional não se confunde com o Estado laico que propicie o ensino religioso em escolas públicas, pois isso apenas representa a cooperação concernente à vertente positiva da liberdade religiosa, que faz surgir a obrigação ativa de cooperar com os pais na educação dos filhos e o dever de proporcionar às confissões religiosas o ensino nas escolas públicas, em consequência também dos direitos dos pais²⁴⁸. Não se pode confundir alhos com bugalhos, é preciso distinguir as coisas para que não parem dúvidas. O ensino público é laico, é não confessional, o que decorre tanto da separação entre Estado-Igreja e da laicidade do Estado, como do direito de todos à escola pública, não podendo ela, portanto, identificar-se ou seguir qualquer orientação religiosa. Todavia, isso não significa que não possa haver ensino religioso no espaço público representado pela escola pública. Segundo CANOTILHO E VITAL MOREIRA:

O alcance da laicidade do ensino público consiste designadamente em: (a) vedar toda e qualquer orientação religiosa do ensino público; (b) excluir o ensino da religião como elemento integrante do ensino público (sem prejuízo do Estado poder facultar às igrejas, em pé de igualdade, a possibilidade de estas ministrarem ensino da religião nas escolas públicas). Constituirá, por isso, clara violação do princípio da não confessionalidade a introdução do ensino da religião moral e católica no ensino primário e secundário público, bem como a formação oficial de professores destinada ao mesmo ensino (cfr, porém, os criticáveis AcsTC nº 423/87 e 174/93). O ensino religioso nas escolas públicas deve ser inteiramente facultativo e da responsabilidade das próprias igrejas e confissões religiosas (incluindo quanto ao recrutamento e remuneração de docentes)

246 CANOTILHO, MOREIA, ob. cit. p. 615.

247 MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 342.

248 ADRAGÃO, Paulo Pulido. *A liberdade religiosa e o Estado*. (dissertação de doutoramento) Coimbra: Almedina, 2002, p. 508.

cabendo às escolas somente disponibilizar os espaços e horários necessários.²⁴⁹

Nesse mesmo sentido, citando JORGE MIRANDA, o professor PAULO PULIDO ADRAGÃO menciona que:

não confessionalidade do ensino público do art. 43º, n. 2, da Constituição tem, para este autor, o sentido de não identificação com nenhuma religião em particular. Não impede assim, designadamente, que as religiões possam ter lugar no ensino público, desde que respeitem três grandes princípios: 1) possibilidade de acesso de todas as confissões religiosas, segundo a própria representatividade e sem discriminações; 2) liberdade de opção positiva dos alunos e seus pais; 3) definição pelas confissões religiosas dos programas e conteúdos.²⁵⁰

Ao que se disse alie-se também o fundamento jurídico-positivo. O sec. XX se caracteriza pela interacionalização dos direitos humanos, merecendo citação: (a) art. 18 da Declaração de Direitos Humanos – ONU/1948 (caráter não vinculativo); (b) art. 9º da Convenção para Salvaguarda dos Direitos do Homem e Liberdades Fundamentais/1950 (Convenção Europeia dos Direitos do Homem); (c) art. 18 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos – ONU/1966; (d) art. 13 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – ONU/1966; (e) Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância ou de Discriminação Fundadas Sobre a Religião ou Convicção – ONU/1982 (caráter não vinculativo, mas foi o primeiro instrumento internacional especificamente direcionado à liberdade religiosa).

Desses dispositivos, ressalte-se que tanto o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos/1966, como o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais/1966 e o Protocolo Adicional nº 1/1952 à Convenção Europeia de Direitos do Homem – 1950, prevêm o ensino de educação religiosa segundo suas concepções dos pais, inclusive no ensino assumido pelo Estado:

249 CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol 1, 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 627.

250 ADRAGÃO, Paulo Pulido. *A liberdade religiosa e o Estado*. (dissertação de doutoramento) Coimbra: Almedina, 2002, p. 435.

Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos: Art. 18. (...) Os Estados-Signatários no presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais e dos tutores legais, se for o caso, de modo a garantir que os filhos recebam uma *educação religiosa e moral que esteja de acordo com as suas próprias convicções*.

Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: Art. 13. 1. Os Estados-Signatários no presente Pacto reconhecem o direito de toda a pessoa à educação. Concordam que a educação deve ser orientada até ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido da sua dignidade e deve fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam deste modo, que a educação deve capacitar todas as pessoas para participar efectivamente numa sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos e *religiosos* e promover as actividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

3. Os Estados-Signatários no presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais ou dos tutores legais, se for o caso, de escolher para os seus filhos ou pupilos escolas diferentes das criadas pelas autoridades públicas, sempre que aquelas satisfaçam as normas mínimas que o Estado estabeleça ou aprove em matéria de ensino, e *permitam que os seus filhos ou pupilos recebam a educação religiosa ou moral de acordo com as suas próprias convicções*.

Protocolo Adicional nº 1/1952 à Convenção Europeia de Direitos do Homem – 1950: Art. 2. A ninguém pode ser negado o direito à instrução. *O Estado, no exercício das funções que tem de assumir no campo da educação e do ensino, respeitará o direito dos pais a assegurar aquela educação e ensino consoante as suas convicções religiosas e filosóficas*.

Desta forma, há de ser reconhecido que há o dever do Estado de cooperar com os pais na educação dos filhos, sendo que aos pais se reconhece o direito de educar seus filhos segundo suas próprias convicções religiosas e filosóficas, o que enseja perfeitamente a possibilidade de ensino religioso nas escolas públicas.

No direito comparado, o Tribunal Constitucional Português teve oportunidade de avaliar este assunto e decidiu dois princípios neste domínio²⁵¹: (a) o ensino religioso nas escolas públicas não viola o princípio da neutralidade religiosa do Estado, mas (b) não pode ser obrigatório, apenas se os alunos ou os seus pais declararem expressamente a vontade de ter essa disciplina. Em Espanha, tradicionalmente existe o ensino religioso confessional eletivo como parte do currículo ordinário, apontando-se, como fundamento jurídico, o direito à liberdade religiosa das confissões religiosas, o direito dos pais de garantir que seus filhos recebam a instrução religiosa e moral de acordo com suas crenças e a cooperação entre o Estado e as confissões religiosas. As regras básicas foram reconhecidas como constitucionais pela Suprema Corte Espanhola.²⁵²

O problema não reside, assim, na laicidade, na neutralidade ou na separação entre Estado e Igreja, então poderia advir de outro fator, tal como da compatibilidade com o reconhecimento de que vivemos em uma comunidade plural, em que convivem maiorias e minorias culturais e religiosas. Nesse aspecto, entende-se que o princípio da concordância prática entre os vários direitos à religião deve aqui ser complementado pelo **princípio da tolerância**²⁵³, devendo respeitar-se tanto quanto possível a liberdade religiosa de cada um. Nesse sentido relativo à pluralidade, merece destaque se dizer que essa realidade impõe uma necessária tarefa de ponderação e de concordância prática de

251 GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Direito, religião e sociedade no Estado Constitucional*. Lisboa: IDILP, 2012, p. 331.

252 MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier. *Religion and Law in Spain*. 2ª ed., Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International B.V., 2018.

253 A tolerância, para além de representar um ato de suportar algo desagradável, mesmo que se pudesse evitá-lo, está mais bem representada por uma perspectiva intersubjetiva, já que esse algo desagradável, na verdade, é um outro sujeito que exterioriza certa conduta. Assim, tolerância passa a corresponder a restrição recíproca de um desejo em si em face do desejo de outro, de forma que o sujeito tolerante restringe seu desejo e opera um duplo movimento negativo, em que se alheia e ao mesmo tempo se identifica com o sujeito tolerado, este que também realiza o mesmo movimento de forma recíproca. Assim, através do reconhecimento, ambas as partes, seja o tolerante ou o tolerado, podem realizar uma unidade em si e para si e, assim, estabelecerem-se reciprocamente como sujeitos. Para maior aprofundamento sobre a ideia de tolerância, confira: PORTO, Larissa Cristine Gondim. *Uma teoria sobre tolerância: o conceito de tolerância na formação dialética da subjetividade*. (Tese de doutorado apresentado à Universidade Federal de São Carlos), São Carlos, 2019, 289 págs., disponível em: <https://repositorio.ufscar.br/bitstream/handle/ufscar/11777/Larissa%20C.%20G.%20Porto.%20Tese%20completa.%20Dep%3%b3sito.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 26/04/2022.

253 MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p 380.

forma a não transformar certas dimensões civilizacionais em direitos hiperinclusivos perturbadores da própria inclusividade.

Alegar-se que o que pluralismo implica que a religião não pode se imiscuir em aspectos da vida dos homens em sociedade, significa usar o pluralismo como meio de limitação da religião, abafando, assim, a própria essência do pluralismo, que reside na possibilidade de expressão da diversidade em todos os âmbitos sociais²⁵⁴.

Em síntese conclusiva, portanto, concorda-se com os ensinamentos de JÓNATAS EDUARDO MENDES MACHADO:

Do ponto de vista jurídico-normativo, não existe hoje lugar para qualquer forma de coação ou discriminação no ensino religioso nas escolas públicas. Este deve ser estruturado de acordo com um princípio de facultatividade pura e alargado a todas as confissões religiosas. Além disso, ele deve ser colocado, tanto quanto possível, na dependência da iniciativa dos encarregados de educação, dos estudantes e das confissões religiosas, em vez de ser estruturado, administrado e financiado pelo Estado e integrado no currículo escolar. À luz do direito constitucional vigente, não existe lugar para as ideias de coordenação ou de parceria espiritual entre o Estado e as confissões religiosas, não se percebendo a corresponsabilização financeira do Estado na realização de uma finalidade estritamente religiosa como é o ensino de uma doutrina confessional. Isto, tanto mais quanto é certo que a mesma poderia ser facilmente realizada num regime de voluntariado, não havendo aqui a considerar qualquer obstáculos fáticos que tornem semelhante tarefa especialmente onerosa.²⁵⁵

6. CONCLUSÃO

254 Nesse sentido: ADRAGÃO, Paulo Pulido. *A liberdade religiosa e o Estado*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 441.

255 MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p 380.

Pelo exposto, compreende-se que a liberdade religiosa deve ser tomada como princípio fundamental do regime jurídico da relação Igreja-Estado, o que daria ensejo a um Estado democrático de liberdade religiosa.

Assim, o Estado não deve ser neutro, nem estar absolutamente separado, nem ser estranho perante a religião, mas antes deve ser sensível à relevância social positiva do fenômeno religioso.

Deste modo, o modelo adequado é o da não identificação (separação) com cooperação, por somente ele satisfazer as exigências das diversas dimensões da liberdade religiosa. A cooperação é uma decorrência da liberdade religiosa. É um modelo de independência e cooperação, sem discriminação e sem coerção.

O modelo cooperativo enseja o ensino religioso em escolas públicas. Isso tem base em uma valoração positiva do fenômeno religioso, de onde surge o compromisso em não remeter esse fenômeno exclusivamente para o plano privado e individual, permitindo seu acesso à esfera pública, sem que isso resvale em qualquer ofensa à liberdade de religião.

A sociedade pluralista deve, necessariamente, ser uma sociedade tolerante com o diferente, inclusive na questão religiosa e mesmo dentro da escola, não sendo um caminho seguro se pretender eliminar a convivência entre os diferentes como forma de assegurar um pseudopluralismo.

Assim, conclui-se com uma análise coincidente com o acórdão do Supremo Tribunal Federal do Brasil na ADI nº 4439, haja vista que a mesma não leva à um estado arbitrário de promoção de determinado modelo de vida no aspecto religioso, mormente porque estabeleceu condições equitativas a todas as religiões e credos para serem lecionados na escola pública, sem exclusão, sem favorecimento e sem discriminação. A decisão promove a necessidade de tolerância, preserva a laicidade e a liberdade religiosa, sendo que a relação entre Estado e Igreja não resvala em qualquer promiscuidade, mantendo-se uma neutralidade sadia e colaborando para o Estado Democrático de Direito.

7.REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADRAGÃO, Paulo Pulido. *A liberdade religiosa e o Estado*. (dissertação de doutoramento) Coimbra: Almedina, 2002.

AHDAR, R./LEIGH, I. *Religious Freedom in the Liberal State*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol 1, 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *A Constituição Federal Comentada*, 3ª. ed., J. Konfino – Editor, 1959.

CHAPLIN, Jonathan. *Talking God: The legitimacy of Religious Public Reasoning*. London: Theos, 2008.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. De Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FERRER ORTIZ, J. (Coord.), *Derecho Eclesiástico del Estado Español*, Pamplona, EUNSA, 6ª edição, Pamplona, EUNSA, 2007.

GONDIM, Larissa Cristine Daniel. *O conceito de neutralidade: aspectos políticos e jurídicos*. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=798e5a5dc5f4a19a>, acesso em: 24/04/2022.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Direito, religião e sociedade no Estado Constitucional*. Lisboa: IDILP, 2012.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. (trad. A. Ribeiro Mendes), 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

_____. "A jurisprudência constitucional portuguesa diante das ameaças à liberdade religiosa". in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 82 (2006), p. 65-134.

MARTELO, Bruno. *Neutralidade e liberdade religiosa: a porta que Achbita abriu e que Bougnaoui não fechou*. Comentários ao Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Seção) de 14 de março de 2017. Disponível em: https://www.academia.edu/40037454/NEUTRALIDADE_E_LIBERDADE_RELIGIOSA_A_porta_que_Achbita_abriu_e_que_Bougnaoui_n%C3%A3o_fechou_-_Coment%C3%A1rio_ao_Ac%C3%B3rd%C3%A3o_do_Tribunal_de_Justi%C3%A7a_Grande_Sec%C3%A7%C3%A3o_de_14_de. Acesso em: 23/04/2022.

MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier. *Religion and Law in Spain*. 2ª ed., Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International B.V., 2018.

MIRANDA, Jorge. *Direitos fundamentais*. 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2017.

NOONAN, JR., John V./GAFFNEY, Edward Mcglynn G., Jr., *Religious Freedom: History, Cases, and Other Materials on the Interaction of Religion and Government*. 3ª ed. New York: Foundation Press, 2011.

PORTO, Larissa Cristine Gondim. *Uma teoria sobre tolerância: o conceito de tolerância na formação dialética da subjetividade*. (Tese de doutorado apresentado à Universidade Federal de São Carlos), São Carlos, 2019, 289 págs., disponível em: <https://repositorio.ufscar.br/bitstream/handle/ufscar/11777/Larissa%20C.%20G.%20Porto.%20Tese%20completa.%20Dep%c3%b3sito.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 26/04/2022.

RAIMUNDO, Miguel Assis, "Direito Administrativo da Religião", in OTERO, P. e GONÇALVES, P. (Org.), *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Vol. VI, Livraria Almedina, Coimbra, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Liberdade religiosa e dever de neutralidade estatal na Constituição Federal de 1988*. Consultor Jurídico, 10/07/2015, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jul-10/direitos-fundamentais-liberdade-religiosa-dever-neutralidade-estatal-constituicao-federal-1988>. Acesso em: 22/04/2022.

SIQUEIRA, Natércia Sampaio; SIQUEIRA, Marcelo Sampaio. *Laicidade, neutralidade e igualdade: ensino religioso em escolas públicas*. RJLB, Ano 6 (2020), nº 5. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/5/2020_05_1753_1779.pdf. Acesso em: 22/04/2022.

STRUCHINER, Noel. "Indeterminação e objetividade. Quando o direito diz o que não queremos ouvir". *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. Ronaldo Porto Macedo Júnior; Catarina Helena Cortada Barbieri (orgs.). São Paulo: Saraiva, 2011.

WILLIAMS, Rowan. *Secularism, Faith and Freedom*. Palestra do Arcebispo proferida na Pontifícia Academia de Ciências Sociais. Roma, 2006. Disponível em: https://virtueonline-org.translate.google/vatican-city-secularism-faith-and-freedom-rowan-williams?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=pt&_x_tr_hl=pt-PT&_x_tr_pto=sc. Acesso em: 21/04/2022.

A FUNÇÃO SOCIAL DOS DIREITOS AUTORAIS NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

LUISA LEMOS FERREIRA:

Advogada. Graduação na Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. Pós Graduação em Direito Penal pelo Instituto Damásio de Jesus.

RESUMO: O exercício do direito de propriedade precisa estar vinculado às suas finalidades econômicas e sociais, de modo a consagrar o princípio da função social como elemento indissociável do conceito de propriedade. O mesmo raciocínio deve ser aplicado aos direitos autorais. O direito do autor sobre a obra não pode ser considerado como absoluto, sobrepondo-se sempre e em quaisquer circunstâncias aos interesses da coletividade. A função social, nos direitos autorais, está representada pelas limitações, que configuram hipóteses de utilização da obra protegida sem a necessidade de autorização ou remuneração ao autor, previstas nos artigos 46, 47 e 48 da Lei nº 9.610/98. Para que a função social tenha incidência efetiva no âmbito do direito autoral, a doutrina considerou necessário que as limitações fossem interpretadas de forma extensiva. Para além das hipóteses previstas na Lei, as limitações devem abarcar também outras situações em que os direitos coletivos se sobreponham aos individuais, e não apenas as taxativamente descritas nos mencionados artigos, de forma a consagrar o princípio da função social e sua direta aplicabilidade na Lei de Direitos Autorais. O direito patrimonial do titular sobre a obra precisa, à luz do caso concreto, ser ponderado com outros direitos também fundamentais, como o direito à educação e o acesso à cultura. Desta forma, fez-se necessário o estudo da atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, com o fito de verificar o sentido e alcance da função social nos direitos autorais e como a práxis dos tribunais incorporaram as análises, reflexões e propostas doutrinárias.

Palavras-chave: função social; direitos autorais; limitações; direitos fundamentais.

ABSTRACT: The exercise of property right needs to be tied to its economic and social purposes, in order to enshrine the principle of social function as an indissociable element of the concept of ownership. The same knowledge must be applied to the copyright. The author's rights on his work cannot be regarded as absolute, overlapping always and in any circumstances the community's interests. The social function, in copyright, is represented by the limitations to copyright, which constitute possibilities of using a protected work without an authorization or payment to the rightholder, provided for in article 46, 47 and 48 of law no. 9.610/98. With the purpose of providing to social function its effective

incidence on copyright, the doctrine considered necessary that the limitations be interpreted in an extensive way. In addition to the cases established by law, the limitations must embrace other situations in which the community rights overlap the individual ones, and not only the categorically prescribed by law, in order to enshrine the social function and its direct applicability in law no. 9.610/98. The right of the author on his work needs, in the light of the particular case, to be weighted with other also fundamental rights, such as the right to education and the access to culture. Therefore, it was necessary the study of the current jurisprudence of Brazilian's Superior Court of Justice, with the aim to verify the meaning and extent of the social function in copyright, just as how the courts' praxis embodied the analyses, reflections and the proposals of the doctrine.

Keywords: social function; copyright; limitations; fundamental rights.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 – A FUNÇÃO SOCIAL DOS DIREITOS AUTORAIS. 1.1 A proteção jurídica dos Direitos Autorais. 1.2 As limitações aos direitos autorais. 1.3 Direitos do autor e usos livres: uma perspectiva de ponderação de direitos fundamentais. 2 – A FUNÇÃO SOCIAL DOS DIREITOS AUTORAIS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2.1 A representação teatral e a execução musical, para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino (art. 46, VI, da Lei de Direitos Autorais). 2.1.1 Recurso Especial nº 964.404 – ES. 2.1.2 Agravo Regimental no Recurso Especial nº 685.885 – SP. 2.1.3 Recurso Especial nº 1.416.758 – RS. 2.1.4 Agravo em Recurso Especial nº 270.923 – SP. 2.1.5 Recurso Especial 1.575.225 – SP. **CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.**

INTRODUÇÃO

Constituindo verdadeira bússola do ordenamento jurídico, a Constituição de 1988 teve papel fundamental na construção de um novo modo de se enxergar as relações jurídicas privadas. Dotados de força normativa, os princípios e valores presentes na Lei Maior passaram a ter aplicabilidade direta e imediata no direito infraconstitucional. Por conseguinte, a estrutura da ordem jurídica foi alterada, voltando-se para a realização do existencial e consagração da dignidade da pessoa humana, prevista como fundamento da República.

Os direitos fundamentais, nessa toada, ganharam eficácia horizontal nas relações de direito privado, e o ordenamento jurídico, necessariamente, teve que se alinhar à perspectiva humanista trazida pela Constituição e à axiologia por ela irradiada.

Prevista no inciso XXII do artigo 5º da Constituição Federal, a garantia da propriedade é concebida como direito fundamental. No inciso subsequente, é igualmente

consagrada como fundamental a função social da propriedade. Abandonando a concepção, adotada sob a égide do Código Civil de 1916, de direitos antagônicos, a função social e a propriedade tornaram-se elementos indissociáveis. A propriedade, portanto, será apenas merecedora de tutela enquanto cumprir a sua função social.

Neste sentido, a função social, direito fundamental que condiciona o uso da propriedade à sua observância, possui grande relevância quando aplicada aos direitos autorais. Compreender a função social nos direitos autorais significa verificar hipóteses de utilização da obra pela coletividade sem restrições, o que implica maior desenvolvimento cultural, científico e tecnológico, ampliando-se a transmissão do saber.

A Lei de Direitos Autorais, que objetiva assegurar a proteção do autor e de suas obras, precisa estar em consonância com a Constituição Federal e os direitos fundamentais. Desta forma, as limitações, que representam porta de entrada dos direitos fundamentais nas relações de direito autoral, devem ser analisadas sob a ótica da axiologia constitucional, principalmente no que concerne à função social. Assim, a presente pesquisa defende que as limitações aos direitos autorais devem ser interpretadas de forma extensiva, de modo que outros valores constitucionais, que representem os interesses da coletividade, possam estar em condições de equilíbrio com os direitos autorais.

O primeiro capítulo inicia-se com a análise da proteção jurídica do direito autoral na legislação infraconstitucional brasileira, traçando-se breves explicações conceituais acerca dos direitos morais e patrimoniais do autor. Após, são estudadas as limitações aos direitos autorais, previstas nos artigos 46, 47 e 48 da Lei 9.610/98, que representam a incidência da função social no referido diploma, sendo também trazidas as divergências doutrinárias acerca da interpretação de tais limitações, se realizada de forma extensiva ou restritiva. Conforme já exposto, defende-se, neste trabalho, que a interpretação mais adequada com a metodologia civil-constitucional é a extensiva, que concebe o rol legalmente previsto das limitações como exemplificativo. Por fim, é analisada a necessidade do uso da técnica de ponderação nas hipóteses de utilização da obra em que há colisão entre o direito patrimonial do autor e outros direitos igualmente fundamentais, como o direito à educação e o acesso à cultura.

Já no segundo capítulo, é estudada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, com o escopo de se analisar, nas decisões por ele proferidas, o alcance do princípio da função social nos direitos autorais. Assim, será verificado como o referido Tribunal tem realizado a ponderação entre os direitos da coletividade e as pretensões patrimoniais do autor, averiguando-se, ainda, se a interpretação por ele conferida às limitações ocorre de forma extensiva ou restritiva.

1 – A FUNÇÃO SOCIAL DOS DIREITOS AUTORAIS

1.1 A proteção jurídica dos Direitos Autorais

Os direitos de autor são aqueles conferidos ao criador da obra literária, artística ou científica. Regulados juntamente com os direitos que lhes são conexos²⁵⁶ pela Lei de Direitos Autorais – Lei 9.610/98, possuem como objetivo central a proteção jurídica à expressão das ideias.²⁵⁷

Tutela-se, necessariamente, criações de espírito, formas de expressão, não havendo qualquer proteção a planos, ideias e conceitos abstratamente considerados. Importante destacar, nesse sentido, que a obra intelectual protegida se distingue do suporte físico no qual ela se incorpora. Assim,

o bem protegido no seio dos direitos autorais é a imaterialidade da obra, não o seu suporte. O bem físico projeta a imaterialidade, tornando-a perceptível aos sentidos. Esta proteção é dependente de sua exteriorização, devendo-se distinguir entre o ato criativo e a criação objetivada, pois apenas esta recebe proteção jurídica.²⁵⁸

A proteção de tais criações faz-se pela outorga de um exclusivo, reservando-se a atividade de exploração econômica de determinada obra para o seu titular.²⁵⁹ Deste modo,

se visa compensar o autor pelo contributo criativo trazido à sociedade. Por isso esta aceita o ônus que representa a imposição do exclusivo. Todo o direito intelectual é assim acompanhado da consequência negativa de coarctar a fluidez na comunicação social, fazendo surgir barreiras e multiplicando as reivindicações. A liberdade de utilização de bens culturais, mesmo que não movida por

²⁵⁶ Os direitos conexos são aqueles cujos titulares são os artistas intérpretes ou executantes, produtores fonográficos ou empresas de radiofusão, aos quais as normas relativas aos direitos de autor aplicar-se-ão no que couber, consoante o disposto no artigo 89 da Lei 9.610/98.

²⁵⁷ BARBOSA, Denis Borges. *Direito Autoral e liberdade de expressão: estudos de direito*. 2005. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/geiger.pdf>>. p. 95. Acesso em: 20 de setembro de 2018.

²⁵⁸ DE SOUZA, Allan Rocha. *A Função Social dos Direitos Autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica*: Brasil: 1988-2005. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006. p. 13-14.

²⁵⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2. ed., ref. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar. 1997. p. 03.

fim lucrativo, fica assim entravada, porque contende com o exclusivo de exploração.²⁶⁰

A proteção constitucional dos direitos autorais no Brasil teve início com a Constituição da República de 1891, que foi a pioneira a tratar da matéria, tratando, em seu artigo 72, § 26, do direito exclusivo de reprodução dos autores e a proteção dos herdeiros. Ressalte-se que é este mesmo texto, ainda que com pequenas alterações, que consta em nossa atual Carta²⁶¹, tendo apenas a Constituição de 1937 o omitido²⁶².

No âmbito do direito infraconstitucional, foi editada, em 1898, a Lei nº 496, a qual dá início à regulamentação interna dos direitos autorais, não obstante a matéria já viesse sendo tratada na seara criminal desde 1830.²⁶³

O Código Civil de 1916 abordou a matéria de maneira mais pormenorizada, dedicando um capítulo do diploma à proteção de Direitos Autorais, sob o título “Da propriedade Literária, Científica e Artística”, regulada nos artigos 649 a 743, optando o legislador pelo uso da palavra “propriedade” à expressão “direito de autor”.²⁶⁴ Conforme observado por Hermano Durval, o Código Civil, ao colocar os direitos do autor na categoria do direito das coisas, se distanciou dos países *leaders*, os quais já tratavam a matéria como lei especial, ou seja, fora do direito comum.²⁶⁵

²⁶⁰ *Ibid.*, p. 03-04.

²⁶¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Artigo 5º, XXVII: “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 de setembro de 2018.

²⁶² ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2. ed., ref. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar. 1997. p. 11-12.

²⁶³ O Código Criminal do Império, em seu artigo 261, dispunha: “Imprimir, gravar, lithographar, ou introduzir quaesquer escriptos, ou estampas, que tiverem sido feitos, compostos, ou traduzidos por cidadãos brasileiros, enquanto estes viverem, e dez annos depois da sua morte, se deixarem herdeiros. Penas - de perda de todos os exemplares para o autor, ou traductor, ou seus herdeiros; ou na falta delles, do seu valor, e outro tanto, e de multa igual ao tresdobro do valor dos exemplares. Se os escriptos, ou estampas pertencerem a Corporações, a prohibição de imprimir, gravar, lithographar, ou introduzir, durará sómente por espaço de dez annos”.

²⁶⁴ SOUZA, Allan Rocha de. *A Função Social dos Direitos Autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica. Brasil: 1988-2005*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006. p. 60-61.

²⁶⁵ DUVAL, Hermano. *Direitos Autorais nas Invenções Modernas: Doutrina, Jurisprudência e Legislações Comparadas*. Rio de Janeiro: Editora Andes, 1956. p. 08.

Após a entrada em vigor do Código Beviláqua, foram ainda editados alguns diplomas com o fito de regular a matéria. Tem-se como exemplo o Decreto 4.790 de 1924, que definiu os direitos autorais, o Decreto 5.492 de 1928, o qual regulou a organização das empresas de diversão e a locação de serviços teatrais, o Decreto-Lei 21.111, de 1932, que versou sobre a execução de serviços de radiocomunicação em todo o território nacional²⁶⁶, bem como a Lei 4.944 de 1966, regulamentada pelo Decreto nº 61.123 de 1967, tratando da matéria dos direitos conexos ao direito de autor.

Em 1973 foi editada a Lei 5.988, composta por 134 artigos, objetivando regular os direitos autorais. Pela primeira vez, portanto, os direitos autorais passaram a ser regulados por um único diploma legal.

O mencionado estatuto vigorou até 19 de fevereiro de 1998, quando foi aprovada a Lei de Direitos Autorais - Lei 9.610/98 – a qual regula até a atualidade, no ordenamento jurídico brasileiro, os direitos do autor e os que lhes são conexos, consoante previsto no artigo 1º do mencionado diploma, substituindo a Lei anterior.

Em seu artigo 7º, a Lei 9.610/98 prevê um rol – exemplificativo, ressalte-se - de obras protegidas pelos direitos autorais, informando, logo no artigo seguinte, as criações que não constituem objeto de proteção da Lei.

No momento da criação da obra, surgem para o autor dois feixes de direitos: os morais e patrimoniais. Assim,

o direito de autor representa uma relação de natureza pessoal, porque o objeto dêste direito constitui sob certos aspectos uma representação, ou uma exteriorização, uma emanção da personalidade do autor; representa, por outro lado, uma relação de direito patrimonial, enquanto a obra intelectual é, ao mesmo tempo, tratada pela lei como um bem econômico. O direito de autor representa, pois, um poder de domínio (potere di signoria) sôbre um bem intelectual (jus is re intellectuali), o qual, pela natureza especial dêste bem, abrange, no seu conteúdo, faculdades de ordem pessoal e faculdades de ordem patrimonial.²⁶⁷

²⁶⁶ BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. *Direitos autorais na internet e o uso de obras alheias*. Rio de Janeiro: Lumen Iures, 2007. p. 20.

²⁶⁷ CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado de Propriedade Industrial*. v. I. Rio de Janeiro: Forense. p. 112.

Os direitos morais, de natureza extrapatrimonial, traduzem o vínculo existente entre o criador e sua obra. Considerados inalienáveis e irrenunciáveis, encontram-se regulados entre os artigos 24 e 27 do diploma em comento e referem-se aos direitos de paternidade²⁶⁸, comunicação²⁶⁹, integridade²⁷⁰ e acesso²⁷¹. Também é reconhecido tal vínculo no plano internacional²⁷², merecendo especial destaque a Convenção de Berna que, em seu artigo 6 bis, dispõe que, “independentemente dos direitos patrimoniais do autor, e mesmo depois da cessão dos citados direitos, o autor conserva o direito de reivindicar a paternidade da obra e de se opor a toda deformação, mutilação ou outra modificação dessa obra, ou a qualquer dano à mesma obra, prejudiciais à sua honra ou à sua reputação”.²⁷³

Os direitos patrimoniais, mencionados no artigo 29 da Lei de Direitos Autorais, conferem ao seu titular o aproveitamento econômico da obra protegida. Tais possibilidades “são ilimitadas e incluem essencialmente os direitos de reprodução e representação da obra”²⁷⁴. Ao contrário do que ocorre com os direitos morais, os

268 BRASIL. Lei nº 9.610, de 1998. Art. 24, I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra; II - o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em: 25 de setembro de 2018.

269 BRASIL. Lei nº 9.610, de 1998. Art. 24, III - o de conservar a obra inédita; VI - o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em: 25 de setembro de 2018.

270 BRASIL. Lei nº 9.610, de 1998. Art. 24, IV - o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-la, como autor, em sua reputação ou honra; V - o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em: 25 de setembro de 2018.

271 BRASIL. Lei nº 9.610, de 1998. Art. 24, VII - o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em: 25 de setembro de 2018.

272 Exemplificativamente, tem-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que trata dos direitos morais do autor em seu artigo 27, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que aborda a matéria em seu artigo 15, e o WPPT (Wipo Performers and Phonograms Treaty), que regulamenta tais direitos em seu artigo 5º.

273 BRASIL. Decreto nº 75.699, de 1975. Artigo 6 bis. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d75699.htm>. Acesso em: 24 de setembro de 2018.

274 SOUZA, Allan Rocha de. Os limites dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional. *Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI*. Disponível em:

patrimoniais são disponíveis. Carlos Alberto Bittar os define como “aqueles referentes à utilização econômica da obra, por todos os processos técnicos possíveis. Consistem em um conjunto de prerrogativas de cunho pecuniário que, nascidas também com a criação da obra, manifestam-se, em concreto, com a sua comunicação ao público”²⁷⁵.

A Constituição de 1988, em seu artigo 5º, incisos XXVII e XVIII, confere proteção aos direitos de utilização econômica da obra. Enquanto o primeiro assegura ao autor o direito exclusivo de utilização durante a sua vida e após a sua morte, por tempo limitado, o inciso XXVIII dispõe que são assegurados, nos termos da lei

- a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;
- b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas.

Embora a Carta Magna não disponha, expressamente, sobre os direitos do autor de ordem moral, entende-se que o seu fundamental constitucional se encontra na dignidade da pessoa humana. Não obstante,

a despeito da consagração direta dos direitos pessoais do autor em sede constitucional em razão da proteção integral da pessoa humana, e sua inserção direta no ordenamento pátrio via tratados internacionais de direitos fundamentais, carece a nossa Constituição da normatização específica no que tange aos direitos morais do autor, e, neste aspecto, continua válida a crítica feita por Carlos Alberto Bittar, na época da Constituinte, de que “a par da sacção dos direitos patrimoniais a nível constitucional, teríamos também a consagração dos direitos denominados ‘morais’, a fim de completar-se o sistema protetivo dos direitos intelectuais”.²⁷⁶

<<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/153.pdf>>. p. 02. Acesso em: 25 de setembro de 2018.

275 BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 2004. p. 49.

276 SOUZA, Allan Rocha de. Os direitos morais do autor. *civilistica.com*, a. 2., n. 1., 2013. p. 15.

Têm os direitos autorais, portanto, uma natureza híbrida, a qual abrange os direitos morais, relacionados à personalidade do autor, e os patrimoniais. Importante destacar, nesse sentido, o entendimento de Sérgio Branco, segundo o qual

embora tenham caráter real, os direitos patrimoniais constituem, no mínimo, tipo especial de propriedade. Inserindo-se entre os direitos de propriedade intelectual, apresentam diversas características atribuídas à propriedade: são alienáveis, penhoráveis, prescritíveis. No entanto, e ao contrário do que normalmente ocorre com a propriedade, não podem ser perpétuos, já que a LDA fixa prazo máximo para seu titular e sucessores usufruírem patrimonialmente dos direitos decorrentes da criação intelectual.²⁷⁷

Conforme se observa do art. 5º, XXVII e XXVIII, da Constituição Federal, os direitos autorais encontram-se dentro do contexto constitucional de proteção das propriedades. Por conseguinte, devem ser conformados, da mesma forma, à função social da propriedade.

Ainda persiste parte da doutrina tradicional a compreender os direitos autorais como um monopólio concedido em favor do autor. Tal entendimento, no entanto, não merece prosperar, haja vista que

fosse o monopólio absoluto, restaria prejudicado o acesso à cultura, ao desenvolvimento, à livre circulação de idéias. Isso contraria frontalmente a prática, já que os autores precisam recorrer ao repositório cultural comum para criar. E limitações severas tornariam a utilização desse repositório ainda mais escassa.²⁷⁸

É inquestionável a importância econômica dos direitos autorais. A proteção jurídica conferida às obras literárias, artísticas ou científicas torna-se um estímulo à criação. Como observado por Sérgio Vieira Branco Júnior, caso a reprodução fosse tolerada sem quaisquer restrições, o aproveitamento econômico da obra poderia ser prejudicado.²⁷⁹

277 BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. *Direitos autorais na internet e o uso de obras alheias*. Rio de Janeiro: Lumen Iures, 2007. p. 31.

278 BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. *Direitos autorais na internet e o uso de obras alheias*. Rio de Janeiro: Lumen Iures, 2007. p. 47.

279 *Ibid.*

No entanto, faz-se imperioso destacar que a exclusividade do uso não é absoluta ou ilimitada, vez que tais direitos já surgiram limitados no tempo e alcance.²⁸⁰ Assim,

da mesma forma que não é possível permitir o livre e irrestrito uso das obras alheias na elaboração de novas obras, também não é possível vetar de modo absoluto todo e qualquer uso da obra de terceiros, já que esse extremo impediria, de maneira muito mais acentuada e perniciosa, o desenvolvimento social.²⁸¹

A restrição injustificada ou excessiva ao acesso é, portanto, espúria, “na medida em que ofende os princípios democráticos, pois permite o autoritarismo cultural dos titulares dos bens de acesso restrito”.²⁸²

Nas lições de Carlos Affonso Pereira de Souza, “ao criar uma tutela para os direitos autorais, o ordenamento jurídico pretenderia criar um equilíbrio entre interesses de natureza pública e privada”²⁸³. Os interesses privados se encontrariam na recompensa a autores e titulares de direitos autorais pela criação intelectual e sua exploração, a qual geralmente se materializa em retorno financeiro, como modo de incentivar a continuidade da produção autoral. Os interesses públicos existentes na tutela autoral podem ser notados na própria função promocional, vez que a criação intelectual colabora para o aumento do patrimônio cultural ao qual a coletividade poderá ter acesso.²⁸⁴ No entanto,

não se pode imaginar que o atendimento de interesses coletivos apenas possa ser produzido de forma tão indireta, como uma consequência de os interesses privados serem efetivamente preservados e desenvolvidos através de uma série de incentivos. A demanda por acesso ao conhecimento precisa ser reconduzida ao próprio cerne da proteção da autoral, compondo assim o equilíbrio com os interesses privados. Essa empreitada é guiada geralmente pela afirmação de que o exercício do direito de exclusividade,

²⁸⁰ *Ibid.*

²⁸¹ BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. *Direitos autorais na internet e o uso de obras alheias*. Rio de Janeiro: Lumen Iures, 2007. p. 63.

²⁸² SOUZA, Allan Rocha. *Op. cit.*, p. 129.

²⁸³ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. O domínio público e a função social do direito autoral. *Liinc em Revista*, v.7, n.2, setembro 2011, Rio de Janeiro. p. 665.

²⁸⁴ *Ibid.*

derivado da função promocional, não é absoluto, encontrando restrições intrínsecas, ou seja, dentro da própria conformação do direito autoral.²⁸⁵

É nesse cenário que a Lei de Direitos Autorais prevê as hipóteses de utilização da obra que independem de qualquer autorização do autor, representando verdadeira hipótese do princípio da função social sendo aplicado aos direitos autorais. Não obstante a Lei 9.610/98 confira ao autor direitos patrimoniais que o possibilitam ser remunerado por sua criação, o acesso à cultura e desenvolvimento social não podem ser totalmente marginalizados em prol das pretensões econômicas do titular. Ao contrário, tais valores devem ser devidamente ponderados quando confrontados com os direitos do autor, de modo a buscar sempre o alcance da função social dos direitos autorais.

1.2 As limitações aos direitos autorais

O exercício do direito de propriedade precisa estar vinculado às suas finalidades econômicas e sociais, de modo a consagrar o princípio da função social como aspecto interno redefinidor do núcleo de poderes do proprietário.²⁸⁶ O mesmo raciocínio deve ser aplicado aos direitos autorais. O direito do autor sobre a obra não pode ser considerado como absoluto, sobrepondo-se sempre e em quaisquer circunstâncias aos interesses dos destinatários da obra ou os da coletividade como um todo.

A função social dos direitos autorais encontra-se representada pelas limitações previstas nos artigos 46, 47 e 48 da Lei 9.610/98, as quais configuram hipóteses de utilização de obras sem a necessidade de autorização ou remuneração ao autor.

Da atenta análise dos mencionados dispositivos, verifica-se a valorização, pelo legislador, do direito à informação, em determinadas situações, em detrimento das pretensões autorais. O artigo 46, em seu inciso I, alínea *a*, dispõe não constituir ofensa aos direitos autorais a reprodução, na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo, publicados em jornais ou periódicos, desde que com a menção do nome do autor e da publicação de onde foram transcritos, enquanto a alínea *b* dispõe que não constitui ofensa a reprodução, em diários ou periódicos, de discursos pronunciados em reuniões públicas. Em ambas as hipóteses, nota-se claramente o incentivo à livre circulação de informações, condicionada, contudo, à indicação do autor do trecho reproduzido.

²⁸⁵ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. O domínio público e a função social do direito autoral. *Liinc em Revista*, v.7, n.2, setembro 2011, Rio de Janeiro. p. 665.

²⁸⁶ TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao Código Civil: Direito das Coisas (arts. 1.196 a 1.276)*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 235-246.

Merece também destaque o inciso III do artigo 46, o qual possibilita a citação em livros, jornais, revistas, ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, com a finalidade de estudo, crítica ou polêmica. Verifica-se aqui a priorização não só do direito à informação, como também o estímulo ao acesso à cultura e, conseqüentemente, à criação de um ambiente de debate, raciocínio crítico e de propagação de conhecimentos e opiniões. Nesta hipótese, mais uma vez, o legislador condiciona o uso livre à citação do nome do autor e da origem da obra.

Portanto, para que as referências estejam de acordo com a legislação, é essencial que se atribua crédito aos autores da obra mencionada,

uma vez que os créditos de uma obra são expressões do direito de personalidade, que assegura, entre outras coisas, a paternidade da obra e o direito a este reconhecimento, devendo sempre, em quaisquer circunstâncias, ser atribuído, sob pena de ser responsabilizado civilmente por danos morais.²⁸⁷

A possibilidade de reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, também é estímulo à produção cultural e ao intercâmbio de informações. Ressalte-se que tal permissão possui limites, na medida em que o artigo 46, inciso VIII, dispõe que, nessa hipótese, a reprodução em si não deve ser o objetivo principal da obra e não deve prejudicar a sua exploração normal, tampouco causar prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor. Utilizou o legislador, nesse sentido, um critério de ponderação no estabelecimento da limitação, tendo em vista que o uso livre dos trechos de obra não pode prejudicar sua exploração comercial.

No âmbito do direito à educação, o artigo 46, em seu inciso II, aduz que não constitui ofensa aos direitos autorais o apanhado de lições em estabelecimentos de ensino por aqueles a quem elas se dirigem, sendo vedada sua publicação sem autorização prévia e expressa de quem as ministrou. Desta forma, na hipótese de um aluno transcrever a gravação de uma aula ou palestra, a publicação das lições só poderá ocorrer mediante autorização de quem as ministrou.

Outra hipótese em que é colocado em relevância o direito à educação e o acesso à cultura é a do inciso VI do mencionado artigo, em que se permite a representação teatral

²⁸⁷ SOUZA, Allan Rocha de. Os limites dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional. *Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI*. p. 03-04. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/153.pdf>>. Acesso em: 04 de outubro de 2018.

e a execução musical nos estabelecimentos de ensino, para fins exclusivamente didáticos. Há, neste dispositivo, uma relação dos espaços públicos e privados com a finalidade educativa, afastando-se, ao mesmo tempo, a possibilidade de se utilizar obra alheia economicamente sem autorização do autor.²⁸⁸

Além dos casos acima mencionados, a Lei de Direitos Autorais prevê também outras hipóteses em que o interesse público se sobrepõe ao interesse do autor da obra. São elas a reprodução de retratos, feitos sob encomenda, realizada pelo proprietário do objeto encomendado²⁸⁹; a reprodução de obras em Braille para uso de deficientes visuais²⁹⁰; a utilização de obras para produzir prova judiciária ou administrativa²⁹¹, ou em estabelecimentos comerciais exclusivamente para demonstração à clientela²⁹². Neste último caso, a autorização decorre do uso não comercial da obra em si, mesmo que haja uma finalidade comercial transversa.²⁹³ Pode, portanto, um estabelecimento comercial reproduzir em televisão exposta à venda determinado filme, protegido por direito autoral, com a única finalidade de anunciar e demonstrar o produto ofertado à clientela, já que a obra exibida possui papel secundário, constituindo meio para divulgar o aparelho.

Também são livres as paráfrases e paródias, nos termos do artigo 47, desde que não configurem reprodução da obra originária e não lhe implique descrédito, sendo também

288 SOUZA, Allan Rocha de. Os limites dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional. *Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI*. p. 04. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/153.pdf>>. Acesso em: 04 de outubro de 2018.

289 BRASIL. Lei nº 9.610, de 1998. Art. 46, I, c - de retratos, ou de outra forma de representação da imagem, feitos sob encomenda, quando realizada pelo proprietário do objeto encomendado, não havendo a oposição da pessoa neles representada ou de seus herdeiros. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em: 04 de outubro de 2018.

290 BRASIL. Lei nº 9.610, de 1998. Art. 46, I, d - de obras literárias, artísticas ou científicas, para uso exclusivo de deficientes visuais, sempre que a reprodução, sem fins comerciais, seja feita mediante o sistema Braille ou outro procedimento em qualquer suporte para esses destinatários. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em: 04 de outubro de 2018.

291 BRASIL. Lei nº 9.610, de 1998. Art. 46, VII - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas para produzir prova judiciária ou administrativa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em: 04 de outubro de 2018.

292 BRASIL. Lei nº 9.610, de 1998. Art. 46, V - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas, fonogramas e transmissão de rádio e televisão em estabelecimentos comerciais, exclusivamente para demonstração à clientela, desde que esses estabelecimentos comercializem os suportes ou equipamentos que permitam a sua utilização. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em: 04 de outubro de 2018.

293 BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. *Direitos autorais na internet e o uso de obras alheias*. Rio de Janeiro: Lumen Iures, 2007. p. 66.

permitida a livre representação, por meio de pinturas, desenhos, fotografias e procedimentos audiovisuais, de obras situadas permanentemente em logradouros públicos, conforme preceitua o artigo 48.

O objetivo principal da função social nos direitos autorais é “a limitação da utilização social dos bens intelectuais pelo titular, em razão de diversos interesses da coletividade”.²⁹⁴ Esta realidade decorre da superação, ao longo do século XX, do patrimonialismo e individualismo estrito e influências liberais, pelo alargamento da concepção sobre o desenvolvimento humano e pela preocupação de preservação de suas qualidades intrínsecas.²⁹⁵

A reflexão direta do princípio da função social sobre todo o tecido normativo infraconstitucional decorre do acolhimento da ideia de unidade do ordenamento jurídico, segundo a qual “cada ordenamento tem uma norma fundamental e é essa norma fundamental que dá unidade a todas as outras normas, isto é, faz das normas espalhadas e de várias proveniências um conjunto unitário que pode ser chamado ‘ordenamento’”.²⁹⁶

Os valores da Constituição, como já exposto, são fundamento de validade do ordenamento, devendo, logicamente, se estender a todas as normas do ordenamento jurídico. É nesse sentido que o respeito à função social se torna um imperativo no âmbito das relações de propriedade, sob pena “de se admitir a concepção de um *mondo in frammenti*, logicamente incompatível com a ideia de sistema unitário”.²⁹⁷

A prioridade atribuída à pessoa humana por nossa Carta Magna funcionalizou os institutos de direito privado à realização de valores sociais, e a atividade econômica passou a ser protegida não em si mesma, mas enquanto instrumento de outros valores de cunho

²⁹⁴ SOUZA, Allan Rocha de. *A Função Social dos Direitos Autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica. Brasil: 1988-2005*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006. p. 282.

²⁹⁵ *Ibid.*, p. 282-283.

²⁹⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. São Paulo-Brasília: UNB-Polis, 1989. p. 49. *apud*. BODIN DE MORAES, Maria Celina. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil*, n. 65, 1993. p. 08

²⁹⁷ BODIN DE MORAES, Maria Celina. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil*, n. 65, 1993. p. 09.

existencial.²⁹⁸ O *ter*, assim, se torna instrumento de realização do *ser*. E os direitos autorais, de forma não diferente, devem ser instrumento para a realização de sua função social.

Não obstante, ao contrário do que ocorreu com o direito civil, onde o fenômeno da despatrimonialização se deu de forma expressiva e remodelou o instituto integralmente à axiologia constitucional, a disciplina de direito autoral ainda possui forte tendência patrimonialista e privatista. Desta forma, nota-se, nos movimentos nacionais de proteção autoral,

uma ampliação do processo de privatização de seus usos, restrição dos usos livres legalmente autorizados, (...) afetando as próprias bases dos direitos autorais (...). Diante disso, vislumbra-se um processo diverso, e não justificado, do que acontece com as demais áreas do direito civil, (...) talvez por seu tardio reconhecimento em comparação com os demais ramos civilísticos, repetindo os direitos autorais agora, com o neo-liberalismo, o período de apogeu da doutrina liberal, em sacrifício dos interesses coletivos que necessariamente o compõem.²⁹⁹

Os interesses da coletividade, com fundamento constitucional, sobre a utilização das obras autorais, são expressos através de três princípios: informação, cultura e educação.³⁰⁰ O denominador comum das limitações inseridas no artigo 46 da Lei de Direitos Autorais é o uso não comercial da obra, valorizando também o diploma o uso com caráter informativo, educacional e social.³⁰¹

Parte da doutrina, seguindo o pensamento de cunho essencialmente patrimonialista dos direitos autorais, entende que as limitações previstas na Lei devem ser interpretadas de forma restritiva. Defende, portanto,

sua interpretação estrita, o caráter *numerus clausus* dos dispositivos legais concernentes, a vedação da analogia neste âmbito e a impossibilidade de extensão das limitações aos direitos morais. Em alguns defensores que se agarram a esta posição de forma mais

²⁹⁸ SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 19.

²⁹⁹ SOUZA, Allan Rocha de. *A Função Social dos Direitos Autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica*: Brasil: 1988-2005. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006. p. 275.

³⁰⁰ *Ibid.*, p. 283.

³⁰¹ BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. *Direitos autorais na internet e o uso de obras alheias*. Rio de Janeiro: Lumen Iures, 2007. p. 66.

aguerrida, chega-se a condicionar o recurso às limitações com o pagamento de uma compensação ou de uma autorização.³⁰²

Eliane Y. Abrão afirma que o rol de limitações é taxativo, pois que esta é uma exceção à regra geral.³⁰³ Demonstrando apego às tradições, Plínio Cabral defende que as limitações são fechadas, não podendo se estender além do que a lei fixou. Afirma, ainda, que a tendência em aumentar o alcance do que a legislação faculta geraria “abusos de toda a natureza”.³⁰⁴ Na mesma linha, Carlos Alberto Bittar aduz que a regra básica é da autorização do autor para qualquer uso econômico da obra, e, portanto, os usos livres da obra devem observar os contornos estabelecidos pelo legislador, em uma interpretação estrita das limitações.³⁰⁵

A argumentação utilizada para a defesa da interpretação restritiva das limitações pauta-se na ideia de que o direito autoral é absoluto e se sobrepõe aos demais direitos que com ele pudessem eventualmente colidir. Também é utilizado como fundamentação o artigo 4º da Lei de Direitos Autorais, segundo o qual os negócios autorais devem ser lidos restritivamente.³⁰⁶ Tal interpretação, no entanto, é equivocada, vez que

se refere às relações de conteúdo estritamente privado, em especial aqueles negócios realizados entre os criadores e os titulares licenciados ou cessionários, afetando a interpretação das transferências de titularidade somente, não alcançando, por óbvio, as situações onde são confrontados interesses de natureza diversa, como os individuais e coletivos, que demandam ponderação.³⁰⁷

302 LEWICKI, Bruno Costa. *Limitações aos direitos de autor: releitura na perspectiva do direito civil contemporâneo*. 2007. 299 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Centro de Ciências Sociais, Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. p. 155.

303 ABRÃO, Eliane Y. Direito Autoral e Propriedade Industrial como Espécies do Gênero Propriedade Intelectual. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 146.

304 CABRAL, Plínio. *A Nova Lei de Direitos Autorais*. 4. ed. São Paulo: Editora Harbra, 2004. p. 70.

305 BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 62-63.

306 SOUZA, Allan Rocha; ALMEIDA Jr., Vitor de Azevedo; SOUZA, Wemerton Monteiro. Os direitos autorais na perspectiva civil-constitucional. *Revista Brasileira de Direito Civil*. Vol. 8. Abr-jun. Instituto Brasileiro de Direito Civil: Curitiba, PR, 2016. p. 17.

307 *Ibid.*

Ademais, como qualquer direito fundamental, o direito de autor não pode ser considerado como absoluto, devendo, no caso concreto, ser ponderado com os demais direitos, de igual estatura, que também incidirem na situação fática.

O entendimento da interpretação restritiva, por conseguinte, não corresponde à metodologia civil-constitucional atualmente adotada, segundo a qual os institutos de direito infraconstitucional devem ser lidos e interpretados à luz da axiologia constitucional. O principal risco do avanço da tendência conservadora “é o bloqueio da atividade criativa, por limitação de acesso à matéria prima da criação, que são outras criações em si, invertendo a própria razão da proteção, que é promover a inovação”³⁰⁸.

Os direitos autorais possuem relação direta com a ideia de liberdade, em razão da liberdade de criação intelectual, tutelada pelo ordenamento. A efetividade do direito de liberdade de criação “será alcançada por dois caminhos: o do acesso e o da liberdade de expressão. O primeiro é pressuposto do segundo. Apenas por meio do acesso às obras intelectuais alheias é que os autores poderão se expressar”.³⁰⁹

Nesse sentido, as limitações, que representam as possibilidades de usos livres da obra protegida, privilegiando os interesses da coletividade, devem ser interpretadas extensivamente, de modo a consagrar a efetiva aplicação da função social, direito fundamental consagrado no artigo 5º, em seu inciso XXIII, da Lei Maior.

Denis Borges Barbosa afirma que as limitações representam uma conciliação entre interesses constitucionais fundamentais, vez que, de um lado, há a esfera moral e patrimonial da criação humana, e de outro, interesses como a proteção à educação, o direito de citação e o direito à informação. Por conseguinte, em suas palavras, as limitações não são exceções, “e sim confronto entre interesses de fundo constitucional. (...) Assim, não é interpretação restrita, mas equilíbrio, balanceamento e racionalidade que se impõe”.³¹⁰ Acrescenta ainda que “uma leitura extensiva das limitações (e, conseqüentemente,

308 SOUZA, Allan Rocha. Os limites dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional. *Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI*. p. 17. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/153.pdf>>. Acesso em: 07 de outubro de 2018.

309 BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. Fundamentos para o domínio público no direito autoral brasileiro. *Liinc em Revista*, v.7, n.2, setembro, 2011, Rio de Janeiro. p. 452.

310 BARBOSA, Denis Borges. *Direito Autoral: apresentações gratuitas*. p. 03. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/88.DOC>>. Acesso em: 15 de setembro de 2018.

restritiva aos direitos de propriedade) se justifica em particular quando o texto literal das limitações se mostra histórica e constitucionalmente injustificável”.³¹¹

Bruno Costa Lewicki indica que, além das limitações já indicadas poderem ser interpretadas de forma extensiva ou aplicadas por analogia, também é possível pensar na existência de limitações não expressamente previstas no rol contido na Lei de Direitos Autorais.³¹²

Também Sérgio Vieira Branco Júnior defende a existência de um rol exemplificativo das limitações aos direitos autorais, trazendo como solução uma reinterpretação da Lei de Direitos Autorais a partir do filtro constitucional. Esta medida teria como vantagens a produção de efeitos imediatos, sem depender de qualquer outro ato, seja por parte do legislador, seja por parte dos detentores dos direitos autorais, podendo abarcar outras situações além daquelas legalmente previstas.³¹³ O autor tece, ainda, uma crítica às hipóteses de limitações apresentadas nos artigos 46, 47 e 48 do diploma:

A LDA não informa que princípios gerais norteiam nosso sistema de limitações. As hipóteses são apresentadas de maneira assistemática, resultando em conjunto evidentemente incompleto, de difícil aplicação prática e que naturalmente não resiste à afirmação de que deve ser interpretado restritivamente.³¹⁴

Nesse sentido, o doutrinador afirma que, embora as limitações existam em número escasso, não existe um fio condutor único das mesmas. Defende, portanto, que melhor seria “o legislador ter se valido de cláusulas gerais no *caput*, tentando identificar nos incisos hipóteses mais flexíveis de limitações aos direitos autorais.³¹⁵

A função social, como já visto, é elemento indissociável do conceito de propriedade, de modo que apenas a propriedade funcionalizada aos interesses socialmente relevantes será tutelada pelo ordenamento jurídico. Por isso, as limitações, que representam a função

311 *Id.*, *Uma introdução à propriedade intelectual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 88.

312 LEWICKI, Bruno Costa. *Limitações aos direitos de autor: releitura na perspectiva do direito civil contemporâneo*. 2007. 299 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Centro de Ciências Sociais, Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. p. 174.

313 BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. Fundamentos para o domínio público no direito autoral brasileiro. *Liinc em Revista*, v.7, n.2, setembro, 2011, Rio de Janeiro. p. 181.

314 *Ibid.*, p. 459.

315 *Ibid.*

social nos direitos autorais, devem ser interpretadas como *numerus apertus*, de modo a retirar do instituto a lógica puramente patrimonial, adequando-o à nova tábua de valores constitucionais.

1.3 Direitos do autor e usos livres: uma perspectiva de ponderação de direitos fundamentais

Compondo a categoria de direitos fundamentais, os direitos autorais, como já demonstrado, não são absolutos. Nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes, “tornou-se pacífico que os direitos fundamentais podem sofrer limitações, quando enfrentam outros valores de ordem constitucional, inclusive outros direitos fundamentais”.³¹⁶ Isto porque “direitos que convivem em harmonia em seu relato abstrato podem produzir antinomias no seu exercício concreto”.³¹⁷

Embora os direitos autorais tenham o nobre objetivo de remunerar os autores pela sua produção intelectual, não podem eles ser impeditivos ao desenvolvimento cultural e social. De acordo com Denis Borges Barbosa, “conjugar os dois aspectos, numa economia capitalista, globalizada e, não bastasse, digital, é função árdua a que devemos, entretanto, nos dedicar”.³¹⁸

As possibilidades de usos livres de uma obra protegida por direitos autorais traduzem verdadeira aplicação do princípio da função social, na medida em que permitem que o direito à educação, informação, o acesso à cultura, e outros direitos que satisfaçam os interesses da coletividade preponderem na situação fática.

Como já demonstrado, o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução do autor encontra apoio no artigo 5º, XXVII, da Constituição Federal, no rol dos direitos fundamentais.

A liberdade de informação, que comumente entra em conflito com a exclusividade do titular da obra, também tem amparo constitucional no artigo 5º, em seu inciso IX, da Lei Maior, o qual dispõe ser livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença. O direito à informação em si

316 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 143.

317 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 356.

318 BRANCO, Sérgio; et. al. *Direitos autorais em reforma*. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Centro de Tecnologia e Sociedade. - Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2011. p. 25.

encontra-se previsto no artigo 5º, inciso XIV, da Constituição Federal, que declara assegurado a todos o acesso à informação.

O acesso à cultura se ampara no artigo 215 da Constituição, o qual aduz que o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. De acordo com José Afonso da Silva, são os direitos culturais reconhecidos na Constituição, que decorrem das normas dos artigos 215 e 215:

(a) direito de criação cultural, compreendidas as criações científicas, artísticas; e tecnológicas; (b) direito de acesso às fontes da cultura nacional; (c) direito de difusão da cultura; (d) liberdade de formas de expressão cultural; (e) liberdade de manifestações culturais; f) direito-dever estatal de formação do patrimônio cultural de proteção dos bens de cultura, que, assim, ficam sujeitos a um regime jurídico especial, como forma de propriedade de interesse público.³¹⁹

Carlos Affonso Pereira de Souza interpreta que o artigo 215 não pode ser considerado apenas como uma norma voltada para o Estado, e sim um vetor de aferição dos comportamentos individuais, estando os particulares também vinculados a estes direitos. Tal raciocínio decorre da própria eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas. Desta forma,

o “pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional”, exigido pelo artigo 215 da Constituição Federal deve ser um valor a ser buscado na proteção autoral, e para tanto não basta o Estado promover políticas públicas orientadas a tal fim, mas também os particulares buscarem no exercício das prerrogativas concedidas pelo ordenamento jurídico atender a essa demanda de ordem social.³²⁰

Ressalte-se que é “somente a partir da formação cultural do indivíduo que este poderá criar suas próprias obras”.³²¹ O acesso à cultura, desta forma, é pressuposto para o fomento da produção criativa.

319 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. Malheiros Editores: São Paulo, 2014. p. 317-318.

320 SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. O domínio público e a função social do direito autoral *Liinc em Revista*, v.7, n.2, setembro 2011, Rio de Janeiro. p. 668.

321 BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. Fundamentos para o domínio público no direito autoral brasileiro. *Liinc em Revista*, v.7, n.2, setembro, 2011, Rio de Janeiro. p. 452.

No que concerne à educação, consagrada em nossa Carta Magna como direito social, o artigo 205 da Constituição Federal afirma que esta é dever do Estado e será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Em seguida, o artigo 206 indica como um dos princípios que informarão o direito de ensino a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber. Denis Borges Barbosa afirma que “o sistema jurídico autoral brasileiro, em comparação com os de outros países, é particularmente negativo quanto ao acesso à educação”³²², o que seria questionável em razão dos dispositivos constitucionais relativos ao acesso à educação e aos bens culturais.³²³

Segundo defende o doutrinador, todo material educacional, em tese, deveria ser de acesso livre e, se possível gratuito. Afirma que os sistemas jurídicos de países de economia de mercado se empenham em se aproximar deste ideal, se não pelo instrumento público, ao menos através de limitações e exceções de amplo espectro.³²⁴

A restrição de acesso às obras literárias, artísticas ou científicas compromete a garantia do direito à educação, vez que “o processo de construção do conhecimento está diretamente ligado à disponibilidade de material didático *stricto* ou *lato sensu*”.³²⁵ Assim, para além das reflexões acerca do direito autoral com o objetivo de justificar a proteção do autor, faz-se necessário “olharmos o direito autoral a partir de outro ângulo, não menos importante – as condições de acesso às obras por parte da sociedade”.³²⁶

Ressalte-se que tanto o direito à educação como o direito à cultura são informados pelo princípio da universalidade, ou seja, são direitos garantidos a todos.³²⁷

Conforme acima demonstrado, o direito de autor, assim como o direito de informação, acesso à cultura e educação são direitos fundamentais de igual estatura. Nesse passo, a prevalência ou não dos direitos autorais no caso concreto depende de um critério

322 BARBOSA, Denis Borges. *Direito Autoral e liberdade de expressão*. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/geiger.pdf>>. Acesso em: 15 de outubro de 2018. p. 219.

323 *Ibid.*

324 BARBOSA, Denis Borges. *Direito Autoral e liberdade de expressão*. p. 218. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/geiger.pdf>>. Acesso em: 15 de outubro de 2018.

325 BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. Fundamentos para o domínio público no direito autoral brasileiro. *Liinc em Revista*, v.7, n.2, setembro, 2011, Rio de Janeiro. p. 450.

326 *Ibid.*

327 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. Malheiros Editores: São Paulo, 2014. p. 317.

de ponderação a ser realizado com outros direitos que com ele possam eventualmente colidir.

A técnica da ponderação, nesse sentido, tem sido a melhor solução para a colisão entre direitos fundamentais em um caso concreto. Consiste ela em técnica de decisão jurídica aplicável aos *hard cases*, em relação aos quais, conforme já demonstrado anteriormente, a técnica da subsunção se demonstrou insuficiente.³²⁸

Luís Roberto Barroso descreve a ponderação como um processo em três etapas. A primeira, o intérprete deverá identificar, no ordenamento jurídico, as normas relevantes para a solução do caso e verificar a existência de eventuais conflitos entre elas. Nesse passo, as premissas maiores pertinentes são agrupadas em razão da solução que estejam indicando, formando conjuntos de argumentos.³²⁹

Na segunda fase, caberá ao intérprete “examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos”.³³⁰

Já na terceira etapa, o processo da ponderação será efetivado. Os princípios, diante das circunstâncias jurídicas e fáticas, podem ser aplicados na situação concreta com maior ou menor intensidade. Portanto, “nessa fase dedicada à decisão, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa, e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso concreto”³³¹. Após, se possível mensurar a intensidade da solução escolhida, deverá ser decidido qual o grau apropriado em que a solução será aplicada. Importante destacar que essa técnica tem como fio condutor o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, os quais têm sido aplicados com frequência pelo Supremo Tribunal Federal como instrumento para solução de colisão entre direitos fundamentais. ³³²

³²⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 361.

³²⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 361-362.

³³⁰ *Ibid.*, p. 362.

³³¹ *Ibid.*

³³² *Ibid.*

O princípio da proporcionalidade se fragmenta em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Assim,

o subprincípio da adequação (Geeignetheit) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O subprincípio da necessidade (Notwendigkeit oder Erforderlichkeit) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-seia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos. Em outros termos, o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa. Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há também de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade em sentido estrito).³³³

Sérgio Vieira Branco Júnior aponta três resultados lógicos da aplicação da razoabilidade na propriedade intelectual:

um, na formulação da lei ordinária que realiza o equilíbrio, que deve – sob pena de inconstitucionalidade ou lesão de princípio fundamental - realizar adequadamente o equilíbrio das tensões constitucionais; a segunda consequência é a de que a interpretação dos dispositivos que realizam os direitos de exclusiva deve balancear com igual perícia os interesses contrastantes.³³⁴

O terceiro resultado é

a aplicação dos limites legais do direito pertinente – no que a tradição americana chama de fair usage. Através de tais limites, a regra de proporcionalidade dos vários interesses em jogo é incorporada ao texto legal, através de uma lista de atos de terceiros, no que poderia

333 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466.343 – SP. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Cezar Peluso. Voto do Ministro Gilmar Mendes, 03 de dezembro de 2008. p. 36. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: 03 de outubro de 2018.

334 BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 88.

ser uma infração literal da sua exclusividade, que o titular tem de tolerar por força de lei.³³⁵

Como se observa, a aplicação do princípio da proporcionalidade é essencial para a existência de um equilíbrio entre os interesses públicos e privados constantes da proteção autoral. Nesse sentido,

seriam igualmente iníquas tanto a tutela desmesurada do direito do autor a ponto de não permitir o acesso livre à produção cultural por parte da coletividade – justamente por isso a lei estabelece um prazo para que se esgote o privilégio de exclusividade do autor, por exemplo – como a situação inversa, na qual não se estabelecesse proteção alguma ao autor, franqueando a qualquer terceiro o uso da obra produzida, desestimulando a criação intelectual.³³⁶

Nas lições de Anderson Schreiber, o princípio da função social consubstancia valores existenciais que devem prevalecer quando em conflito com valores unicamente patrimoniais. Contudo, “a ponderação entre esses valores há de ser feita sempre com a intenção de garantir a menor restrição possível a todos eles, e de evitar ao máximo a supressão de um em favor de outro”.³³⁷

Não obstante a melhor doutrina tenha se inclinado a reconhecer o caráter exemplificativo das limitações, deve-se admitir que o equilíbrio entre o interesse privado do autor e o da coletividade, atualmente, não se encontra na forma pela qual a proteção atual está disposta no ordenamento jurídico. Isto porque

O privilégio aos interesses privados, especialmente no que diz respeito à sua feição patrimonial, endureceu o regime de conciliação entre demandas públicas e privadas na utilização de obras autorais, tornando as limitações aos direitos autorais cada vez mais restritas e

335 BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 88.

336 SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. O domínio público e a função social do direito autoral. *Liinc em Revista*, v.7, n.2, setembro 2011, Rio de Janeiro. p. 669.

337 SCHREIBER, Anderson. Função Social da Propriedade na Prática Jurisprudencial Brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 6, 2000. p. 20.

as possibilidades de exercício do direito de exclusividade cada vez mais largas.³³⁸

Carlos Affonso Pereira de Souza ilustra o descompasso entre o direito positivado e a realidade subjacente com o papel reduzido que a doutrina reservou ao domínio público. Como uma situação em que a utilização da obra pode ser feita com grande liberdade e sem qualquer pagamento ou remuneração ao autor, o domínio público não recebeu o mesmo tratamento e destaque como ocorreu com os regimes de exploração comercial da obra.³³⁹

Portanto, mais do que um estatuto de proteção aos inventores, a Lei de Direitos Autorais é e deve ser “lida como um instrumento de medida e ponderação, uma proposta de um justo meio e assim interpretado. E no que desmesurar deste equilíbrio tenso e cuidadoso, está inconstitucional”.³⁴⁰

2 – A FUNÇÃO SOCIAL DOS DIREITOS AUTORAIS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Visando compreender como e em que condições a função social da propriedade se incide sobre os direitos autorais, será analisado, nas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), o alcance de tal princípio na Lei 9.610/98, buscando-se verificar como ele tem sido aplicado pela jurisprudência, inclusive no que diz respeito à harmonização entre a função social e os direitos autorais. É esta análise que faremos nesta parte do Trabalho.

2.1 A representação teatral e a execução musical, para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino (art. 46, VI, da Lei de Direitos Autorais)

2.1.1 Recurso Especial nº 964.404 – ES341

338 *Ibid.*

339 SCHREIBER, Anderson. Função Social da Propriedade na Prática Jurisprudencial Brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 6, 2000. p. 20.

340 BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 89.

341 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 964.404/ES. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Brasília, 15 de março de 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1027365&num_registro=200701444505&data=20110523&formato=PDF>. Acesso em: 29 de setembro de 2018.

O Recurso Especial nº 964.404, originário do estado do Espírito Santo, de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado na Terceira Turma do STJ em 15 de março de 2011, foi o primeiro a tratar diretamente da interpretação das limitações aos direitos autorais, entendendo-as como extensivas, consolidando-se como importante precedente para as demais decisões que também reconheceram as situações de predominância das limitações sobre as pretensões patrimoniais do autor.

O REsp tratou da possibilidade de cobrança pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD), órgão legitimado a arrecadar e distribuir os direitos relativos à execução pública de obras musicais (artigo 99 da Lei 9.610/98), de direitos autorais em virtude da realização de execução musical e sonorização ambiental no evento religioso, gratuito, sem fins lucrativos, no início do Ano Vocacional, em Escola e voltado para estudantes, familiares e o corpo docente da instituição.

O Tribunal *a quo* considerou possível a cobrança de direitos autorais à ora recorrente, Mitra Arquidiocesana de Vitória, responsável pela escola religiosa. Recorrendo à subsunção como método de aplicação do direito³⁴², o fato exposto foi enquadrado ao artigo 68, *caput*, e § 3º, da Lei 9.610/98³⁴³, que versa sobre o pagamento de direitos autorais na hipótese de execuções musicais e sonorizações ambientais em locais de frequência coletiva, sem considerar as especificidades fáticas, na presunção de que a resposta ao fato social já estivesse pronta; preestabelecida.

Já em sede de Recurso Especial, foi sustentado pela Mitra a não violação de direitos autorais, tendo em vista que o art. 68, *caput* e §3º da Lei 9.610/98 não alcança as entidades

342 Quanto ao modelo fechado do método subsuntivo: "a interpretação do direito não se reduz a mera comprovação de que, em determinada situação de fato, efetivamente se dão as condições de uma consequência jurídica (um dever-ser). Nesse mero exercício não há absolutamente nenhuma criação de direito. GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 28.

343 BRASIL. Lei nº 9.610 de 1998. Art. 68. Sem prévia e expressa autorização do autor ou titular, não poderão ser utilizadas obras teatrais, composições musicais ou lítero-musicais e fonogramas, em representações e execuções públicas. § 3º Consideram-se locais de frequência coletiva os teatros, cinemas, salões de baile ou concertos, boates, bares, clubes ou associações de qualquer natureza, lojas, estabelecimentos comerciais e industriais, estádios, circos, feiras, restaurantes, hotéis, motéis, clínicas, hospitais, órgãos públicos da administração direta ou indireta, fundacionais e estatais, meios de transporte de passageiros terrestre, marítimo, fluvial ou aéreo, ou onde quer que se representem, executem ou transmitam obras literárias, artísticas ou científicas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9610.htm >. Acesso em: 02 de outubro de 2018.

religiosas. Defendeu também a recorrente a incidência do art. 46, VI³⁴⁴, da mesma Lei, para afastar a ofensa aos direitos autorais face à representação teatral e à execução musical realizadas com fins didáticos em estabelecimento de ensino e sem fins lucrativos.

No STJ, fora salientado pelo Ministro Relator que o artigo 68 da Lei 9.610/98, que trata da necessidade de autorização do autor em hipóteses de execução pública musical em locais de frequência coletiva, dispõe apenas o âmbito de proteção *prima facie* do direito de propriedade do autor sobre sua obra. E afirma ainda que o âmbito de proteção do direito patrimonial do autor é somente definido após consideradas suas limitações. Segundo o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, as limitações representam a aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais que nelas se refletem.

Foi também levantada a questão da interpretação dos artigos 46, 47 e 48 da Lei 9.610/98, que tratam das limitações aos direitos autorais. Segundo o Ministro, sustentado no entendimento doutrinário de Allan Rocha de Souza³⁴⁵ e Leonardo Marcelo Poli³⁴⁶, tais restrições possuem caráter meramente exemplificativo, uma vez que refletem outros direitos fundamentais, assegurado pela nossa Carta Magna, como o acesso à cultura, educação, direito à intimidade e à religião. Nesse sentido, as limitações aos direitos autorais previstas na legislação especial não podem ser consideradas como constituindo um rol taxativo, vez que representam o resultado da ponderação de direitos fundamentais em situações fáticas, o que impede sua limitação somente aos casos expressamente previstos em tais artigos.

O direito de autor, portanto, deve, no caso concreto, harmonizar com os demais outros direitos fundamentais que com ele se confrontam. Segundo o Relator, tal harmonização, contudo, não pode ocorrer de forma arbitrária, devendo observar os limites impostos pela regra dos três passos. A regra dos três passos, também conhecida como

344BRASIL. Lei nº 9.610 de 1998. Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais: IV - o apanhado de lições em estabelecimentos de ensino por aqueles a quem elas se dirigem, vedada sua publicação, integral ou parcial, sem autorização prévia e expressa de quem as ministrou. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9610.htm >. Acesso em: 02 de outubro de 2018.

345 SOUZA, Allan Rocha de. *A Função Social dos Direitos Autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica*. Brasil: 1988-2005. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006.

346 POLI, Leonardo Marcelo. *Direito Autoral: parte geral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 81.

three-step-test, é disciplinada pela Convenção de Berna³⁴⁷ e o Acordo TRIPS³⁴⁸, e constitui critério necessário para a admissibilidade de utilização livre de obras protegidas por direitos autorais. É recorrente a utilização da regra dos três passos para verificar se há conflito entre a proteção internacional e as limitações na legislação interna, o que não ocorre quando estas são casos especiais, que não conflitam com a exploração normal da obra e não prejudicam injustificadamente os interesses do autor ou titular. Portanto, a regra dos três passos contém critérios que devem ser também seguidos pelo magistrado no momento em que é realizada a interpretação e aplicação das limitações ao caso concreto, a fim de que estas, que representam os interesses da coletividade, possam dialogar harmonicamente com os interesses do autor e estar adequadas às normas internacionais.

Tendo em vista que o evento objeto da lide é religioso e educacional, sem fins lucrativos, com entrada gratuita e não constitui festival de grandes proporções, configura um caso especial, em que não há conflito com a exploração normal da obra e não há prejuízo injustificado aos interesses do autor ou titular. Desta forma, pelos motivos acima expostos, foi entendido que a hipótese em questão não infringe a regra dos três passos e está alcançada pela interpretação extensiva das limitações. Neste sentido, a Turma, por unanimidade, decidiu que a reprodução musical em evento com finalidade religiosa, de entrada gratuita e menores proporções, como se verifica no caso em questão, se enquadra na hipótese de limitação aos direitos autorais. Assim, foi excluída a cobrança de direitos autorais pelo ECAD em relação ao evento religioso e dado provimento parcial ao recurso especial, em razão da

necessidade interpretação sistemática e teleológica do enunciado normativo do art. 46 da Lei n. 9610/98 à luz das limitações estabelecidas pela própria lei especial, assegurando a tutela de direitos fundamentais e princípios constitucionais em colisão com os

347 BRASIL. Decreto 75.699 de 1995. Art. 9, alínea 2. Às legislações dos países da União reserva-se a faculdade de permitir a reprodução das referidas obras em certos casos especiais, contanto que tal reprodução não afete a exploração normal da obra nem cause prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D75699.htm>. Acesso em: 02 de outubro de 2018.

348 BRASIL. Decreto 1.355 de 1994. Art. 13. Os Membros restringirão as limitações ou exceções aos direitos exclusivos a determinados casos especiais, que não conflitem com a exploração normal da obra e não prejudiquem injustificavelmente os interesses legítimos do titular do direito. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/27-trips-portugues1.pdf>>. Acesso em: 02 de outubro de 2018.

direitos do autor, como a intimidade, a vida privada, a cultura, a educação e a religião.

Considerando ainda que

o âmbito efetivo de proteção do direito à propriedade autoral (art. 5º, XXVII, da CF) surge somente após a consideração das restrições e limitações a ele opostas, devendo ser consideradas, como tais, as resultantes do rol exemplificativo extraído dos enunciados dos artigos 46, 47 e 48 da Lei 9.610/98, interpretadas e aplicadas de acordo com os direitos fundamentais.

2.1.2 Agravo Regimental no Recurso Especial nº 685.885 – SP

Embora o Agravo Regimental no Recurso Especial nº 685.885 – SP349 envolva partes semelhantes às do recurso anteriormente analisado - o ECAD e a Mitra Diocesana, o teor da decisão em comento foi em direção oposta ao do julgamento do Recurso Especial nº 964.404 – ES.

No caso em tela, a problemática central versa sobre a responsabilidade da Paróquia Bom Jesus e da Mitra Diocesana de Barretos, ora recorrentes, pelo pagamento de direitos autorais em razão da execução pública em evento benemerente, ainda que sem fins lucrativos. Com efeito, o ECAD cobrou os direitos autorais das referidas instituições pela utilização de composições musicais na quermesse festiva em louvor ao Padroeiro do Bom Jesus, realizada no mês de agosto do ano de 2012. Proposta ação declaratória de inexistência de débito pelos ora agravantes, o juízo *a quo* decidiu serem devidos os direitos autorais, mesmo que o evento tenha tido caráter beneficente e não tenha havido a cobrança de ingressos. Inconformados, os recorrentes ingressaram com o recurso de apelação perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que também lhe negou provimento.

Nas razões do agravo regimental no agravo em recurso especial, a parte recorrente sustentou que, para haver ofensa a direitos autorais, é imprescindível a exploração de obras com proveito econômico, o que não ocorreu no caso em tela. Afirmou que entidades religiosas não têm fins lucrativos, ou seja, não são consideradas empresas, e o evento foi promovido de forma gratuita, sem cobrança de ingressos ou finalidade de obtenção de

349 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 685.885 – SP. Quarta Turma. Relator: Ministro Raul Araújo, 08 de março de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201500658950&dt_publicacao=17/03/2016>. Acesso em: 05 de outubro de 2018.

lucro. Ademais, alegou que há jurisprudência do STJ com orientação no sentido de não ser devida a cobrança de direitos autorais de entidades religiosas, pela execução de obras públicas musicais, em eventos públicos e sem fins lucrativos. Colacionou, para fins de demonstração do dissídio jurisprudencial, a decisão do Recurso Especial nº 964.404 – ES.

Em seu voto, acolhido pela unanimidade da Quarta Turma, o Ministro Relator alegou que o acórdão recorrido encontra-se em consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a qual estabelece que os direitos autorais são devidos ainda que a execução de obras musicais seja promovida sem fins lucrativos. Aduz que, ainda que o precedente colacionado pela parte recorrente possua partes semelhantes, quais sejam, o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição e a Mitra Diocesana, não há similitude fática entre os acórdãos, tendo em vista que a hipótese em comento trata de quermesse festiva em louvor a padroeiro realizada ao longo de três dias, enquanto o acórdão paradigma tratava de abertura de ano vocacional realizada em escola.

No teor do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, acolhido pelo STJ, a Corte ainda admitiu ser compreensível que a cobrança de direitos autorais em face de entidades religiosas de fins beneméritos cause certo incômodo ou estranheza. Afirma, contudo, que não parece justo que instituições dessa categoria auferam renda através de quermesses utilizando-se de direitos autorais alheios, sem por eles nada pagar. Conclui que podem as entidades benemerentes deixar de cobrar por produtos os serviços próprios, mas não obrigar terceiros autores a fazê-los.³⁵⁰

O direito patrimonial do autor, no caso, ganha preponderância e não é rechaçado em prol da liberdade de crença e o livre exercício de culto, direitos fundamentais previstos no artigo 5º, VI, da Constituição Federal que a parte recorrente entendeu terem sido cercados com a cobrança dos direitos autorais. A partir da atenta análise das peculiaridades do caso, depreende-se que este não se enquadra nos critérios estipulados pela regra dos três passos. Isto porque a exploração econômica da obra poderia ter sido prejudicada com o evento em tela, vez que, embora possua caráter beneficente, a festividade visou a obtenção de lucro, ainda que em prol da igreja, tendo sido aberta ao público e realizada ao longo de três dias. Houve, portanto, finalidade de exploração econômica da obra pela Paróquia, haja vista a finalidade lucrativa da festividade.

350 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 685.885 – SP. Quarta Turma. Relator: Ministro Raul Araújo, 08 de março de 2016. p. 03-04. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteireteor/?num_registro=201500658950&dt_publicacao=17/03/2016>. Acesso em: 05 de outubro de 2018.

Distingue-se, como exposto pelo Ministro Relator, da hipótese tratada no Recurso Especial nº 964.404 – ES, na medida em que, nesta, a festa religiosa foi promovida em instituição de ensino, com finalidade claramente didática e sem qualquer intuito de lucro, não prejudicando, por conseguinte, a exploração normal da obra.

2.1.3 Recurso Especial nº 1.416.758 – RS

Na mesma linha do acórdão supramencionado, a decisão do Recurso Especial nº 1.416.758 – RS351, julgado em 03 de junho de 2014, também reconheceu como devidos os direitos autorais, afastando a incidência da limitação prevista no inciso VI, artigo 46, da Lei 9.610/98. A controvérsia cinge sobre a exigibilidade ou não de pagamento de direitos autorais pela Universidade Federal de Santa Maria ao ECAD, em razão de execução musical realizada no evento “4º Festival de Cultura Popular”, promovido pela própria universidade.

Na origem, a Universidade Federal de Santa Maria ingressou com ação de inexigibilidade de pagamento de direitos autorais, tendo a sentença do juízo de primeiro grau julgado procedente o pedido. Interposta apelação pelo ECAD, o Tribunal de origem negou seguimento ao referido recurso. Nesse cenário, o Escritório apresentou recurso especial, alegando, em suas razões, violação do artigo 68 da Lei 9.610/98, bem como a existência de dissídio jurisprudencial.

Na decisão do recurso em questão, a Ministra Relatora Nancy Andrichi afirmou não incidir a limitação constante do artigo 46, VI, da Lei de Direitos Autorais, em razão das peculiaridades do caso concreto. O dispositivo mencionado estipula não existir ofensa aos direitos autorais nas hipóteses em que haja execução de obras musicais para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino, sem intuito de lucro. Ocorre que, embora evento realizado pela Universidade Federal, este foi promovido em praça pública, e não nas dependências da faculdade, o que vai de encontro à disposição legal mencionada, que exige que a execução musical ocorra nas dependências do estabelecimento de ensino para incorrer em hipótese de limitação.

Havendo, regra geral, a execução pública de obras musicais, incide a regra prevista no artigo 68 da Lei 9.610/98 e são devidos os direitos autorais. Ainda, a cobrança de direitos autorais, nesse caso, não está condicionada à aferição de lucro direto ou indireto por quem a promove, conforme posicionamento já consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, vez que a Lei de Direitos Autorais fez desaparecer a regra restritiva consagrada pelo artigo 73,

351 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1.416.758 – RS. Terceira Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrichi, 03 de junho de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1326785&num_registro=201303699820&data=20140620&formato=PDF>. Acesso em: 05 de outubro de 2018.

caput, da pretérita Lei n. 5.988/1973, segundo a qual se proibia apenas a execução realizada sem autorização do autor que visasse o “lucro direto ou indireto”. Afirmou, por conseguinte, ser legítima a cobrança de valores relativos à remuneração autoral. Nesse passo, a Terceira Turma, seguindo os votos da Ministra Relatora, deu, por unanimidade, provimento ao Recurso Especial.

Também teve o mesmo resultado o Recurso Especial nº 1.337.856 – RS352, envolvendo as mesmas partes do presente recurso, julgado em fevereiro de 2017, cuja controvérsia cingia sobre a exigibilidade de remuneração autoral no evento “Cinquentenário da UFSM e lançamento de sua marca comemorativa”, realizado pela Universidade Federal de Santa Maria, contudo, fora dos limites físicos da referida instituição de ensino.

Ainda seguiu a mesma linha o Recurso Especial nº 1.420.223 – RS353, julgado em agosto de 2016, que entendeu ser devida a cobrança de direitos autorais em virtude de execução pública de obras musicais por rádio universitária.

Faz-se importante destacar, nesse cenário, o paradigmático Recurso Especial nº 524.873354, julgado em 22 de outubro de 2003, originário do Estado do Espírito Santo, pioneiro na consolidação do entendimento de que os direitos autorais são devidos independentemente da obtenção de lucro direto ou indireto na execução da obra. O caso versava sobre a possibilidade de cobrança de direitos autorais em espetáculos carnavalescos gratuitos promovidos pelo Município de Vitória – ES em logradouros e praças públicas, ainda que sem intuito de lucro pelo ente. Na decisão, foi considerado que, “ainda que o espetáculo musical carnavalesco tenha sido realizado sem cobrança de ingressos, em caráter cultural popular, são devidos direitos autorais aos titulares das obras

352 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.337.856 – RS. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 08 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoes/?num_registro=201201667739&dt_publicacao=15/02/2017>. Acesso em: 05 de outubro de 2018.

353 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.420.223 – RS. Terceira Turma. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 27 de maio de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=48354670&num_registro=201303880770&data=20150609&tipo=0>. Acesso em: 05 de outubro de 2018.

354 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 524.873- ES. Segunda Seção. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior, 22 de outubro de 2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=436780&num_registro=200300296275&data=20031117&formato=PDF>. Acesso em: 05 de outubro de 2018.

musicais”.³⁵⁵ Nesse mesmo sentido foi decidido o Recurso Especial nº 996.852 - SP356, julgado em junho de 2011, o qual decidiu ser devida a cobrança de direitos autorais pela execução pública de música em rodeio, mesmo que tenha sido evento promovido por Prefeitura sem a existência de proveito econômico.

Em todas as hipóteses, foi aplicada a regra expressa constante do artigo 68 da Lei de Direitos Autorais, segundo a qual “sem prévia e expressa autorização do autor ou titular, não poderão ser utilizadas obras teatrais, composições musicais ou lítero-musicais e fonogramas, em representações e execuções públicas”. Incide, também, o disposto em seu § 4º, o qual aduz que, “previamente à realização da execução pública, o empresário deverá apresentar ao escritório central, previsto no art. 99, a comprovação dos recolhimentos relativos aos direitos autorais”.

Desta forma, a obtenção de lucro por quem executa publicamente obras musicais passou a ser aspecto juridicamente irrelevante quando se trata do pagamento de direitos autorais. Como exposto pela Ministra Nancy Andrighi, cuidou o legislador, em tais hipóteses, de “optar pela valorização do trabalho e do talento do artista”.³⁵⁷

Embora o argumento da decisão tenha se limitado a submeter a hipótese apenas ao método subsuntivo, enquadrando-a aos critérios legalmente estabelecidos no artigo 68 da Lei de Direitos Autorais, não se pode ignorar a existência, em todos os casos mencionados neste tópico, de um exposto conflito entre o direito do autor e o acesso à cultura, ambos dotados, no plano abstrato, de mesma estatura jurídica.

Desta forma, com a finalidade de averiguar o acerto das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, faz-se imprescindível analisar se presentes os requisitos postos pela regra dos três passos, para que eventual limitação referente ao acesso à cultura possa incidir. Ainda que considerados casos especiais, os eventos culturais promovidos pela

355 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 524.873 - ES. Segunda Seção. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior, 22 de outubro de 2003. p. 09. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=436780&num_registro=200300296275&data=20031117&formato=PDF>. Acesso em: 05 de outubro de 2018.

356 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 996.852 – SP. Quarta Turma. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 21 de junho de 2011. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1072458&num_registro=200702415507&data=20110801&formato=PDF>. Acesso em: 06 de outubro de 2018.

357 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1.416.758 – RS. Terceira Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 03 de junho de 2014. p. 04. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1326785&num_registro=201303699820&data=20140620&formato=PDF>. Acesso em: 05 de outubro de 2018.

UFSM e pelas Prefeituras (na hipótese, espetáculos carnavalescos e rodeios) são claramente prejudiciais à exploração econômica da obra. Mesmo sem objetivar a obtenção de lucro, as hipóteses acima tratadas têm em comum a realização de festividades de grande porte, abertas ao público, cujas proporções têm o condão de embaraçar a normal exploração da obra pelo seu titular. Como consequência, há, também, prejuízo injustificado aos interesses do autor, pelos mesmos motivos acima descritos.

2.1.4 Agravo em Recurso Especial nº 270.923 – SP

O Agravo em Recurso Especial nº 270.923358, proveniente do Estado de São Paulo, julgado em 21 de maio de 2015, busca reverter a decisão em que foi entendido não ser cabível a cobrança de direitos autorais em razão da execução de músicas folclóricas em festa junina promovida de forma gratuita, sem intuito lucrativo, em estabelecimento escolar e voltada para os alunos, familiares e corpo docente da referida instituição. O ECAD, parte agravante, fundamenta suas razões alegando a ocorrência de execução pública de obras musicais, o que tornaria legítima, portanto, a cobrança de direitos autorais.

Recorrendo à interpretação extensiva das limitações aos direitos autorais e aos precedentes, foi decidido pelo Ministro Relator Raul Araújo que, conforme jurisprudência já consolidada no Superior Tribunal de Justiça³⁵⁹, às festas juninas, é aplicável o artigo 46, VI, da Lei 9.610/98, que dispõe não constituir ofensa aos direitos autorais a execução musical para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino e sem intuito lucrativo. Salientou o Ministro, ainda, que o evento em questão possui finalidade de integração entre a família e a escola. Portanto, há a incidência direta do direito fundamental à educação.

Nessa esteira, a decisão proferida no Tribunal de origem está em consonância com a jurisprudência do STJ no sentido de reconhecer como indevida a cobrança de direitos autorais em eventos promovidos com intuito didático, pedagógico ou de integração pelos estabelecimentos de ensino e sem fins lucrativos. Por isso, o relator negou provimento ao

358 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial n. 270.923 - SP. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Raul Araújo, 21 de maio de 2015. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=48149151&num_registro=201202555669&data=20150527&tipo=0>. Acesso em: 06 de outubro de 2018.

359 Recurso Especial n. 1.320.007 - SE; Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.278.263 - RJ; Recurso Especial n. 964.404 - ES.

agravo, reiterando e fortalecendo o entendimento de interpretação extensiva das limitações aos direitos autorais.

2.1.5 Recurso Especial 1.575.225 – SP

Similar ao recurso acima comentado, o Recurso Especial 1.575.225360, julgado em 22 de junho de 2016, também teve sua controvérsia pautada no cabimento ou não da cobrança de direitos autorais pela execução de músicas folclóricas em festa junina promovida por estabelecimento escolar.

Com efeito, na origem, o ECAD ingressou com a ação de cobrança de direitos autorais em face do Sistema COC de Educação e Comunicação, ora recorrido, tendo o juízo de primeiro grau julgado a ação procedente. Interposta a apelação perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo pelo recorrido, foi decidido não ser cabível a cobrança de direitos autorais, oportunidade em que o ECAD, inconformado, ingressou com o recurso especial em questão.

Inadmitido na origem, o recurso especial subiu em virtude do provimento de agravo regimental, onde foi decidido afetar o julgamento da lide à Segunda Seção.

Em seu voto, Ministro Relator Raul Araújo afirma que ser indevida a cobrança de direitos autorais em festa promovida com fins didáticos, pedagógicos ou de integração pelas escolas, sem intuito lucrativo, como ocorre no caso em comento. Utilizando como parâmetro o Recurso Especial 964.404 – ES, o Ministro reconheceu a incidência da limitação prevista no artigo 46, VI, da Lei de Direitos Autorais. Saliou que o método pedagógico não só pode como deve envolver entretenimento, confraternizações e apresentações públicas. Além disso, utilizando-se da mesma argumentação proferida no Recurso Especial 270.923 – SP, o Ministro afirmou que, tratando-se de festa com fins culturais, que congrega a escola e a família, a admissão da cobrança de direitos autorais representaria um desestímulo a essa união. A Segunda Seção, nesse sentido, por maioria, negou provimento ao recurso, seguindo os votos do Ministro Relator.

Oportuno ressaltar que, na argumentação utilizada pelos votos vencidos no presente recurso, foi defendido que a realização de festas juninas por escolas particulares não possui a “finalidade exclusivamente didática” que o artigo 46, VI, preconiza. Sustentou-se que todas as práticas da instituição particular têm por objetivo o lucro, direta ou

360 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.575.225 - SP. Segunda Seção. Relator: Ministro Raul Araújo, Brasília, 22 de junho de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1517453&num_registro=201202555669&data=20160803&formato=PDF>. Acesso em: 10 de outubro de 2018.

indiretamente, sendo inegável que a realização de festa junina pela mesma também constitui certo *marketing*. Também foi argumentado que fins exclusivamente didáticos são voltados ao ensino da música dentro de uma escola de música, ou outras atividades didáticas, destinadas aos alunos, e não ao público em geral. Afirmou-se, por fim, que deveriam ser cobrados direitos autorais, vez que a lei não abarcaria esse tipo de execução entre as exceções.

O posicionamento dos votos vencidos mostra-se claramente equivocado, pois que desconsidera a necessidade de interpretação extensiva das limitações aos direitos autorais. Nas palavras do Ministro Antonio Carlos Ferreira, as técnicas, métodos e a dinâmica do ensino se manifestam de diversas formas, sendo certo que, em determinadas circunstâncias, devem envolver entretenimento, visando à interação com a família e sociedade, sem prejuízo do objetivo exclusivamente educacional.

A recente decisão proferida nesse recurso ganha importância diante da existência de pontuais e dissonantes julgados que, no mesmo sentido dos votos vencidos, concluíram ser devidos os direitos autorais em hipóteses de execução musical em festa junina e folclórica realizadas em instituição de ensino.

Toma-se como exemplo o Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.278.263 – RJ361, julgado no ano de 2013, que versava sobre festa folclórica realizada em instituição de ensino; e o Recurso Especial nº 1.324.114 – SP362, julgado em 2012, cuja controvérsia também cingia sobre realização de festa junina promovida em interior de escola, sem fins lucrativos. Em ambas as decisões não foi reconhecida, de maneira equivocada e distante da jurisprudência dominante do STJ, a incidência da limitação prevista no artigo 46, VI, da Lei de Direitos Autorais, sob a justificativa de que esta somente se aplicaria a hipóteses em que a instituição de ensino tivesse por finalidade o ensino de música. Foi sustentado, nas respectivas decisões, que tratavam as hipóteses controvertidas de execuções públicas de

361 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 278.263 – RJ. Quarta Turma. Ministro: Luis Felipe Salomão, 19 de março de 2013. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1217467&tipo=0&nreg=201102178075&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20130325&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 09 de outubro de 2018.

362 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 324.144 – SP. Relator: Ministro Sidnei Beneti, 03 de agosto de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=23646270&num_registro=201102717564&data=20120817&tipo=0>. Acesso em: 09 de outubro de 2018.

obras musicais, o que ensejaria a cobrança de direitos autorais independentemente do intuito lucrativo, nos termos do artigo 68 da Lei de Direitos Autorais.

Na decisão do recurso em análise, o Ministro Relator alega que, não obstante tenham sido proferidas excepcionais decisões em sentido contrário, a jurisprudência do STJ é uníssona no sentido de que evento promovido com fins pedagógicos ou de integração por escola, sem intuito de lucro, como as festas juninas, configura hipótese em que se revela indevida a cobrança de direitos autorais. Desta forma, conferindo preponderância ao direito fundamental à educação, a decisão do recurso em tela ratificou o entendimento adotado no paradigmático Recurso Especial 964.404 – ES.

CONCLUSÃO

A partir da constitucionalização do ordenamento jurídico, a jurisprudência tem sido moldada no sentido de mitigar o paradigma de um direito autoral absoluto. Nas palavras do eminente José de Oliveira Ascensão, “todo o direito é um complexo de poderes e deveres, em que as várias finalidades se ajustam no sentido da sua composição ótima. No direito de autor essas finalidades e os interesses são múltiplos, pelo que se impõe particularmente a necessidade da sua composição”.³⁶³ É consolidada, portanto, a ideia de que a proteção aos direitos autorais também deve perseguir os interesses socialmente relevantes, de forma a consolidar o ideal de justiça previsto como objetivo da República (art. 3º, I, Constituição Federal/88).

Nesse cenário, foi reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça a necessidade de ponderação da proteção dos direitos do autor com direitos fundamentais que representam os interesses da coletividade, como o direito à cultura, religião, informação e o direito à educação, diretamente ligados à realização da dignidade da pessoa humana. Considerando que os direitos autorais são de mesma hierarquia que os demais direitos fundamentais que com ele convivem, faz-se imprescindível a compatibilização entre estes, que devem ser harmonizados à luz do caso concreto e conforme o princípio da proporcionalidade.

A partir do julgamento do Recurso Especial nº 964.404 – ES, no ano de 2011, o Superior Tribunal de Justiça constatou a necessidade de interpretação extensiva das limitações aos direitos autorais, já que, além das hipóteses expressamente previstas nos artigos 46, 47 e 48 da Lei 9.610/98, são consideradas, no caso concreto, outras situações em que direitos fundamentais, que representam os interesses da coletividade, incidem sobre o uso da obra protegida. O método subsuntivo se revela insuficiente diante da

³⁶³ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito da Internet e da Sociedade de Informação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 135.

complexidade da realidade fática, não sendo o rol taxativo das limitações suficiente para abarcá-la.

Solidificou-se, portanto, o dever de interpretação sistemática da Lei de Direitos Autorais, a qual, em diálogo com a Constituição Federal, deixa de ser concebida como instituto estritamente patrimonialista, influenciada pela eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações que regula.

Portanto, a partir da análise jurisprudencial realizada, percebe-se que o Superior Tribunal de Justiça consagrou a direta aplicabilidade da função social da propriedade aos direitos autorais. Trata-se da interpretação teleológica da Lei 9.610/98, na medida em que se reconhece que o direito de autor, como pertencente ao regime das propriedades, deve ser funcionalizado, vinculado aos interesses sociais, conforme dispõe o artigo 5º, XXIII, da Constituição Federal. Conclui-se, portanto, que as limitações são a porta de entrada para a conformação dos direitos autorais à sua função social.

Ademais, demonstrou-se recorrente a utilização da regra dos três passos, prevista no acordo TRIPS e incorporada pelo Brasil, a fim de verificar se há conflito entre a proteção internacional e as limitações na legislação interna, a limitação e os direitos do autor, o que não ocorre se: (i) estiver diante de certos casos especiais; (ii) a utilização não prejudicar a exploração normal da obra, e (iii) não causar prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor.

Esta regra assegura, na identificação das limitações, a existência do equilíbrio entre os interesses do autor e os da coletividade como um todo, garantindo que os usos livres da obra protegida não causem demasiados prejuízos às pretensões patrimoniais do titular de direitos autorais.

A consolidação deste entendimento pelo Superior Tribunal de Justiça teve influência direta da doutrina, que, reconhecendo o imperativo de harmonização entre os direitos autorais e os demais direitos fundamentais, consagrou o rol de limitações previstas na legislação especial como meramente exemplificativo.

A incorporação da interpretação extensiva das limitações pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça mostra-se um grande avanço para a disciplina autoral. A obra protegida, a partir da leitura sistemática e constitucionalizada da Lei 9.610/98, passa a ser considerada não só pela perspectiva do titular de direitos, mas do destinatário da obra e dos interesses da coletividade.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Eliane Y. Direito Autoral e Propriedade Industrial como Espécies do Gênero Propriedade Intelectual. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2. ed., ref. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. *Direito da internet na sociedade de informação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BARBOSA, Denis Borges. *Direito Autoral*: apresentações gratuitas. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/88.DOC>>. Acesso em: 10 de outubro de 2018.

_____. *Direito Autoral e liberdade de expressão*: estudos de direito. 2005. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/geiger.pdf>>. Acesso em: 20 de setembro de 2018.

BARROSO, Luís Roberto. A Constitucionalização do Direito e o Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.) *Direito Civil Contemporâneo: Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista da Emerj*, Rio de Janeiro, v. 9, nº 33, 2006.

_____. *O constitucionalismo democrático no Brasil*: Crônica de um sucesso imprevisto. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2012/12/O-constitucionalismo-democratico-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 28 de junho de 2018.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 2004.

BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. *Direitos autorais na internet e o uso de obras alheias*. Rio de Janeiro: Lumen Iures, 2007.

_____; et. al. *Direitos autorais em reforma*. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Centro de Tecnologia e Sociedade. - Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2011.

BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. Fundamentos para o domínio público no direito autoral brasileiro. *Liinc em Revista*, v.7, n.2, setembro, 2011, Rio de Janeiro.

BOBBIO, Norberto. A função promocional do direito. In: *Da Estrutura à Função: Novos Estudos de Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Manole, 2007.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. São Paulo-Brasília: UNB-Polis, 1989.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil*, n. 65, 1993.

_____. *A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil*. In: *Revista Direito, Estado e Sociedade*. v. 9. n. 29. Jul/dez 2006.

_____. *O princípio da dignidade da pessoa humana*. In: _____. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm>. Acesso em: 05 de junho de 2018.

BRASIL. Decreto 1.355, de 30 de dezembro de 1994. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/27-trips-portugues1.pdf>>. Acesso em: 02 de outubro de 2018.

BRASIL. Decreto 75.699, de 6 de maio de 1975. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D75699.htm>. Acesso em: 02 de outubro de 2018.

BRASIL. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9610.htm>. Acesso em: 02 de outubro de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial n. 270.923 - SP. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Raul Araújo, 21 de maio de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=48149151&num_registro=201202555669&data=20150527&tipo=0>. Acesso em: 03 de outubro de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial n. 818.567 - SP. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 29 de abril de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=60433077&num_registro=201502769649&data=20160505&tipo=0>. Acesso em: 03 de outubro de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 685.885 – SP. Quarta Turma. Relator: Ministro Raul Araújo, 08 de março de 2016.

Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201500658950&dt_publicacao=17/03/2016>. Acesso em: 05 de outubro de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 278.263 – RJ. Quarta Turma. Ministro: Luis Felipe Salomão, 19 de março de 2013. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1217467&tipo=0&nreg=201102178075&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20130325&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 09 de outubro de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 324.144 – SP. Relator: Ministro Sidnei Beneti, 03 de agosto de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=23646270&num_registro=201102717564&data=20120817&tipo=0>. Acesso em: 09 de outubro de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 524.873 - ES. Segunda Seção. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior, 22 de outubro de 2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=436780&num_registro=200300296275&data=20031117&formato=PDF>. Acesso em: 05 de outubro de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 556.340 – MG. Segunda Seção. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Julgado em: 09 de junho de 2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=470666&num_registro=200300946022&data=20041011&formato=PDF>. Acesso em: 12 de outubro de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 791.630 – SP. Terceira Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 15 de agosto de 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=640155&num_registro=200501774898&data=20060904&formato=PDF>. Acesso em: 12 de outubro de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.200.287 – MS. Decisão monocrática. Relator: Ministro Marco Aurélio Belizze, 06 de novembro de 2015. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&s>

equencial=53816879&num_registro=201001212703&data=20151117&tipo=0>. Acesso em: 11 de outubro de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.306.907 – SP. Quarta Turma. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 06 de junho de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1241182&num_registro=201102681724&data=20130618&formato=PDF>. Acesso em: 10 de outubro de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.320.007- RS. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Nancy Andrighi, 04 de junho de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=16964076&num_registro=201001026510&data=20110816&tipo=0>. Acesso em: 03 de outubro de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.337.856 – RS. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 08 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoes/?num_registro=201201667739&dt_publicacao=15/02/2017>. Acesso em: 05 de outubro de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.343.961 - RJ. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 06 de outubro de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=54408164&num_registro=201101063040&data=20151109&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 10 de outubro de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.371.835 - SP. Tribunal Pleno. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Brasília, 26 de março de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=31289962&num_registro=201102808726&data=20130930&tipo=0>. Acesso em: 10 de outubro de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1.416.758 – RS. Terceira Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 03 de junho de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1326785&num_registro=201303699820&data=20140620&formato=PDF>. Acesso em: 05 de outubro de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.575.225 – SP. Segunda Seção. Relator: Ministro Raul Araújo, Brasília, 22 de junho de 2016. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1517453&num_registro=201202555669&data=20160803&formato=PDF>. Acesso em: 10 de outubro de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 964.404 - ES. Tribunal Pleno. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Brasília, 15 de março de 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1027365&num_registro=200701444505&data=20110523&formato=PDF>. Acesso em: 03 de outubro de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.062 – DF. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux, 27 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13065371>>. Acesso em: 04 de outubro de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466.343 – SP. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Cezar Peluso, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: 03 de outubro de 2018.

CABRAL, Plínio. *A Nova Lei de Direitos Autorais*. 4. ed. São Paulo: Editora Harbra, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTRO, Raul Murad Ribeiro de; JÚNIOR, Vitor de Azevedo Almeida; SOUZA, Allan Rocha de. Os efeitos dos direitos fundamentais constitucionais nas relações de direito civil brasileiras. *Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/02_672.pdf>. Acesso: 25 de setembro de 2018.

DUVAL, Hermano. *Direitos Autorais nas Invenções Modernas: Doutrina, Jurisprudência e Legislações Comparadas*. Rio de Janeiro: Editora Andes, 1956.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

LEWICKI, Bruno Costa. *Limitações aos direitos de autor: releitura na perspectiva do direito civil contemporâneo*. 2007. 299f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Centro de Ciências Sociais, Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do direito civil*. Brasília a. 36 n. 141 jan./mar. 1999.

MARETTI, Luís Marcelo Bessa. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. *Revista de Direito Público*, v. 5, n. 3, dez. 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

PERLINGIERI, Pietro. *Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução: Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

POLI, Leonardo Marcelo. *Direito Autoral: parte geral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

_____; SOUZA, Claudio Pereira de Neto e. (org.) *A constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. *Função Social da Propriedade na Prática Jurisprudencial Brasileira*. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 6, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. Malheiros Editores: São Paulo, 2014.

SOUZA, Allan Rocha de. *A Função Social dos Direitos Autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica: Brasil: 1988-2005*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006.

_____; ALMEIDA Jr., Vitor de Azevedo; SOUZA, Wemerton Monteiro. Os direitos autorais na perspectiva civil-constitucional. *Revista Brasileira de Direito Civil*. Vol. 8. Abr-jun. Instituto Brasileiro de Direito Civil: Curitiba, PR, 2016.

SOUZA, Allan Rocha de. *Os direitos culturais e as obras audiovisuais cinematográficas: entre a proteção e o acesso*. 2010. 266f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Centro de Ciências Sociais, Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

_____. *Os Direitos Culturais no Brasil*. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2012.

_____. Os limites dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional. *Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/153.pdf>>. Acesso em: 25 de setembro de 2018.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. *Abuso do direito autoral*. 2009. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Centro de Ciências Sociais, Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

_____. O domínio público e a função social do direito autoral. *Liinc em Revista*, v.7, n.2, setembro 2011, Rio de Janeiro.

TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao Código Civil: Direito das Coisas* (arts. 1.196 a 1.276). São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento Jurídico. In: SARMENTO, Daniel. E SOUZA NETO, Claudio Pereira de. (org.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: *Temas de Direito Civil*, T.I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____; SCHREIBER, Anderson. A garantia da propriedade no Direito Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano VI, n. 6, jun. 2005.

BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA AO DEFICIENTE E A POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO EM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO POR INCAPACIDADE

NYCOLLY MENDES RIBEIRO:
Graduanda do curso de Direito da
Universidade Estadual do Tocantins
- UNITINS

Me. JANAY GARCIA³⁶⁴

(Coautora)

Resumo: No presente artigo analisou-se brevemente a possibilidade de conversão do benefício de prestação continuada ao deficiente, de natureza assistencial, em benefício por incapacidade temporária ou permanente, de natureza previdenciária. Através da revisão bibliográfica observou-se que, apesar de se tratarem de benefícios distintos, pode ocorrer a concessão indevida do amparo assistencial pela via administrativa, em razão da inobservância da qualidade de segurado do requerente, que, muitas vezes, apresenta deficiência que incapacita para o exercício de atividades laborativas. Notou-se também, que, a legislação pátria carece de normas quanto ao assunto tratado neste artigo, porém, a jurisprudência detém entendimentos favoráveis em ações judiciais em que pleitearam o direito à conversão, podendo esses precedentes servirem de base para a positivação do direito.

Palavras-chave: Benefício de prestação continuada. Incapacidade. Conversão.

Abstract: In this article it was briefly analyzed the possibility of converting the continued payment benefit to the disabled, which has as social assistance nature, into benefit for temporary or permanent disability, of a social security nature. Through the literature review, it was observed that, despite the fact that they are different benefits, an undue concession may occur by the administrative route, due to the non-observance of the quality of insured of the applicant, who often presents a deficiency that disables him for the exercise of work activities. It was also noted that the Brazilian legislation lacks rules on the subject dealt with in this article, however, the jurisprudence holds favorable understandings in lawsuits in which they claim the right to conversion, and these precedents may serve as a basis for the affirmation of the right.

³⁶⁴ Coautora, docente da disciplina de Direito da Seguridade Social da Universidade Estadual do Tocantins, mestre em políticas públicas pelo UNICEUB e pós graduada em políticas públicas e direito previdenciário.

Keywords: Continued payment benefit. Inability. Conversion.

Sumário: 1 Introdução. 2 Seguridade Social. 2.1 Benefício de prestação continuada ao deficiente. 3.1 Vulnerabilidade socioeconômica 2.2 Deficiência 3 Benefícios por incapacidade temporária ou permanente. 3.1 Auxílio por incapacidade temporária. 3.2 Aposentadoria por incapacidade permanente. 4 Conversão do benefício assistencial ao deficiente em benefício previdenciário por incapacidade. 4.1 Relação entre deficiência e incapacidade. 4.2 A conversão do benefício. 5 Considerações Finais.

1 INTRODUÇÃO

A Carta Magna garante a todos os brasileiros proteção em determinadas contingências que podem ocorrer imprevisivelmente, como incapacidade temporária ou permanente, maternidade, morte, dentre outras que impedem a pessoa de garantir o seu próprio sustento e o de sua família. Essa proteção é assegurada aos filiados do Regime Geral da Previdência Social (RGPS), ou seja, àqueles que contribuem para a previdência social.

Paralelamente, o Estado também fornece amparo aos que, além de não possuírem o mínimo existencial, não contribuem para a previdência, sendo esse auxílio fornecido pelo Ministério da Cidadania, originado da assistência social. Trata-se do benefício de prestação continuada, que pode ser concedido ao idoso maior de 65 anos e ao deficiente com impedimento de longo prazo de qualquer natureza.

No presente artigo acadêmico, serão abordados dois importantes eventos cobertos pela previdência e pela assistência social. O primeiro refere-se à incapacidade laborativa, que gera aos segurados o direito ao recebimento de auxílio por incapacidade temporária ou aposentadoria por incapacidade permanente – a depender da extensão da incapacidade, os quais podem ser concedidos ao incapacitado, desde que comprove a filiação ao RGPS à época do surgimento da incapacidade e o número mínimo de contribuições vertidas – no caso, a carência.

Quanto ao segundo evento, se trata da situação de vulnerabilidade socioeconômica vivenciada por pessoa com deficiência (renda *per capita* inferior a $\frac{1}{4}$ do salário-mínimo), que apresenta impedimento de longo prazo (superior a dois anos) de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, que obstrui a sua participação em sociedade.

Passa-se primeiro por um delineamento da seguridade social, posteriormente sendo analisados detalhadamente os critérios atinentes a cada um desses benefícios, para que, ao final, seja estudada a relação entre ambos – principalmente no que diz respeito a associação entre deficiência e incapacidade, tendo como finalidade do estudo examinar a

possibilidade de conversão do benefício assistencial em previdenciário, na hipótese de concessão indevida do primeiro, caso o requerente possua qualidade de segurado no momento do requerimento junto ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

A escolha do tema objeto deste artigo se deu em razão das inúmeras concessões indevidas na via administrativa, mormente, em virtude da falta de orientação e conhecimento por parte do segurado, e também, em virtude do direito do deste em receber o benefício que lhe for mais vantajoso. Considerando que o benefício previdenciário por incapacidade se trata de direito basilar e imprescindível para a segurança social e a garantia do mínimo existencial em momento de fragilidade, tem-se evidente a importância da temática em discussão.

Dessa forma, neste trabalho objetiva-se a análise do benefício assistencial e a possibilidade da sua conversão em benefício previdenciário por incapacidade, correlacionando a deficiência e incapacidade laborativa, tudo isso, através da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

2 SEGURIDADE SOCIAL

É imprescindível que todo Estado garantidor de direitos elabore e execute medidas a fim de fornecer proteção ao povo no caso de eventos imprevisíveis ou previsíveis – a velhice, por exemplo – e que possam desequilibrar a vida do ser humano, financeira e socialmente. Assim, importante se faz que o Estado procure sempre providenciar recursos e meios indispensáveis à sobrevivência da pessoa humana de forma digna, principalmente, no caso de fenômenos inesperados (AMADO, 2021).

Sabe-se que, eventos como desemprego involuntário, morte, prisão, doença, maternidade ou invalidez, embora possíveis de acometerem qualquer pessoa, são imprevisíveis, o que torna necessário que o Estado esteja preparado a fornecer meios de sustentar e garantir o mínimo existencial aos cidadãos em tais momentos (AMADO, 2021). Não apenas circunstâncias incertas, mas também, em ocorrências previsíveis, como o avanço da idade, é necessário que exista para o ser humano um meio garantidor de sobrevivência, quando inviável para ele garanti-la de forma independente (AMADO, 2021).

Diante disso, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 fora instituído no Brasil o Estado Social de Direito, o qual tem como prerrogativa basilar, a garantia de recursos financeiros às pessoas em situações de vulnerabilidade (seja ela como for), de modo a não deixá-las desamparadas, sem sequer o mínimo necessário para as necessidades básicas de qualquer ser humano (AMADO, 2021)

Dessa forma, a Carta Magna trouxe em seu artigo 6º os direitos sociais, assegurados a todos os brasileiros, sendo eles, o direito à educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção a maternidade e à infância, e também, à assistência social aos desamparados, sendo esses últimos, direitos basilares da seguridade social (CARDOSO, 2020).

Tem-se que “A Seguridade Social, como direito social, é um dos instrumentos jurídicos para concretização do objetivo de alcançar o bem-estar e a justiça sociais[...]” (CARDOSO, 2020, p. 13). Logo, trata-se de um direito fundamental, inclusive estando positivado e garantido pela própria Carta Constitucional, que tem como objetivo, a materialização do acesso à saúde, previdência e assistência social (AMADO, 2021).

Salienta-se que, dentro da seguridade social existem dois subsistemas que, juntos coexistem para garantir o mínimo existencial ao ser humano, podendo ser definidos nas palavras de Amado (2021), da seguinte forma:

[...] de um lado o subsistema contributivo, composto apenas pela previdência social, que pressupõe o pagamento (real ou presumido) de contribuições previdenciárias dos segurados para sua cobertura e dos seus dependentes. Do outro, o subsistema não contributivo, integrado pela saúde pública e pela assistência social, pois ambas são custeadas pelos tributos em geral (especialmente as contribuições destinadas ao custeio da seguridade social) e disponíveis a todas as pessoas que delas necessitarem, inexistindo a exigência de pagamento de contribuições específicas dos usuários para o gozo dessas atividades públicas (AMADO, 2021, p. 24).

Isto é, para que a pessoa se torne segurado da previdência social, passando a ter sua cobertura em todos os eventos por ela abrangidos, é necessário que contribua ao respectivo regime previdenciário. Por outro lado, a assistência social e a saúde pública são direitos garantidos indistintamente, independentemente da realização de contribuições.

Partindo de todo esse conjunto de características, tem-se que é evidente o objetivo indistinto e amplo que a seguridade social brasileira tem de proteger a dignidade social, através tanto do bem-estar como também da justiça social, seja por meio da previdência ou da assistência social (AMADO, 2021).

2.1 BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA AO DEFICIENTE

O benefício assistencial à pessoa deficiente e ao idoso se trata de direito que garante a esses, quando não possuem meios de prover a própria subsistência ou que estejam

inseridos em grupo familiar incapaz de garanti-la, o recebimento de um salário-mínimo mensal, enquanto perdurar a situação fática que deu origem à sua concessão.

Referido direito se encontra previsto no art. 203 da Constituição Federal, na Seção IV, que diz respeito a Assistência Social, sendo regulamentado pela Lei Orgânica da Assistência Social (Lei nº 8.742/93). Ademais, faz parte do Sistema Único de Assistência Social, criado pelo Ministério da Cidadania, sendo esse último inclusive o órgão responsável pela sua implementação, coordenação, monitoramento, regulação e avaliação (AMADO, 2021).

No que diz respeito aos requisitos necessários, especificamente, para o recebimento do benefício de prestação continuada ao deficiente, é necessário que o requerente possua: a) renda *per capita* familiar inferior a $\frac{1}{4}$ do salário-mínimo vigente; e b) deficiência, legalmente conceituada como impedimento de longo prazo que obstrua a participação da pessoa de forma plena e efetiva na sociedade (art. 20 da Lei nº 8.742/93).

2.2 Vulnerabilidade socioeconômica

O primeiro requisito observado na análise para a concessão do benefício assistencial é o socioeconômico, sendo este averiguado com base no critério objetivo estabelecido no §3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93, o qual dispõe que:

§ 3º Observados os demais critérios de elegibilidade definidos nesta Lei, terão direito ao benefício financeiro de que trata o caput deste artigo a pessoa com deficiência ou a pessoa idosa com renda familiar mensal *per capita* igual ou inferior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário-mínimo (BRASIL, 1993).

Para fins de aferição da renda considera-se família, a composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, contanto que residam juntos, conforme art. 20, §1º, da Lei nº 8.742/1993.

Contudo, o critério legal objetivo pode ser flexibilizado, o que ocorre precipuamente no âmbito judicial, caso seja possível verificar que o requerente vivencia situação de vulnerabilidade socioeconômica, ainda que, a renda *per capita* familiar ultrapasse o limite fixado pela legislação assistencial (KERTZMAN, 2021). Aliás, nesse mesmo sentido têm sido as decisões recentes exaradas pelo Supremo Tribunal Federal (KERTZMAN, 2021).

Inclusive, destaca-se que, na própria Lei Orgânica da Assistência Social fora incluído o §11 do art. 20, pela Lei nº 13.146/2015, o qual dispõe “§ 11. Para concessão do benefício de que trata o *caput* deste artigo, poderão ser utilizados outros elementos probatórios da condição de miserabilidade do grupo familiar e da situação de vulnerabilidade, conforme regulamento” (BRASIL, 1993).

Há ainda uma flexibilização legal pela exclusão dos valores recebidos pela pessoa com deficiência oriundos de atividade exercida como jovem aprendiz, ou, quando advindos de estágio supervisionado. Nesse caso, o beneficiário poderá manter sua remuneração e também o salário do benefício assistencial, pois, aquele, é excluído do cálculo da renda familiar do BPC/LOAS (KERTZMAN, 2021).

Além disso, também se exclui do cálculo os valores auferidos por pessoa idosa acima de 65 anos de idade, ou por pessoa com deficiência, originários de benefício assistencial ou previdenciário, no valor de um salário-mínimo, de componente do mesmo grupo familiar na qual se encontra inserido o requerente (AMADO, 2021).

O critério socioeconômico se trata do requisito primário para a análise do direito à concessão do benefício de prestação continuada ao deficiente, sendo que, após a avaliação pela assistente social, seja pela via administrativa ou mesmo pela judicial, passará a ser aferido o quesito deficiência.

2.3 Deficiência

Além da condição social e financeira do requerente ser ponto de análise, também é necessário que seja suprido outro requisito, que se trata o da deficiência, o qual deve ser averiguado consoante o §2º, do art. 20, da Lei 8.742/93, que dispõe:

Para efeito de concessão do benefício de prestação continuada, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas (BRASIL, 1993).

Veja-se que, para a apuração da deficiência consideram-se impedimentos tanto os de natureza física, sensorial, intelectual e mental, analisando-se ainda sua influência na vivência do requerente com o ambiente à sua volta (BITTENCOURT, 2019). Tais impedimentos são relacionados às barreiras existentes no meio ambiente em que vive o assistido, as quais são definidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência como:

IV - barreiras: qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que limite ou impeça a participação social da pessoa, bem como o gozo, a fruição e o exercício de seus direitos à acessibilidade, à liberdade de movimento e de expressão, à comunicação, ao acesso à informação, à compreensão, à circulação com segurança, entre outros, classificadas em:

a) barreiras urbanísticas: as existentes nas vias e nos espaços públicos e privados abertos ao público ou de uso coletivo;

b) barreiras arquitetônicas: as existentes nos edifícios públicos e privados;

c) barreiras nos transportes: as existentes nos sistemas e meios de transportes;

d) barreiras nas comunicações e na informação: qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que dificulte ou impossibilite a expressão ou o recebimento de mensagens e de informações por intermédio de sistemas de comunicação e de tecnologia da informação;

e) barreiras atitudinais: atitudes ou comportamentos que impeçam ou prejudiquem a participação social da pessoa com deficiência em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas;

f) barreiras tecnológicas: as que dificultam ou impedem o acesso da pessoa com deficiência às tecnologias; (BRASIL, 2015)

Quanto à definição de impedimentos de longo prazo, consideram-se “aqueles que incapacitam a pessoa com deficiência para a vida independente e para o trabalho pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos”. (CASTRO; LAZZARI, 2018, p. 770). Nas palavras de Phelipe Cardoso (2020, p. 89), “Não é necessário que o impedimento seja permanente, podendo ser temporário, desde que superior a dois anos”.

Ante o exposto, tem-se que, para a concessão do benefício de prestação continuada ao deficiente, além do requisito socioeconômico, é necessário a comprovação da deficiência, de qualquer natureza, que, em interação com diversas barreiras, obstrua a participação plena e efetiva do requerente, na sociedade, por prazo superior a dois anos.

3. BENEFÍCIOS POR INCAPACIDADE TEMPORÁRIA OU PERMANENTE

“Os benefícios por incapacidade protegem o segurado contra uma contingência social consistente na incapacidade real para o trabalho, em diferentes graus, de expressão temporária ou definitiva” (CARDOSO, 2020, p. 327). Entende-se como benefícios por incapacidade, a aposentadoria por incapacidade permanente e o auxílio por incapacidade temporária, podendo a distinção entre ambos ser definida da seguinte forma:

Na aposentadoria por incapacidade permanente, o segurado está incapacitado para toda e qualquer atividade laboral e não possui prognóstico razoável de recuperação. No auxílio-doença, ou o segurado está incapacitado para toda e qualquer atividade laboral e possui prognóstico de recuperação, ou está incapacitado para alguma(s) atividade(s) laboral(is), podendo exercer outra(s), com ou sem reabilitação profissional (CARDOSO, 2020, p. 327).

Pelo exposto, nota-se que, não obstante os referidos benefícios compartilhem do mesmo requisito concernente à carência de doze meses de contribuições vertidas ao RGPS (salvo no caso de acidente de qualquer natureza), bem como, a qualidade de segurado à época do início da incapacidade ou do requerimento administrativo, diferem-se na extensão e previsibilidade de duração da incapacidade laborativa, o que será demonstrando a seguir.

3.1 Auxílio por incapacidade temporária

“O auxílio-doença é um benefício concedido ao Segurado impedido de trabalhar por doença ou acidente, ou por prescrição médica (por exemplo no caso de gravidez de risco) por mais de 15 dias consecutivos” (CASTRO, 2018, p. 659).

Ademais, o art. 59 da Lei nº 8.213/91 dispõe que “O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos”.

Do dispositivo legal infere-se que, para o recebimento do auxílio por incapacidade temporária, exige-se a comprovação da incapacidade laborativa, contudo, não é necessário que essa impeça o segurado de exercer qualquer tipo de atividade laboral, mas tão somente aquela à que ele habitualmente desenvolve (BITTENCOURT, 2019).

Doutrinariamente, a incapacidade laborativa classifica-se da seguinte forma “a) Quanto ao grau, poderá ser total ou parcial; b) Quanto à duração, será temporária (prazo previsível para a recuperação) ou de duração indefinida (prazo imprevisível)” (AMADO, 2021, p. 907). É possível ainda, classificar a incapacidade laborativa em relação a profissão exercida pelo segurado:

A incapacidade total é aquela que se projeta para toda e qualquer atividade laboral (omniprofissional). A incapacidade parcial é a que se projeta para uma ou algumas atividades laborais. A incapacidade permanente/irreversível é a insusceptível de recuperação segundo o prognóstico da medicina, isto é, ausência de plausibilidade de convalhecimento. A incapacidade temporária é que pode ser superada depois de certo prazo de recuperação, associada ou não à necessidade de tratamento ou reabilitação profissional (CARDOSO, 2020, p. 328).

Amado (2021) leciona que o auxílio por incapacidade temporária poderá ser concedido em duas hipóteses:

- a) Incapacidade temporária parcial ou total para o trabalho habitual por mais de 15 dias consecutivos, sendo plenamente possível a recuperação do segurado para desenvolver a mesma atividade;
- b) Incapacidade permanente parcial ou total do segurado para o trabalho habitual por mais de 15 dias consecutivos, não sendo possível a recuperação do segurado para continuar desenvolvendo o trabalho habitual, mas plenamente viável a reabilitação profissional para outra atividade que lhe garanta a subsistência (AMADO, 2021, p. 907).

Assim, o auxílio por incapacidade temporária poderá ser concedido ao segurado quando constatada a incapacidade laborativa parcial ou total, mas temporária, relativa à atividade habitualmente desenvolvida.

No entanto, ainda que de caráter temporário, dependendo do caso, poderá ser mantido por tempo indeterminado, até que possível a recuperação do requerente para exercer a mesma atividade ou a sua reabilitação para outra diversa.

3.2 Aposentadoria por incapacidade permanente

A aposentadoria por incapacidade permanente “trata-se de uma aposentadoria não programada, decorrente de incapacidade real (provada) para todo e qualquer trabalho, sem perspectiva de superação” (CARDOSO, 2020, p. 331).

Deverá ser concedida ao segurado que, estando em plena fruição ou não de auxílio por incapacidade temporária, seja considerado incapaz para o labor, e ainda, insuscetível de reabilitação para exercício de atividade que lhe permita ser capaz de garantir a própria subsistência (KERTZMAN, 2021).

Ressalta-se que, na análise para a concessão do benefício de aposentadoria por incapacidade permanente deve se considerar não apenas as condições médicas do segurado, mas, também, a sua idade e condições sociais, visto que a baixa escolaridade e a idade avançada, por exemplo, podem tornar inviável a reabilitação profissional do beneficiário (AMADO, 2021).

Aliás, a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais até mesmo sedimentou através da Súmula nº 47 que “Uma vez reconhecida a incapacidade parcial para o trabalho, o juiz deve analisar as condições pessoais e sociais do segurado para a concessão de aposentadoria por invalidez” (BRASIL, 2012).

Ainda, importante frisar que “o segurado aposentado por invalidez que necessitar de assistência permanente de terceiro perceberá um adicional de 25% sobre a renda da aposentadoria” (CARDOSO, 2020, p. 332-333)

Pois bem, a aposentadoria por incapacidade permanente, por sua vez, se trata de benefício previdenciário concedido ao segurado, quando esse é incapaz não só para o trabalho que exerce de forma habitual, mas qualquer outro, ou seja, quando seu caso é insuscetível de reabilitação, em razão do seu estado clínico e contexto social.

4. CONVERSÃO DO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL AO DEFICIENTE EM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO POR INCAPACIDADE

Em que pese o benefício assistencial ao deficiente e os benefícios por incapacidade sejam distintos não somente quanto à origem, vez que, o primeiro é de natureza assistencial e o segundo previdenciária, mas, também em relação aos critérios e características, em síntese eles possuem a mesma finalidade: a de garantir o mínimo existencial para aqueles que se encontram impossibilitados de manter a própria subsistência, de forma independente.

Acontece que, ao contrário do auxílio-doença e da aposentadoria por invalidez, o benefício assistencial não pode ser cumulado com outros benefícios assegurados pela

seguridade social, além disso, não gera gratificação natalina e nem institui pensão no caso de falecimento do beneficiário (AMADO, 2021). Ou seja, os benefícios previdenciários por incapacidade são mais vantajosos ao requerente do que o de cunho assistencial.

Entretanto, para que o requerente faça jus ao benefício previdenciário por incapacidade, seja permanente ou temporário, é necessário que tenha doze contribuições vertidas ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e esteja coberto pela previdência à época do surgimento da incapacidade, salvo auxílio-acidente, onde será necessário apenas a qualidade de segurado no momento do ocorrido.

Por óbvio que, se o requerente não for filiado ao Regime Geral da Previdência Social – RGPS, não poderá receber os benefícios citados, oportunidade em que poderá ser analisado os problemas de saúde apresentados e a possibilidade de receber um benefício assistencial ao deficiente.

Ocorre que, muitos segurados, principalmente os segurados especiais, não possuem conhecimento legal de qual benefício tem direito a receber e qual pode ser mais vantajoso. Assim, a pessoa impossibilitada de trabalhar e manter a própria sobrevivência requer junto à Autarquia Previdenciária a concessão de benefício que possa lhe garantir o sustento, sem qualquer supervisão jurídica, e acaba sendo beneficiado desvantajosamente.

Isso ocorre porque dificilmente o servidor analisa previamente a realidade do requerente, a fim de verificar, por exemplo, se esse se trata de segurado especial, ou mesmo, já possui os doze meses de carência, ou, ainda, embora aparente ter perdido a qualidade de segurado, tem direito à prorrogação do período de graça pelo desemprego involuntário, ou que, a incapacidade tenha surgido em momento anterior e concomitante à cobertura previdenciária.

Com isso, o INSS concede o benefício assistencial à pessoa com deficiência, ainda sendo essa incapacitada para as atividades laborativas habituais e segurada da previdência social. Em razão dessa inércia da Autarquia Federal em procurar conceder o benefício mais vantajoso ao segurado, esse deixa de usufruir do décimo terceiro e de instituir pensão, ou mesmo, de ter aumentada a renda familiar, ante a possibilidade de suspensão ou cessação do amparo assistencial.

4.1 Relação entre incapacidade e deficiência

Uma vez incontroversa a qualidade de segurado, resta ainda a necessidade da comprovação da incapacidade laborativa, tendo em vista que, o conceito de deficiência e incapacidade se divergem, consoante ensina Bittencourt (2019, p. 39):

[...] de forma superficial se pode verificar que a incapacidade gera impossibilidade parcial ou total de execução de tarefas ligadas à atividade laboral, enquanto a deficiência determina alguma situação de barreira que impeça a pessoa de atuar em igualdade de condições com os demais, porém, não traz incapacidade para realização de tarefas ligadas ao desempenho de labor [...].

Dessa forma, Amado (2021) ensina que:

[...] deficiência poderá ou não conduzir a uma incapacidade laborativa, a exemplo de pequena perda auditiva ou de visão que não impacte de modo significativo a capacidade do segurado para o trabalho habitual, não gerando a concessão de benefício por incapacidade laborativa (AMADO, 2021, p. 58)

Entretanto, a própria Organização Mundial de Saúde define a incapacidade como “qualquer redução ou falta (resultante de uma deficiência ou disfunção) da capacidade para realizar uma atividade de maneira considerada normal para o ser humano, ou que esteja dentro do espectro considerando norma”. (HORVATH JÚNIOR, 2008, p. 163 *apud* BITTENCOURT, 2019, p. 60).

À vista disso, Bittencourt (2019, p. 62) chegou ao entendimento de que:

[...] a incapacidade pode ser definida como qualquer redução ou falta, seja ela física, psicológica, volitiva, sensorial ou intelectual (resultante de uma deficiência ou disfunção), decorrente ou não de um acidente, que impeçam a pessoa de atuar em igualdade de condições com os demais, sendo necessária, para essa aferição, levar em consideração não só a pessoa, como ainda o ambiente em que está inserida [...]. Diante da moderna leitura da situação incapacitante, devem, então, ser levadas em consideração não só o aspecto saúde, como ainda a atividade e participação, tendo como referência a pessoa (sua capacidade laborativa em situações normais), porém não só ela, como também os fatores ambientais.

Percebe-se com isso, que, do conceito de deficiência é possível extrair a incapacidade laboral, tendo em vista que, impedimento de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, pode se mostrar como fator que impossibilite o segurado de desenvolver tanto atividades laborativas habituais, como também qualquer outra atividade laboral, hipótese que, se verificada, poderá ensejar a concessão de benefício por incapacidade.

Dito isso, a conversão pode ser tanto em auxílio por incapacidade temporária, já que, o benefício assistencial define como impedimento de longo prazo aquele superior a dois anos, ou seja, o segurado poderia usufruir o benefício previdenciário durante todo esse interstício, que poderá ser prorrogado, ou mesmo em aposentadoria por incapacidade permanente, pois, a deficiência pode constituir impedimento de longo prazo que incapacite total e permanentemente para o trabalho, o filiado do regime previdenciário.

4.2 Da conversão do benefício

Apesar da possibilidade da concessão do benefício errôneo ao requerente, não há na legislação assistencial ou na legislação da seguridade social, previsão quanto à perspectiva de conversão do benefício assistencial em previdenciário, todavia, o pedido poderá ser feito perante o Poder Judiciário, considerando que, mesmo que o segurado requeira diretamente pela via administrativa, dificilmente será deferido o pedido, pois, em casos reais, alegam perenemente a falta de qualidade de segurado em razão do recebimento do benefício assistencial.

Destaca-se que, embora a ausência de regulamentação normativa quanto ao tema em questão, existem diversos precedentes referentes a ações judiciais de concessão de pensão por morte em que o instituidor era beneficiário de amparo assistencial no momento do óbito.

O doutrinador Frederico Amado (2021) inclusive leciona que, de forma extraordinária, é possível a concessão de pensão por morte ao dependente de beneficiário do BPC/LOAS, desde que:

- a) Se o INSS não concedeu o melhor benefício, tendo havido erro administrativo ao não conceder o benefício previdenciário cabível na época do requerimento administrativo, a exemplo do cabimento de aposentadoria por idade ao segurado especial ao idoso ou de aposentadoria por incapacidade permanente do segurado deficiente (AMADO, 2021, p. 119);

Tal possibilidade, inclusive, fora questão submetida a julgamento perante a Turma Nacional de Uniformização, a qual fixou a tese de que “É possível a concessão de pensão por morte quando o instituidor, apesar de titular de benefício assistencial, tinha direito

adquirido a benefício previdenciário não concedido pela Administração”365, de acordo com o Tema 225.

Nessa mesma linha de seguimento, também temos a jurisprudência:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. INACUMULABILIDADE COM BENEFÍCIO DE AMPARO ASSISTENCIAL. POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DESTE EM APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. JULGADO ANULADO. NECESSIDADE DE REABERTURA DA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. INCIDENTE PROVIDO EM PARTE. 1. O benefício de renda mensal vitalícia, instituído pela Lei nº 6.179/74 e posteriormente substituído pela Lei nº 8.742/93, é inacumulável com qualquer benefício previdenciário, ressalvado o direito à opção. 2. Havendo elementos que permitam o entendimento de pretensão de conversão de amparo assistencial em aposentadoria rural por idade, esta sim, cumulável com pensão por de rurícola, impõe-se reabertura da instrução probatória, para melhor aplicação do direito à espécie. 3. Pedido de Uniformização de Jurisprudência provido em parte. (TRU 1ª Região, processo 0031222-68.2007.4.01.3300, de 10/04/2012)366

Ora, se o dependente pode lhe ter reconhecido o direito à concessão da pensão por morte pela conversão do benefício assistencial recebido pelo instituidor, em benefício previdenciário, nada mais justo que a conversão também seja permitida ao segurado em vida. Nesse sentido, a jurisprudência pátria:

PREVIDENCIÁRIO. CONVERSÃO DE BENEFÍCIO ASSISTENCIAL EM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. QUALIDADE DE SEGURADO CONSTATADA. INCAPACIDADE DECORRENTE DE ACIDENTE. DESNECESSIDADE DE CARÊNCIA. BENEFÍCIO DEVIDO. 1. Totalmente despropositada a formulação de pretensão recursal condicional, para que seja adotado o critério que resultar em valor inferior para a Autarquia, pois também o pedido formulado no recurso deve ser certo e determinado (CPC/73, art. 286), não sendo dado ao órgão jurisdicional, de 1º ou 2º grau, emitir provimento jurisdicional condicional (CPC/73, art. 460, parágrafo único). Cobia, pois, ao INSS, antes de impugnar a verba honorária fixada na sentença, aferir por

365 Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/turma-nacional-de-uniformizacao/temas-representativos/tema-225>>. Acesso em: 12 out. 2021.

366 Disponível em: <<https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/unificada/>>. Acesso em: 10 out. 2021.

seus próprios meios se essa impugnação lhe seria ou não proveitosa. Apelação não conhecida quanto a este ponto. 2. O pleito de atribuição de efeito suspensivo à apelação do INSS não merece acolhimento, pois o antigo Código de Processo Civil, vigente à época, em seu artigo 520, inciso VII estabelece que, em se tratando de sentença na qual restou confirmado o deferimento do pedido de antecipação da tutela, a apelação interposta deve ser recebida, tão somente, no efeito devolutivo. Além disso, não ficou demonstrado risco de lesão grave e de difícil reparação, tampouco fundamentação relevante para justificar a concessão de efeito suspensivo. 3. A antecipação de tutela deve ser mantida, na medida em que o julgamento do mérito, lastreado na prova dos autos, torna inconteste a presença do requisito da verossimilhança das alegações da parte autora, sendo indiscutível o periculum in mora, que decorre da própria natureza alimentar da verba objeto da ação. 4. A Sentença não merece reparos quanto ao benefício previdenciário concedido, pois lastreada no acervo probatório coligido aos autos, que evidenciou que a parte autora é segurada do RGPS, na qualidade de contribuinte individual, sendo considerada incapaz para o exercício de atividade, conforme entendimento da própria autarquia, que lhe concedeu o benefício de amparo assistencial por equívoco, uma vez que estavam preenchidos os requisitos necessários à concessão de aposentadoria por invalidez, à época do requerimento. 5. A parte autora recolheu na qualidade de contribuinte individual nas competências de abril/07 e junho/07, o que autoriza a conclusão de que, quando do início da incapacidade (09.10.2007), mantinha a referida qualidade, na forma do art. 15, II, da Lei n. 8.213/91. De mais a mais, como a incapacidade é decorrente de acidente, ocorrido em 10.2007, não há necessidade de cumprimento de carência, conforme art. 26, II, do referido diploma legal. Assim, faz jus a parte autora ao benefício de aposentadoria por invalidez. 6. Os juros de mora e a correção monetária devem se adequar à orientação seguida por esta Câmara, observando-se, destarte, os ditames do art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97, na redação conferida pela Lei nº 11.960/09, sem prejuízo da incidência do que será decidido pelo STF do RE 870.947/SE, com repercussão geral reconhecida, de modo que a deliberação daquela Corte haverá de refletir neste feito, seja para sua manutenção ou mudança. Em relação às parcelas anteriores a Lei 11.960/09, os juros

de mora incidirão à alíquota de 1% a.m., a partir da citação, e correção monetária conforme Manual de Cálculo da Justiça Federal. 7. Apelação parcialmente conhecida (item 1) e, na parte conhecida, parcialmente provida (item 6). Remessa Oficial parcialmente provida (item 6). (TRF-1 - AC: 00014555920154013314, Relator: Juiz Federal Fabio Rogerio França Souza, Data de Julgamento: 14/10/2016, 1ª Câmara Regional Previdenciária da Bahia, Data de Publicação: 09/02/2017)367

PREVIDENCIÁRIO. CONVERSÃO DE BENEFÍCIO ASSISTENCIAL EM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. QUALIDADE DE SEGURADO. COMPROVAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DIFERIMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CUSTAS. 1. Demonstrada a qualidade de segurado da Previdência Social, desde quando teve início a incapacidade laborativa, o autor faz jus à conversão do benefício assistencial para aposentadoria por invalidez. 2. Deliberação sobre índices de correção monetária e taxas de juros diferida para a fase de cumprimento de sentença, a iniciar-se com a observância dos critérios da Lei 11.960/2009, de modo a racionalizar o andamento do processo, permitindo-se a expedição de precatório pelo valor incontroverso, enquanto pendente, no Supremo Tribunal Federal, decisão sobre o tema com caráter geral e vinculante. Precedentes do STJ e do TRF da 4ª Região. 3. Os honorários advocatícios devem ser fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas vencidas até a data da sentença, a teor das Súmulas 111, do STJ, e 76, do TRF da 4ª Região. 4. O INSS é isento do pagamento das custas no Foro Federal (art. 4, I, da Lei nº 9.289/96) e na Justiça Estadual do Rio Grande do Sul, devendo, contudo, pagar eventuais despesas processuais, como as relacionadas a correio, publicação de editais e condução de oficiais de justiça (artigo 11 da Lei Estadual nº 8.121/85, com a redação da Lei Estadual nº 13.471/2010, já considerada a inconstitucionalidade formal reconhecida na ADInº 70038755864, julgada pelo Órgão Especial do TJ/RS).(TRF-4 - AC: 32544620164049999 PR 0003254-

367 Disponível em: <<https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/trf1/index.xhtml>>. Acesso em: 16 out. 2021.

46.2016.404.9999, Relatora: Marina Vasques Duarte De Barros Falcão,
Data de Julgamento: 30/11/2016, SEXTA TURMA)368

Portanto, diante da relativização da definição de incapacidade laborativa – que pode originar-se de qualquer natureza, inclusive, decorrer de deficiência, e ainda, considerando que, ao requerer a concessão do amparo assistencial, a qualidade de segurado do requerente sequer é averiguada, tem-se perfeitamente possível a conversão do benefício de prestação continuada ao deficiente em benefício por incapacidade.

Reforça-se que a concessão indevida do benefício assistencial apenas acontece em razão da inobservância pelo INSS do dever de oferecer ao segurado o benefício que lhe for mais vantajoso, até porque, a maioria dos requerentes não detém conhecimento acerca das regras pertinentes aos benefícios previdenciários e assistenciais, de modo que seria imprescindível que o servidor fornecesse, ao menos, as opções dos benefícios assegurados constitucionalmente, explicando-lhe seus critérios e características.

Por todo o exposto, evidente a necessidade da positivação do direito à conversão do benefício assistencial em previdenciário, para que seja possível requerê-lo tanto pelo âmbito administrativo, como também pela via judicial, havendo para isso, diversos precedentes jurídicos que reconhecem a viabilidade da questão e que podem nortear a discussão.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto inicialmente, o presente artigo teve como objetivo realizar um estudo quanto a perspectiva de converter o benefício de prestação continuada ao deficiente em auxílio por incapacidade temporária ou aposentadoria por incapacidade permanente, em casos de concessão indevida o primeiro, devido à falta de conhecimento do segurado e a inércia do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) em lhe ofertar o benefício mais vantajoso.

A possibilidade de conversão carece de positivação na legislação pátria, contudo, há diversos julgados favoráveis aos segurados que buscaram esse direito pela via judicial, isso porque, além de ser dado a eles a oportunidade de comprovar a qualidade de segurado, também podem atestar, através de perícia médica, que a deficiência acarreta em incapacidade laborativa.

368 Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php>. Acesso em: 22 out. 2021.

Baseado nas pesquisas bibliográficas realizadas para a elaboração do presente artigo, fora possível perceber que o assunto necessita de aprofundamento por parte dos doutrinadores, e também, um estudo pelos órgãos responsáveis pela posituação de direitos no âmbito previdenciário. Por derradeiro, pretende-se com este artigo, a visibilidade do tema e o levantamento da discussão no meio acadêmico jurídico, e também, com o intuito de propiciar aos estudiosos da área, fundamento teórico quanto ao assunto.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. **Curso de direito e processo previdenciário**. 14. ed. Salvador, JusPodivm, 2021.

BAHIA. Tribunal Regional Federal (1). **Acórdão 0001455-59.2015.4.01.3314**. Previdenciário. Conversão de benefício assistencial em aposentadoria por invalidez. Qualidade de segurado constatada. Incapacidade decorrente de acidente. Desnecessidade de carência. Benefício devido. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS Recorrido: Jose Raimundo Avelino da Cruz. Relatora: Fabio Rogerio França Souza, 14/10/2016. Jurisprudência TRF1. Bahia, 2017. Disponível em: <https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/trf1/index.xhtml>. Acesso em: 16 out. 2021.

BITTENCOURT, André Luiz Moro. **Manual dos benefícios por incapacidade laboral e deficiência**. 3. ed. Curitiba. Alteridade Editora, 2019.

BRASIL. **Constituição 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nos 1/92 a 91/2016 e pelo Decreto Legislativo no 186/2008. Brasília-DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016. 496 p. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf>. Acesso em: 16 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da república, 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.742, de 07 de dezembro 1993**. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm> Acesso em: 16 out. de 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015.** Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 10 abr. 2022.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais. **Súmula 47.** Uma vez reconhecida a incapacidade parcial para o trabalho, o juiz deve analisar as condições pessoais e sociais do segurado para a concessão de aposentadoria por invalidez. Brasília-DF, [2012]. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/phpdoc/virtus/sumula.php?nsul=47>>. Acesso em: 10 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1). **Acórdão 0031222-68.2007.4.01.3300.** Previdenciário. Pensão por morte. Inacumulabilidade com benefício de amparo assistencial. Possibilidade de conversão deste em aposentadoria rural por idade. Julgado anulado. Necessidade de reabertura da instrução probatória. Incidente provido em parte. Relatora: Simone dos Santos Lemos Fernandes, 10/04/2012. Jurisprudência Unificada. Disponível em: <<https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/unificada/>>. Acesso em: 10 out. 2021.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. **Tese 0029902-86.2012.4.01.3500.** Representativo de controvérsia. Previdenciário e assistência social. Apuração de erro na concessão de benefício com reflexos futuros na impossibilidade de geração de pensão por morte. Investigação sobre a verdade real inerente à dignidade humana e à própria condição laboral do segurado. Tese no sentido de que "é possível a concessão de pensão por morte quando o instituidor, apesar de titular de benefício assistencial, tinha direito adquirido a benefício previdenciário não concedido pela administração". Recurso provido. Questão de ordem n. 20 da TNU. Relator: Atanair Nasser Ribeiro Lopes, 20/11/2020. Tema 225. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/turma-nacional-de-uniformizacao/temas-representativos/tema-225>>. Acesso em: 12 out. 2021.

CARDOSO, Phelipe. **Manual de direito previdenciário.** 1. ed. Salvador, JusPodivm, 2020.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito.** 21. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. Direito previdenciário. São Paulo: Quartier latin, 2008.

KERTZMAN, Ivan. **Curso prático de direito previdenciário.** 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

PARANÁ. Tribunal Regional Federal (4). **Acórdão 0003254-46.2016.404.9999.**
Previdenciário. Conversão de benefício assistencial em aposentadoria por invalidez.
Qualidade de segurado. Comprovação. Correção monetária e juros de mora. Fase de
cumprimento de sentença. Diferimento. Honorários advocatícios. Custas. Relatora: Marina
Vasques Duarte,30/11/2016. Jurisprudência. Paraná, 2016. Disponível em:
<https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php>. Acesso em: 22 out.
2021.

BIOÉTICA, BIODIREITO E COVID-19 NO CONTEXTO JURÍDICO BRASILEIRO

VANESSA DE SOUSA BENCHIMOL MERELES:

Discente da Universidade Federal do Amazonas-UFAM, no curso de Direito

SUSAN FRÓES DE ASSUNÇÃO³⁶⁹

(coautora)

ADRIANO FERNANDES FERREIRA³⁷⁰

(orientador)

RESUMO: O direito à saúde constitui a base da vida humana, sendo direito fundamental previsto no artigo 196 da Constituição de 1988. Mas nenhum direito é alcançado se não houver apoio jurídico e cobrança ativa por parte da sociedade, e a mesma só poderá cobrar aquilo que é de seu conhecimento. No contexto atual de pandemia pela Covid-19, muitos conflitos éticos têm sido levantados e enfrentados pela sociedade. É nesse cenário que o Biodireito e a Bioética entram, como fortes aliados contra a Covid-19. Questiona-se se os princípios da bioética podem ajudar no combate à pandemia, ou ainda, como o biodireito, com suas regras e princípios poderia contribuir para combater o avanço da doença, sem esquecer do papel fundamental da saúde pública, na figura do SUS, no combate à covid. Resumidamente, a bioética nada mais que a ética voltada para a vida, no sentido lato, ou seja, é uma área a serviço da vida, procurando estudar os bons valores e os impactos que tais valores têm na vida em sociedade. Já o biodireito teria por tarefa realizar a tutela jurídica da vida. No quesito saúde pública, o Sistema Único de Saúde entra como um verdadeiro protagonista no combate à covid-19. A pandemia revelou diversos problemas sociais até então insistentemente ignorados; toda essa conjuntura fez vir à tona conflitos éticos extremamente fortes e o Direito não poderia ficar de fora. Em razão desse triângulo envolvendo biodireito, bioética e Covid-19 justifica-se a discussão em torno da temática ora apresentada, dada a sua relevância para a sociedade. A crise sanitária causada pelo Sars-CoV-2 foi tamanha que o Direito teve que se debruçar sobre o mesmo, juntamente com o biodireito e a bioética, unidos em uma tentativa de impor limites éticos-jurídicos na forma como a pandemia vem sendo conduzida pelo Estado e pela sociedade.

369 Discente da Universidade Federal do Amazonas-UFAM, no curso de Direito

370 Docente da Universidade Federal do Amazonas-UFAM, no curso de Direito.

Palavras-chave: Biodireito. Covid. Pandemia.

ABSTRACT: *The right to health constitutes the basis of life, being a fundamental right provided for in article 196 of the 1988 Constitution. But no right is achieved if there is no legal support and active collection on the part of society. In the current context of the Covid-19 pandemic, many ethical conflicts have been raised and faced by society. It is in this scenario that Biolaw and Bioethics enter, as strong allies against Covid-19. It is questioned whether the principles of bioethics can help in the fight against the pandemic, or even how biolaw, with its rules and principles could contribute to combating the advance of the disease, without forgetting the fundamental role of public health, in the figure of SUS, in the fight against covid. In short, bioethics is nothing more than ethics focused on life, in the broadest sense, that is, it is an area at the service of life, seeking to study the good values and the impacts that such values have on life in society. Biolaw, on the other hand, would have the task of carrying out the legal protection of life. In terms of public health, the Unified Health System is a true protagonist in the fight against covid-19. The pandemic revealed several social problems hitherto insistently ignored; All this conjuncture brought to light extremely strong ethical conflicts and the Law could not be left out. Due to this triangle involving biolaw, bioethics and Covid-19, the discussion around the theme presented here is justified, given its relevance to society. The health crisis caused by Sars-CoV-2 was such that the Law had to address it, along with biolaw and bioethics, united in an attempt to impose ethical-legal limits on the way the pandemic has been conducted by the state and by society.*

Keywords: Biolaw. Covid. Pandemic.

1 INTRODUÇÃO

O direito à saúde constitui a base da vida humana, sendo direito fundamental assegurado a todos os cidadãos pelo artigo 196 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), devendo assim o Estado agir no intuito de garantir esse direito. Mas nenhum direito é de fato alcançado se não houver, além do devido apoio jurídico, a cobrança ativa por parte da sociedade, e a mesma só poderá cobrar aquilo que é de seu conhecimento. No contexto atual de pandemia pela Covid-19, muitos conflitos éticos têm sido levantados e enfrentados pela sociedade (MORAES, 2020), a qual tem buscado no mundo das leis, um mínimo de amparo para conseguir vencer essa terrível batalha contra o vírus, não somente o vírus veiculador da doença, mas o vírus da ignorância e da falta de responsabilidade perante a saúde pública. É nesse cenário que o Biodireito e a Bioética entram, como fortes aliados contra a Covid-19 (DADALTO, 2021).

Todavia, para que se compreenda o papel essencial tanto da Bioética, da saúde pública, quanto do Biodireito, necessário é buscar a definição dos termos aqui utilizados,

desmistificando a ideia de que os termos acima são meros sinônimos ou que se restringem à sua nomenclatura (NORA, 2021). Assim, de que forma os princípios da bioética podem ajudar no combate à pandemia, ou ainda, como o biodireito, com suas regras e princípios poderia contribuir para combater o avanço da doença, sem esquecer do papel fundamental da saúde pública no combate à covid são apenas alguns dos questionamentos aqui suscitados, sem a intenção de esgotar o tema (RECUERO, 2020).

Explanando sucintamente o que vem a ser bioética, tem-se aqui a definição trazida pelo Programa Regional de Bioética, o qual é vinculado à Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS, 2007), que diz ser a bioética nada mais que a ética voltada para a vida, em seu sentido mais amplo, ou seja, é uma área a serviço da vida, da saúde, do meio ambiente, aproximando a ciência das questões humanitárias, sendo uma ferramenta que possibilita ao indivíduo o mínimo necessário para se evitar a instrumentalização da vida humana, em outras palavras, a bioética procura estudar os bons valores e os impactos que tais valores têm na vida em sociedade. Ainda segundo o OPAS, o biodireito teria por tarefa realizar a tutela jurídica da vida e suas mais amplas concepções.

Agora, quando o assunto é saúde pública, o Sistema Único de Saúde entra como um verdadeiro protagonista, no que tange ao combate à Covid-19. Após décadas de luta, finalmente o SUS, como é popularmente conhecido, foi instituído pela Carta Magna de 1988 e consolidado através das Leis n.º 8.080/90 e 8.142/90. O SUS, antes da pandemia, foi alvo de constantes ataques e de políticas de dismantelamento de sua estrutura (GIOVANELLA *et al.*, 2019), aliado a isso veio também o corte nos recursos financeiros destinados ao SUS. Durante a pandemia, pode-se dizer que o Brasil passou a enxergar o SUS, o qual, por meio de seus servidores, evitou a morte de milhares de brasileiros que, do contrário, não teriam recursos financeiros para custear seu tratamento e recuperação.

Um pensamento é certo, a pandemia revelou para a sociedade diversos problemas sociais até então insistentemente ignorados: a precariedade das moradias brasileiras, o sucateamento dos hospitais públicos, a corrupção que atinge áreas cruciais e que, portanto, afetam a dignidade humana, a exposição de populações vulneráveis até então totalmente ignorados pelo poder público e sociedade (população carcerária, moradores de rua, etc), a saúde mental, o modo como o sistema econômico foi posto em primeiro lugar, em detrimento de milhares de vidas, a questão da proteção do trabalhador e os milhares de desempregados Brasil afora, trabalhadores que puderam permanecer em suas casas, enquanto milhares (a maioria com subempregos) não tiveram a mesma opção, enfim, mazelas sociais que ganharam uma "lente de aumento", frente à pandemia de covid-19 (ESTRELA *et al.*, 2020). Toda essa conjuntura fez vir à tona conflitos éticos extremamente

fortes e o Direito, sendo o regulamentador da vida em suas diversas áreas, não poderia estar de fora.

Em razão desse triângulo envolvendo biodireito, bioética e Covid-19 justifica-se a discussão em torno da temática ora apresentada, dada a sua relevância para a sociedade. A crise sanitária causada pelo Sars-CoV-2 foi tamanha que o Direito teve que se debruçar sobre o mesmo, juntamente com o biodireito e a bioética, unidos em uma tentativa de impor limites éticos-jurídicos na forma como a pandemia vem sendo conduzida pelo Estado e pela sociedade. Nisso, o uso do brocardo jurídico se adequa perfeitamente: *ubi societas, ibi ius*, ou seja, onde está a sociedade, está o direito.

Assim, o presente estudo tem como objetivo geral analisar a relação do Biodireito com a Pandemia de Covid-19, bem como a essencialidade dessa relação para o combate à pandemia. Os objetivos específicos são centrados: a) Na constatação do Biodireito como um processo indispensável no combate à pandemia de Covid-19, através da conscientização da população acerca dos princípios e regras do Biodireito e da Bioética; b) Analisar o Biodireito relacionado à Bioética como função ímpar na articulação de ações voltadas a aproximar as práticas científicas das questões humanitárias; c) Descrever, na seara do Biodireito e da Bioética, o estudo dos princípios, bem como legislações que embasam as práticas biomédicas científicas, com foco, sobretudo, na dignidade da pessoa; d) Fazer um levantamento de princípios do Biodireito que podem ser usados como ferramenta de sensibilização para a questão da pandemia, com base em fundamentos jurídicos, tornando-a não apenas um tema, mas uma realidade presente no cotidiano de todos e, portanto, inseparável; e) Analisar os desafios da aplicabilidade do Biodireito e da Bioética em face do Sistema Único de Saúde, no que tange à Covid-19 e seu enfrentamento, bem como a falta de conhecimento acerca dos dispositivos legais envolvendo Biodireito; Bioética e Pandemia.

Como metodologia, foi aplicado nesse estudo, o método dedutivo. A pesquisa tem abordagem qualitativa e quantitativa em relação aos seus fins e meios, nesta ordem. Fundamenta-se na ciência formal, teórica de artigos científicos que estão relacionados a temas do Biodireito e da Bioética, além de literatura jurídica ambiental, legislação atualizada, obras baseadas em assuntos sobre Biodireito, Bioética, Princípios. Portanto, possui como fundamentação integral, os estudos científicos, jurídicos, bioéticos, doutrinas jurídicas e jurisprudência.

2 BIODIREITO FRENTE À COVID-19

Como o próprio termo sugere, aqui o Direito aproxima-se das ciências biológicas e das ciências da saúde, através de regulamentações acerca de temas relacionados às duas áreas e afins (SGRECCIA, 1996). O biodireito, segundo Camargo (2002) é um ramo do

direito que se preocupa em tutelar o bem jurídico vida diante do acelerado desenvolvimento das práticas biomédicas científicas, como foco, sobretudo, na dignidade da pessoa e observando princípios imperativos. O biodireito, com bases na bioética, tem a missão de regular, segundo Diniz (2017), relações jurídicas ocorrentes entre o direito e os avanços tecnológicos ligados à medicina e biotecnologia; por sua vez, Sauwen (1977) compreende o biodireito como o tênue limite entre o respeito às liberdades individuais e a coibição de abusos contra a espécie humana. O biodireito tem por objetivo regular a vida com base na lei, na própria Carta Magna de 1988 (BRASIL, 1988) coloca-se isso através do princípio da legalidade, previsto no artigo 5º, inciso II.

Abordado os diversos conceitos, é essencial agora trabalhar os princípios do biodireito. Vale ressaltar que, nesse ponto, biodireito e bioética se misturam, dividindo, portanto, vários princípios, dentre os quais: precaução, responsabilidade, dignidade e sacralidade da vida. Segundo Fabríz (2003), o princípio da precaução guarda relação com a prática de evitar riscos potenciais, em outras palavras, exige que se tomem cuidados antecipados às práticas médicas e biotecnológicas; por sua vez, o princípio da responsabilidade tem por foco minimizar os malefícios causados pela intervenção na saúde, agindo assim a *posteriori*, quando a lesão já está concretizada; já o princípio da dignidade é muito claro, uma vez que visa tutelar a vida humana; por último, a sacralidade da vida decorre da dignidade, dando máxima proteção à vida diante das atividades médico-científicas.

Acerca da relação entre covid-19 e biodireito a jurista Luciana Dadalto traz uma série de reflexões sobre o tema, como por exemplo, a questão da telemedicina, uma vez que o isolamento foi algo exigido pela pandemia, isso acarretou a necessidade de maior confiança entre médico e paciente; entender que a ciência, por mais avanços que tenha dado, exige tempo quando o assunto é o desenvolvimento de medicamentos e negligenciar esse tempo por pressa em achar vacina contra a covid trouxe riscos sérios à saúde coletiva; o mito de que a covid seria uma doença democrática, uma vez que as populações mais atingidas foram justamente aquelas consideradas vulneráveis, do ponto de vista social e econômico, uma vez que estavam constantemente expostas ao vírus, seja pelo uso de transporte público, seja pelo grande número de pessoas dividindo a mesma moradia, na sua grande maioria contendo apenas um cômodo, e mais ainda pela dificuldade que essas pessoas têm em acessar serviços de saúde; o sucateamento dos hospitais públicos e a grande necessidade de fortalecer o SUS foram fatos inegáveis durante a pandemia; e a dicotomia ilógica de escolher entre economia e vidas (DADALTO, 2022).

Assim, a pandemia trouxe à tona a questão dos direitos humanos, da dignidade, da bioética e do biodireito. Para Diniz (2017), todos os aplicadores do direito, médicos, biólogos, operadores da ciência devem buscar o respeito à dignidade humana, sem acomodações e com muita coragem.

A pandemia pegou a todos de surpresa e muitos, na tentativa compreensível de salvar a si e seus entes, fizeram uso de “coquetéis” recomendados em alguma rede social ou estimulado por autoridades que deveriam aconselhar a crença na ciência e não em falsas informações. Tudo isso permeia o campo do biodireito, que regula a vida. Outro fator muito questionado foi a liberdade de locomoção e a recomendação pelo isolamento social. Por mais que o direito de locomoção esteja constitucionalmente previsto, a pandemia trouxe uma nova interpretação desse direito fundamental, uma vez que a vida e a saúde pública vieram em primeiro lugar, porém muitos, por necessidade ou resistência, puseram-se contra a medida legalmente recomendada (lockdown). Entretanto, nada ganhou mais ataques que o uso da máscara, que foi visto por muitos como um uso coercitivo a ferir a autonomia do indivíduo, todavia, mesmo invocando o princípio da autonomia, não se pode olvidar do princípio da beneficência e da não beneficência, não fazendo mal a outrem e procurando fazer o bem, o que guarda relação direta com o uso de máscara, objeto atacado por fake news e governantes mundo afora e, especialmente no Brasil, conforme é possível checar nos veículos de comunicação nacionais e internacionais. Ainda falando em autonomia, a covid e fake news trouxeram mais um conflito chamado “resistência à vacinação”, uma vez que muitos se recusaram a receber as doses imunizantes, dificultando o combate à pandemia. Novamente, mais que autonomia, deve-se procurar a beneficência e não beneficência. Sem esquecer de mencionar que os países ricos saíram na frente em relação à imunização de sua população, em detrimento de muitos países do continente africano, em um claro confronto com o princípio da justiça, que busca distribuir igualmente benefícios e riscos quando a vida corre riscos. Mesmo depois de vários conhecimentos consolidados acerca das vacinas, ainda se encontra resistência em meio às pessoas, dificultando a contenção do vírus, que sempre encontra pessoas não imunizadas e sem máscara, cenário perfeito para que o vírus possa sofrer mutações e ser disseminado mundo afora.

Referente à falta de leitos, oxigênio e medicamentos aos entubados, é inegável a responsabilidade estatal. Manaus, capital do Amazonas pode ser um exemplo (triste) desse conjunto de fatores que levou milhares de pessoas à morte, em um claro desrespeito à vida e ao biodireito e à bioética. Venda de falsos cilindros de oxigênio, superlotação de hospitais, demora na compra de vacina, covas coletivas, cenário de caos em Manaus, completa negligência da vida humana.

Problemas como os listados acima poderiam ter sido evitados ou amenizados se o biodireito e a bioética estivessem em primeiro lugar no combate à pandemia de covid-19.

2.1 BIOÉTICA FRENTE À COVID-19

Aliar dois termos como ética e direito tem um sentido especial, enquanto a ética tem intenções universais, preocupando com a internalização de boas condutas e pedindo a livre adesão (caráter facultativo), o direito entra em ação com sua postura cogente, impositiva, preocupando-se com os efeitos sociais da exteriorização de condutas e seus impactos na sociedade.

Inicialmente a bioética estava restrita a assuntos ligados à engenharia genética, mas foi ganhando cada vez mais amplitude, alcançando uma essência multidisciplinar (ALMEIDA FILHO, 2005). O vocábulo foi usado pela primeira vez em 1971, no título da obra de Van Renssealaer Potter (POTTER apud VIEIRA, 1999, p.15). De fato, a finalidade da bioética é auxiliar a humanidade na busca por uma participação mais racional no processo.

Quando se confronta a bioética com a pandemia tem-se um quadro de mudança relacionado à forma como a sociedade encarava relações de trabalho, relação de consumo e produção. Em outras palavras, a pandemia de Covid (*Corona Virus Disease*), inicialmente identificada na China, no final de 2019, trouxe a perda de milhares de vidas, a desestruturação econômica de centenas de países, e todo uma série de efeitos advindos desse fato, o mundo foi pego de surpresa e levou muito tempo para que as primeiras reações fossem esboçadas. Como a bioética sempre preocupou-se em entender tudo o que possa afetar a vida, trazendo riscos para a mesma, nada mais natural que associar bioética à Covid-19, na tentativa de trazer contribuições indispensáveis ao seu enfrentamento.

Segundo Blomm (2000), a pandemia, de modo geral, sempre assola, de forma mais impactante, as populações mais pobres. Eles esclarecem que há uma conexão entre pandemia e pobreza, embora todos estejam vulneráveis em maior ou menor grau; assim, as conexões são: contato entre as pessoas, facilitado pelo grande número de moradores dividindo moradias pequenas ou submoradias, o que facilita a veiculação do vírus; concentração de pessoas em transporte público precário; condições de saneamento básico e higiene (na pandemia de covid muitos sequer tinham acesso à água e sabão); corpos desnutridos e, portanto, mais fracos e sem condições físicas de enfrentar uma doença.

Um fato interessante que ganhou força com a covid foi justamente a veiculação de *fake news*, que ganhou terreno em mentes pouco esclarecidas e muito influenciáveis. A

veiculação de mensagens falsas acerca da pandemia só fez aumentar o medo, atrapalhando o trabalho dos órgãos responsáveis pela contenção da pandemia. Esse processo ganhou mais eficácia com o uso de mídias sociais e da internet em si, o que torna o combate a essa prática uma atividade extremamente difícil. Assim, segundo Lana (2020), há uma aumento na credibilidade em fake news, que são mais rápidas, e um descrédito nas informações passadas pelos órgãos competentes, de veiculação não tão célere. Isso fez com que os geradores de conhecimento entendessem a necessidade de aproximar os saberes científicos da população, saindo assim do conforto de seus laboratórios de pesquisa. Tudo isso gerou conflitos éticos relacionados à covid-19.

Impactos sociais e econômicos foram apenas algumas das consequências da covid aqui listadas, o que levou vários países a repensarem suas formas de produção e consumo, e a bioética não poderia ficar de fora desse processo, afinal produção e consumo leva à degradação ambiental, o que pode desencadear novos problemas de ordem social, aumentando a pobreza e a violência, fomentando o desemprego. Enfim, a pandemia fez com que as pessoas enxergassem que produção, consumo e responsabilidade social e ética não são fatores isoláveis e, se assim o fere, os efeitos serão catastróficos. Assim, sendo a bioética a ética voltada para a vida em seu sentido lato, relevante é refletir sobre a pandemia à luz dos princípios da bioética.

A bioética traz em seu cerne alguns princípios essenciais para se refletir acerca da pandemia. O princípio da autonomia, que representa a liberdade do indivíduo em escolher determinada opção para a sua vida; o princípio da não-beneficência que seria não causar mal a outrem; o princípio da beneficência que seria justamente fazer o bem a outrem; o princípio da justiça (imparcialidade), que seria distribuir igualmente benefícios e riscos.

Refletindo sobre essa relação princípios versus pandemia, percebe-se que muitos não tiveram a autonomia de permanecer em suas casas, protegendo suas vidas, bem como o princípio da justiça foi praticamente negligenciado, uma vez que milhares de empresas foram à falência, empregos foram perdidos e o índice de miserabilidade só aumentou, enquanto algumas poucas empresas (Amazon, Microsoft, Google) faturaram bilhões de dólares, só para dar um exemplo extremado da situação. Falando ainda em distribuir igualmente benefícios e riscos viu-se que as pequenas empresas receberam pouca ajuda por parte do governo brasileiro, o que dificultou a sobrevivência de muitos negócios no período pandêmico, segundo a Revista Uol Economia. Primeiro a pequena empresa deixa de fazer bons negócios, depois atrasa a folha de pagamento de funcionários e fornecedores, depois cai em um ciclo recessivo que se torna sem fim, caso a ajuda de crédito seja incipiente, em um grave confronto com princípios bioéticos.

2.2 A IMPORTÂNCIA DO SUS DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19

O Sistema Único de Saúde (SUS) foi garantido com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988 e regulamentado pela Lei nº 8.080/1990 normatizando os meios necessários para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes. Esse sistema foi conceituado como um conjunto que é formado por todas as ações e serviços de saúde prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público. Segundo Mendes (2014), há um conflito entre financiar a saúde pública e evitar o aumento nos gastos públicos, uma vez que a saúde ainda é vista como gasto e não como investimento público. Ainda, cabe ressaltar, que a iniciativa privada não é impedida de participar do SUS, porém, tem licença de participação como forma complementar. Sabe-se que os repasses ao SUS, ainda que insuficientes, têm sido essenciais para garantir direitos fundamentais à população (LEITE *et al.*, 2012). Apesar da relevância do SUS, os repasses federais vêm caindo ano após ano, o que pode gerar efeitos muito graves no contexto da saúde pública brasileira (PEREIRA *et al.*, 2012).

Com a confirmação do primeiro caso de COVID-19 no Brasil, em fevereiro de 2020, deu-se início a várias ações governamentais para o enfrentamento da pandemia. O Sistema Único de Saúde foi fundamental nesse processo, tanto para se consolidar como um sistema de acesso integral à qualquer cidadão brasileiro quanto para se firmar como política de saúde definitiva. A função desse sistema foi primordial para evitar resultados mais negativos. As ações emergentes foram muitas, tais como: disponibilizar mais leitos, capacitar e mobilizar mais profissionais da área, além disso, administrar os recursos e materiais como um todo, efetivando e garantido o atendimento médico a todos. Até então, o SUS não estava imune a inúmeras críticas, muitas dessas até válidas, porém, tantas outras atacavam a forma e o objetivo do sistema em si. Ou seja, para muitos, um sistema de saúde como política social só trazia prejuízos econômicos ao país e um meio de paralisar os danos seria pela privatização.

Com a propagação de casos de COVID-19, o debate em defesa do SUS, o que até então era mais restrito a movimentos específicos, ampliou-se para as diversas esferas sociais e a grande maioria dos cidadãos passaram não só a defender, mas também perceberam a importância do SUS para todos os cidadãos do Brasil. A defesa ao sistema tomou proporções inimagináveis até então, artistas e profissionais de diversos ramos se mobilizaram e levaram essa defesa a frente por meio das redes sociais e televisivas. Jornalistas conceituados passaram a opinar positivamente e a população como um todo e ao seu modo, bradava “Defenda o SUS” cada vez mais. Portanto, a pandemia da covid-19 e o seu enfrentamento no mundo e no país foi determinante para o reconhecimento da essencialidade dos sistemas públicos de saúde, pois a saúde passou a ser vista por um

outro ângulo dentro desse contexto de calamidade, pois não é algo que se possa restringir ao particular, apenas ao fato de uma pessoa se preocupar em não ter uma doença, ainda mais quando se trata de propagação de vírus. Diante do exposto, é notório e evidente que o debate em relação à importância do SUS superou a visão limitada político-econômica de muitos e se transcendeu a uma visão mais humanizada estabelecida como direito fundamental para cada indivíduo.

3. CONCLUSÃO

Não se sabe quando a pandemia da Covid-19 terá fim, então, até lá, transformações sociais continuarão ocorrendo e isso traz novas demandas para o Direito, regulador da vida e, por envolver a vida, envolve o biodireito e a bioética. Assim, é papel do Direito, do biodireito, da bioética, e demais ramos do saber, juntamente com a sociedade, buscar soluções para os impasses trazidos pela pandemia e suas consequências. Esse é o caminho para uma sociedade mais humana, mais igualitária, dentro do possível.

O problema é complexo e não se pretende aqui adotar uma visão reducionista, entretanto, é obrigatório reconhecer que os princípios da bioética e do biodireito fornecem uma diretriz aos governantes e às autoridades que estão à frente no combate à pandemia. Afinal, são esses princípios que giram em torno da dignidade humana, base norteadora da Carta Magna de 1988 e, portanto, deveria ser buscada sem medir esforços. São esses princípios que poderão ser um escudo contra tantas atrocidades cometidas nesses dois anos de pandemia, tais como fake news, negação da ciência, fomento de condutas que vão na contramão do que é indicado por autoridades sanitárias e tudo o mais que foi testemunhado pelo mundo. Afinal, nesse momento, somam-se no mundo mais de 6 milhões de mortos pela Covid, dos quais 662 mil ocorreram no Brasil, vidas que poderiam ter sido salvas se a dignidade humana estivesse em primeiro plano.

4. REFERÊNCIAS

ALMEIDA FILHO, N. Transdisciplinariedade e o paradigma pós-disciplinas em saúde. **Saúde e Sociedade**. São Paulo, vol. 14, n. 3, p. 30-50, set./dez. 2005. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/sausoc/a/FHKgcx975Y5CBSR75SwMnKF/?format=pdf&lang=pt>> Acesso em 4 jun. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 15 de mai. 2022.

BRASIL. **Lei n. 8080, de 19 set. 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, da organização e funcionamento dos serviços

correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial da União, 20 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm> Acesso em 5 mai. 2022.

BRASIL. **Lei n. 8.142, de 28 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Diário Oficial da União, 31 dez. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8142.htm> Acesso em: 5 mai. 2022.

BLOOM, D. E. *et al.* The Health and Wealth of Nations. **Science**. vol. 287,p. 1207-1209. 2000. DOI: 10.1126/science.287.5456.1207.

CAMARGO, Ana Luiza Brasil. **As dimensões e os desafios do desenvolvimento sustentável: concepções, entraves e implicações à sociedade humana**. 2002. Dissertação (Programa de Pós Graduação em Engenharia de Produção). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/82981/182356.pdf?sequence=1>> Acesso em: 12 fev. 2022.

DADALTO, L. **Bioética e Covid-19**. 2ª ed. São Paulo: Editora Foco, 2021.

DADALTO, L. **Direito, bioética e pandemia da Covid-19**. Editora Foco, 2020.

DINIZ, M. H. **O estado atual do biodireito**. 10ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

ESTRELA F. M. *et al.* Pandemia da Covid 19: refletindo as vulnerabilidades à luz do gênero, raça e classe. **Ciênc. Saúde Colet**. vol. 25, n. 9, 2020. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/csc/a/bbcZzgN6Sns8mNPjKfFYRhb/?lang=pt.>> Acesso em: 15 mai. 2022.

FABRIZ, D. C. **Bioética e direitos fundamentais: a bioconstituição com paradigma do biodireito**. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2003.

GIOVANELLA, L. *et al.* "Médicos pelo Brasil: caminho para a privatização da atenção primária à saúde no Sistema Único de Saúde?". **Cadernos de Saúde Pública**, vol. 35, n.10, 2019. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/336887019_Medicos_pelo_Brasil_caminho_para_a_privatizacao_da_atencao_primaria_a_saude_no_Sistema_Unico_de_Saude/fulltext/5db8e07692851c8180149a7c/Medicos-pelo-Brasil-caminho-para-a-privatizacao-da-

atencao-primaria-a-saude-no-Sistema-Unico-de-Saude.pdf?origin=publication_detail>
Acesso em: 20 mai. 2022.

LANA, R. M. *et al.* Emergência do novo coronavírus (SARS-CoV-2) e o papel de uma vigilância nacional em saúde oportuna e efetiva. **Cadernos de Saúde Pública**, vol. 36, n. 3, 2020. Disponível

em: <<https://www.scielo.br/j/csp/a/sHYgrSsxqKTZNK6rJVpRxQL/?lang=pt>> Acesso em: 15 mai. 2022.

LEITE, V. R. *et al.* Financiamento, gasto público e gestão dos recursos em saúde: o cenário de um estado brasileiro. **Ciência e Saúde Coletiva**, vol. 17, n. 7, 1849-1856. 2012. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S1413-81232012000700024>> Acesso em: 15 jun. 2022.

MENDES, A. O fundo público e os impasses do financiamento da saúde universal brasileira. **Saúde e Sociedade**, vol. 23, n. 4, 1183-1197. 2014. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0104-12902014000400006>> Acesso em: 15 jun. 2022.

MORAES, R. F. **Prevenindo conflitos sociais violentos em tempos de pandemia: garantia da renda, manutenção da saúde mental e comunicação efetiva (Nota Técnica 27)**. Ipea: Diretoria de Estudos e Políticas do Estado, das Instituições e da Democracia, 2020. Disponível em:

<http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9836/1/NT_27_Diest_Prevenindo%20Conflitos%20Sociais%20Violentos%20em%20Tempos%20de%20Pandemia.pdf> Acesso em: 15 mai. 2022.

NORA, C.R.D. (2021). Conflitos bioéticos sobre distanciamento social em tempos de pandemia. **Revista Bioética**. Brasília, vol. 29, n. 1, jan/mar., 2021. Disponível em: <https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/2659> Acesso em: 14 mai. 2022.

OPAS. Organização Pan-Americana de Saúde. **Agenda de saúde para as Américas 2008-2017**. Disponível

em: <http://www.paho.org/hq/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=16305&Itemid=270> Acesso em: 14 mai. 2022.

PEREIRA, B. L. *et al.* Desvinculação Orçamentária e o Financiamento da Saúde. **Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde**. 2019. Disponível em: <<https://www.conasems.org.br/wp-content/uploads/2019/04/Desvincula%C3%A7%C3%A3o-Or%C3%A7ament%C3%A1ria-An%C3%A1lise-Conasems-1.pdf>>

> Acesso em: 15 jul. 2022.

RECUERO, M. La compartición internacional de datos personales relativos a la salud en tiempos de la COVID-19: aspectos éticos y legales para el impulso de la necesaria cooperación. **Revista de Bioética y Derecho**. Barcelona, n. 50:133-148. 2020. Disponível em: <https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872020000300009&lng=es&nrm=iso&tlng=es> Acesso em 02 abr. 2022.

SAUWEN, R. L. F. Da persona ao clone – a visão do biodireito. **Revista Brasileira de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. Disponível em: <[http://www.idclb.com.br/httpdocs/revistas/17/revista17%20\(26\).pdf](http://www.idclb.com.br/httpdocs/revistas/17/revista17%20(26).pdf)>. Acesso em 14 de abril de 2022.

SGRECCIA, E. **Manual de Bioética: fundamentos e ética biomédica**. São Paulo: Loyola. 1996.

VIEIRA, T. R. **Bioética e direito**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999.

PODER DE REQUISIÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA: UMA ANÁLISE DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADI 6852

HAECKEL RODRIGO BULCÃO DA SILVA:
Graduado em Direito pela Universidade do Estado da Bahia-UNEB.

RESUMO: O presente artigo analisa os argumentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal para julgar constitucional o poder de requisição da Defensoria Pública disposto no artigo 128, inciso X, da Lei Complementar nº 80/1994. Ademais, avalia os impactos de tal decisão no exercício funcional dos defensores públicos e no acesso dos cidadãos à justiça.

PALAVRAS-CHAVE: defensores; requisição; cidadãos.

ABSTRACT: This article analyzes the arguments used by the Federal Supreme Court to judge constitutional the power of requisition of the Public Defender's Office provided for in article 128, item X, of Complementary Law nº 80/1994. Furthermore, it assesses the impacts of such a decision on the functional exercise of public defenders and on citizens' access to justice.

KEYWORDS: defenders; request; citizens.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, no seu artigo 134, § 1º, dispõe que a organização da Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios será de incumbência de lei complementar, que também prescreverá normas gerais para a sua organização nos Estados.

Este dispositivo constitucional teve regulamentação conferida pela Lei Complementar nº 80/1994, formando um arcabouço normativo que estrutura a Defensoria Pública como instituição permanente e essencial à prestação jurisdicional do Estado, como expressão e instrumento do regime democrático.

A supramencionada lei complementar assevera, no seu artigo 128, inciso X, que é prerrogativa dos membros da Defensoria Pública do Estado requisitar de autoridade pública ou de seus agentes exames, certidões, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e providências necessárias ao exercício de suas atribuições.

Trata-se, pois, de fundamental instrumento de atuação dos defensores públicos na garantia do acesso justiça ao cidadão e que vem sendo objeto de discussão no meio jurídico.

Neste contexto, o Procurador-Geral da República ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal, com vistas a questionar a constitucionalidade do dispositivo legal.

A Suprema Corte brasileira, em decisão paradigmática, entendeu que o poder de requisição da Defensoria Pública é constitucional, encontrando fundamento no texto da Lei Maior.

A relevância do tema decorre da necessidade de compreensão da diferença de papéis entre a advocacia privada e a Defensoria Pública e da mandatória aplicação do princípio da isonomia, em sua dimensão substancial.

Este artigo está organizado em dois capítulos, quais sejam:

i) o primeiro capítulo analisa a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 6852, estudando os argumentos utilizados pela Corte para julgar constitucional o poder de requisição da Defensoria Pública disposto no artigo 128, inciso X, da Lei Complementar nº 80/1994;

ii) o segundo capítulo tem por finalidade avaliar os impactos de tal decisão no exercício funcional dos defensores públicos e no acesso dos cidadãos à justiça.

1. ARGUMENTOS UTILIZADOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADI 6852

No julgamento da ADI 6852, de relatoria do Ministro Edson Fachin, o STF, em Sessão Virtual do Plenário, por maioria de votos, julgou improcedente o pedido formulado na ação, conforme ementa:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO CONSTITUCIONAL E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO. DEFENSORIA PÚBLICA. LEI COMPLEMENTAR 80/1994. PODER DE REQUISIÇÃO. GARANTIA PARA O CUMPRIMENTO DAS FUNÇÕES

INSTITUCIONAIS. GARANTIA CONSTITUCIONAL DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL E EFETIVA. ADI 230/RJ. ALTERAÇÃO DO PARÂMETRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. ADVENTO DA EC 80/2014. AUTONOMIA FUNCIONAL E ADMINISTRATIVA DAS DEFENSORIAS. IMPROCEDÊNCIA. PÚBLICO. DEFENSORIA PÚBLICA. LEI COMPLEMENTAR 80/1994. PODER DE REQUISIÇÃO. GARANTIA PARA O CUMPRIMENTO DAS FUNÇÕES INSTITUCIONAIS. GARANTIA CONSTITUCIONAL DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL E EFETIVA. ADI 230/RJ. ALTERAÇÃO DO PARÂMETRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. ADVENTO DA EC 80/2014. AUTONOMIA FUNCIONAL E ADMINISTRATIVA DAS DEFENSORIAS. IMPROCEDÊNCIA. 1. O poder atribuído às Defensoria Públicas de requisitar de qualquer autoridade pública e de seus agentes, certidões, exames, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e demais providências necessárias ao exercício de suas atribuições, propicia condições materiais para o exercício de seu mister, não havendo falar em violação ao texto constitucional. 1. O poder atribuído às Defensoria Públicas de requisitar de qualquer autoridade pública e de seus agentes, certidões, exames, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e demais providências necessárias ao exercício de suas atribuições, propicia condições materiais para o exercício de seu mister, não havendo falar em violação ao texto constitucional. 2. A concessão de tal prerrogativa à Defensoria Pública constitui verdadeira expressão do princípio da isonomia e instrumento de acesso à justiça, a viabilizar a prestação de assistência jurídica integral e efetiva. 3. Não subsiste o parâmetro de controle de constitucionalidade invocado na ADI 230/RJ, que tratou do tema, após o advento da EC 80/2014, fixada, conforme precedentes da Corte, a autonomia funcional e administrativa da Defensoria Pública. 2. A concessão de tal prerrogativa à Defensoria Pública constitui verdadeira expressão do princípio da isonomia e instrumento de acesso à justiça, a viabilizar a prestação de assistência jurídica integral e efetiva. 3. Não subsiste o parâmetro de controle de constitucionalidade invocado na ADI 230/RJ, que tratou do tema,

após o advento da EC 80/2014, fixada, conforme precedentes da Corte, a autonomia funcional e administrativa da Defensoria Pública.

4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente.

De acordo com o Procurador-Geral da República, o poder de requisição atribuído às Defensorias Públicas da União, do Distrito Federal e dos Territórios é inconstitucional sob o ponto de vista material, uma vez que, por ser revestido de autoexecutoriedade, imperatividade e presunção de legitimidade, viola o princípio da inafastabilidade da jurisdição e o preceito da paridade de armas no âmbito processual, sobretudo no que tange à produção probatória.

Ademais, sustentou que tal prerrogativa viola os princípios da isonomia (artigo 5º, XXXV, CRFB), do contraditório (artigo 5º, LV, CRFB) e do devido processo legal (artigo 5º, LIV, CRFB).

O Ministro relator, em seu voto vencedor, aduziu que o artigo 134 da Constituição, que teve redação dada pela Emenda Constitucional nº 80/2014, materializa a concretização do direito ao acesso à justiça.

Neste sentido, a Defensoria Pública, como órgão autônomo da administração da justiça, possui independência e autonomia administrativa, financeira e orçamentária, nos termos das Emendas Constitucionais 45/2004, 73/2013 e 80/2014, tendo como funções, dentre outras, a promoção da defesa e dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita.

Com efeito, reconhecer o papel da instituição como um direito que concretiza o exercício de outros direitos é, em última análise, de acordo com o Ministro relator, reconhecer a sua importância para um sistema constitucional democrático.

Como se vê, o arcabouço constitucional que trata da Defensoria Pública não a confunde nem a equipara à Advocacia pública ou privada. Em realidade, o desenho institucional da Defensoria Pública mais se parece com o do Ministério Público.

A distinção entre os regimes defensorial e da Advocacia restou mais flagrante com a edição da Emenda Constitucional nº 80/2014, que estabeleceu seções distintas do texto constitucional para cada uma das funções essenciais à justiça.

A missão institucional da Defensoria Pública é de promoção do amplo acesso à justiça e de redução das desigualdades, devendo proteger grupos vulneráveis, sendo os seus poderes verdadeiros instrumentos de garantia do cumprimento das suas funções como instituição.

Dessa maneira, quando o legislador previu a prerrogativa de requisição aos defensores públicos, visou propiciar as condições materiais para o exercício do seu mister, não havendo nenhuma violação à igualdade. Ao revés, trata-se, pois, de mecanismo de densificação da isonomia, em sua dimensão substancial, como decorrência lógica da teoria dos poderes implícitos.

Afirmou o relator, em seu voto, que tal prerrogativa é uma “verdadeira expressão do princípio da isonomia, e instrumento de acesso à justiça, a viabilizar a prestação de assistência jurídica integral e efetiva, nos termos do art. 5º, XXXV e LXXIV, da Constituição Federal”.

O Ministro Alexandre de Moraes, acompanhando o relator, afirmou que o legislador constituinte conferiu à Defensoria Pública os “instrumentos que lhe permitem uma atuação livre, independente e eficaz, armando-a de funções, garantias e prerrogativas que possibilitassem o exercício de seu múnus constitucional, notadamente para a defesa eficiente dos direitos dos cidadãos assistidos”.

Não se trata, pois, de um privilégio desarrazoado dos defensores, mas sim de uma prerrogativa institucional em benefício dos assistidos.

Assim, negar esta prerrogativa à instituição configuraria um esvaziamento da sua capacidade de instrução extrajudicial de conflito, gerando um grave obstáculo ao efetivo cumprimento do seu papel institucional.

Já o Ministro Gilmar Mendes, que também acompanhou o voto do relator, afirmou que em determinadas situações a Defensoria Pública se aproxima do Ministério Público, sendo lógico, então, que possua os mesmos poderes de requisição conferidos ao *Parquet*.

Por outro lado, a Ministra Cármen Lúcia, divergindo parcialmente do relator, julgou procedente em parte a Ação Direta de Inconstitucionalidade, para conferir interpretação conforme a Constituição ao artigo 128, inciso X, da Lei Complementar nº

80/1994, no sentido de afastar a sua aplicação na atuação da Defensoria Pública em processos individuais, passando a ter aplicabilidade apenas em processos coletivos.

Com a devida vênia, discordamos do entendimento da Eminente Ministra Cármen Lúcia, uma vez que a atuação da Defensoria Pública em processos coletivos não se difere da atuação em processos individuais quando se avalia a missão constitucional da instituição.

Neste sentido, em qualquer demanda, a finalidade institucional do órgão é a prestação de assistência jurídica integral e gratuita, e para que esta finalidade se cumpra, são necessários instrumentos de garantia da sua efetividade, não havendo diferença na sua densidade se a atuação se der em processos individuais ou coletivos.

É importante frisar que o Supremo Tribunal Federal, em julgamento da ADI 230, que visava questionar dispositivo da Constituição do Estado do Rio de Janeiro que conferiu a prerrogativa de requisição à Defensoria Pública do Estado, firmou o seguinte entendimento:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DEFENSOR PÚBLICO ESTADUAL: GARANTIAS E PRERROGATIVAS. ART. 178, INC. I, ALÍNEAS F E G, II E IV DA CONSTITUIÇÃO DO RIO DE JANEIRO (RENUMERADOS PARA ART. 181, INC. I, ALÍNEAS F E G, II E IV). 1. A Emenda Constitucional fluminense n. 4/1991 alterou a numeração originária das normas contidas na Constituição fluminense. 1. A Emenda Constitucional fluminense n. 4/1991 alterou a numeração originária das normas contidas na Constituição fluminense. Art. 178, inc. I, alíneas f e g, inc. II e IV atualmente correspondente ao art. 181, inc. I, alíneas f e g inc. II e IV da Constituição estadual. 2. Alteração dos critérios para aposentadoria dos defensores públicos do Estado do Rio de Janeiro pela Emenda Constitucional estadual n. 37/2006. Prejuízo do pedido em relação ao art. 178, inc. I, alínea f, Constituição fluminense. Alteração dos critérios para aposentadoria dos defensores públicos do Estado do Rio de Janeiro pela Emenda Constitucional estadual n. 37/2006. Prejuízo do pedido em relação ao art. 178, inc. I, alínea f, Constituição fluminense. 3. O prazo trienal para aquisição de estabilidade no cargo, fixado pela Emenda

Constitucional n. 19/1998, é aplicável indistintamente O prazo trienal para aquisição de estabilidade no cargo, fixado pela Emenda Constitucional n. 19/1998, é aplicável indistintamente a todos os servidores públicos. Inconstitucionalidade do art. 178, inc. I, g, da Constituição fluminense. 4. Extensão da garantia de inamovibilidade aos defensores públicos pela Emenda Constitucional n. 45/2004. Modificação do parâmetro de controle de constitucionalidade. Prejuízo do pedido em relação ao art. 178, inc. II, Constituição fluminense. 5. É inconstitucional a requisição por defensores públicos a autoridade pública, a seus agentes e a entidade particular de certidões, exames, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e providências, necessários ao exercício de suas atribuições: exacerbação das prerrogativas asseguradas aos demais advogados. Inconstitucionalidade do art. 178, inc. IV, alínea a, da Constituição fluminense. 6. Não contraria a Constituição da República o direito de os defensores públicos se comunicarem pessoal e reservadamente com seus assistidos, mesmo os que estiverem presos, detidos ou incomunicáveis, e o de terem livre acesso e trânsito aos estabelecimentos públicos ou destinados ao público no exercício de sua funções (alíneas b e c do inc. IV do art. 178 da Constituição fluminense). 7. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 178, inc. I, alínea g, e IV, alínea a; a constitucionalidade o art. 178, inc. IV, alíneas b e c; e prejudicados os pedidos quanto ao art. 178, inc. I, alínea f, e II, todos da Constituição do Rio de Janeiro (ADI 230, Rel. Min. Cármen Lúcia, Pleno, julgado em 01.02.2010, DJe 30.10.2014; grifei).

Como se vê, a Corte entendeu que a prerrogativa de requisição conferida aos defensores públicos não pode ser aplicada em face de entidades particulares.

Para finalizar este capítulo, importa mencionar a manifestação dos *amici curiae* ANADEP E CONDEGE nos autos da ADI 6852, acerca da importância do poder de requisição da Defensoria Pública, senão vejamos:

22. A Defensoria Pública atua também em relevantes causas sociais e coletivas em que o poder de requisição é determinante: ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a qualquer interesse difuso e coletivo, por infração à ordem econômica, à ordem urbanística, à honra ou dignidade de grupos raciais, étnicos e religiosos e ao patrimônio público e social, que são as hipóteses autorizadoras da ação civil pública (Lei nº 7.347/1985), para as quais a Defensoria Pública é legitimada ativa (artigo 5º, II). 23. Em outros casos, a Defensoria Pública atua implementando o princípio da indispensabilidade de defesa, como ocorre no processo criminal, cumprindo os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. É que, mesmo na ausência do jurisdicionado e sem ter a sua tese do fato, o Defensor Público tem que promover sua defesa, conforme o artigo 261 Código de Processo Penal. E deve fazê-lo fundamentadamente (artigo 261, parágrafo único, do mesmo Código). Para tanto, deve manter o poder de requisição de documentos públicos que interessem à tese defensiva para que a defesa possa se fazer amplamente.

2. OS IMPACTOS DA DECISÃO NA ADI 6852 NO EXERCÍCIO FUNCIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS E NO ACESSO À JUSTIÇA

O poder de requisitar de autoridade pública ou de seus agentes exames, certidões, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e providências necessárias ao exercício de suas atribuições é bastante utilizado no exercício funcional dos defensores públicos.

Por intermédio de tal prerrogativa, a Defensoria Pública consegue salvaguardar interesses individuais e coletivos dos vulneráveis, tutelando direitos de segmentos da sociedade que historicamente vivem um processo de invisibilidade e exclusão, a exemplo das pessoas em situação de rua, pessoas encarceradas, pessoas com deficiência, mulheres em situação de violência doméstica e familiar, etc.

Isso porque, dentre outros fatores, as pessoas em condição de vulnerabilidade, em muitos casos, não possuem sequer as condições necessárias para ter acesso aos documentos necessários para o ajuizamento de eventuais demandas judiciais.

A título de exemplo, uma pessoa em situação de rua pode não deter os documentos indispensáveis à propositura de ação judicial para requerer um benefício previdenciário. Uma pessoa em situação de encarceramento pode não deter as informações suficientes para buscar a concessão do direito à progressão de regime ou ao livramento condicional.

São muitos os casos em que a exclusão se cristaliza de tal maneira que o cidadão passa a não possuir mais os documentos e informações suficientes para a busca da efetivação dos seus direitos, criando uma triste desigualdade no acesso à justiça.

Nesta senda, a Presidenta da ANADEP, Rivana Ricarte, em texto publicado no *site* Jota Info (2022), afirmou que “a prerrogativa de requisição é um destes mecanismos de atuação que se transforma em verdadeiro direito instrumental da pessoa em situação de vulnerabilidade”.

Outro importante impacto que a decisão acarretará é na sobrecarga do Poder Judiciário com ações judiciais com finalidade de mera produção probatória.

Com efeito, caso a ADI 6852 fosse julgada procedente, a Defensoria Pública, a fim de solicitar documentos, exames, perícias, etc., teria de ajuizar demandas com fins meramente instrumentais, visando produzir provas para análise de posterior ajuizamento de outra demanda.

Sabe-se, pois, que o Poder Judiciário está sobrecarregado de processos. O número de ações judiciais no Brasil são alarmantes, como resultado de diversos problemas estruturais no nosso País.

Seria um contrassenso e um retrocesso a obrigatoriedade de a Defensoria Pública assoberbar ainda mais o Poder Judiciário com ações de justificação evitáveis, caso o poder de requisição não fosse considerado constitucional pelo STF.

Do mesmo modo, o Código de Processo Civil, no seu artigo 3º, § 3º, dispõe que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução de conflito deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público.

Já a Lei Complementar nº 80/1994, em seu artigo 4º, inciso II, assevera que é função institucional da Defensoria Pública promover, de forma prioritária, a solução extrajudicial de litígios.

O poder de requisição dos defensores públicos é, como se vê, um fundamental mecanismo de solução extrajudicial de conflitos de interesses, já que possibilita que sejam disponibilizadas aos assistidos, destinatários finais desta prerrogativa, o acesso às informações acerca dos seus direitos, diminuindo a desigualdade existente entre os vulneráveis e os demais segmentos da sociedade brasileira.

Outrossim, o poder requisitório dos defensores públicos é um importante mecanismo de efetividade do papel da Defensoria Pública como *custos vulnerabilis*.

Com fundamento na missão constitucional e institucional do órgão, nos termos do artigo 134 da Constituição Federal, a doutrina tem desenvolvido a compreensão de que a Defensoria Pública caracteriza-se por ser legítima guardiã dos direitos e interesses dos vulneráveis.

Este entendimento, inclusive, tem ganhado assento na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Neste passo, a Corte Cidadã, em paradigmática decisão, estabeleceu o seguinte:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS. PLANO DE SAÚDE. CONTROVÉRSIA ACERCA DA OBRIGATORIEDADE DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO NÃO REGISTRADO PELA ANVISA. OMISSÃO. EXISTÊNCIA. CONTRADIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. INTEGRATIVO ACOLHIDO EM PARTE. 1. O presente recurso integrativo foi interposto contra acórdão publicado na vigência do NCPC, razão pela qual devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma nele prevista, nos termos do Enunciado Administrativo nº 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na

forma do novo CPC. 2. Na espécie, após análise acurada dos autos, verificou-se que o acórdão embargado deixou de analisar a possibilidade de admissão da Defensoria Pública da União como custos vulnerabilis. 3. Em virtude de esta Corte buscar a essência da discussão, tendo em conta que a tese proposta neste recurso especial repetitivo irá, possivelmente, afetar outros recorrentes que não participaram diretamente da discussão da questão de direito, bem como em razão da vulnerabilidade do grupo de consumidores potencialmente lesado e da necessidade da defesa do direito fundamental à saúde, a DPU está legitimada para atuar como quer no feito. 4. O acórdão embargado não foi contraditório e, com clareza e coerência, concluiu fundamentadamente que i) é exigência legal ao fornecimento de medicamento a prévia existência de registro ou autorização pela ANVISA; e ii) não há como o Poder Judiciário, a pretexto de ver uma possível mora da ANVISA, criar norma sancionadora para a hipótese, onde o legislador não a previu. 5. A contradição que autoriza os aclaratórios é a inerente ao próprio acórdão. 6. O recurso integrativo não se presta à manifestação de inconformismo ou à rediscussão do julgado. 7. Embargos de declaração acolhidos, em parte, apenas para admitir a DPU como custos vulnerabilis.

Conforme consta das informações do inteiro teor do supramencionado julgado, a Corte Superior asseverou o seguinte:

Segundo a doutrina, *custos vulnerabilis* representa uma forma interventiva da Defensoria Pública em nome próprio e em prol de seu interesse institucional (constitucional e legal), atuação essa subjetivamente vinculada aos interesses dos vulneráveis e objetivamente aos direitos humanos, representando a busca democrática do progresso jurídico-social das categorias mais vulneráveis no curso processual e no cenário jurídico-político. A doutrina pondera ainda, "que a Defensoria Pública, com fundamento no art. 134 da CF/88, e no seu intento de assegurar a promoção dos direitos humanos e a defesa [...] de forma integral, deve, sempre que o interesse jurídico justificar a oitiva do seu posicionamento institucional, atuar nos feitos que

discutem direitos e/ou interesses, tanto individuais quanto coletivos, para que sua opinião institucional seja considerada, construindo assim uma decisão jurídica mais democrática". Assim, tendo em conta que a tese proposta no recurso especial repetitivo irá, possivelmente, afetar outros recorrentes que não participaram diretamente da discussão da questão de direito, bem como em razão da vulnerabilidade do grupo de consumidores potencialmente lesado e da necessidade da defesa do direito fundamental à saúde, a Defensoria Pública da União está legitimada para atuar como *custos vulnerabilis*.

Logo, constata-se que o poder requisitório da Defensoria Pública reveste-se de fundamental importância para a proteção dos interesses dos assistidos, em especial daqueles que são hipervulneráveis.

3. CONCLUSÃO

O julgamento da ADI 6852 caracterizou-se por ser um importante marco histórico. O resultado, com placar de 10 votos a 1, sedimentou ainda mais a compreensão que o Supremo Tribunal Federal tem a respeito da Defensoria Pública e da sua missão constitucional.

Os votos dos Ministros que acompanharam o relator, todos eles amparados na Constituição Federal, reafirmaram aspectos fundamentais acerca do papel dos defensores públicos e fortaleceram ainda mais a instituição.

Cumpram ressaltar, neste âmbito, o importante debate que ocorreu na sociedade civil acerca deste julgamento. Personalidades públicas deram visibilidade ao tema, atraindo olhares para as funções institucionais da Defensoria Pública, auxiliando a população na compreensão da missão do órgão, o que configura, em última análise, verdadeira educação em direitos.

Do mesmo modo, este paradigmático julgamento atribui à instituição ainda mais responsabilidades.

À medida que a sociedade compreende os seus direitos, o senso de cidadania ajuda a compreender os limites impostos ao exercício das prerrogativas defensoriais.

É assente que todos os poderes conferidos a qualquer agente público devem ser exercidos nos estritos limites da lei que lhes confere, sob pena de responsabilidade administrativa, civil e criminal.

Qualquer excesso eventualmente cometido no exercício das funções institucionais, em realidade, para além da responsabilização funcional do defensor público, desprestigia a própria instituição da qual ele faz parte.

Decerto, os defensores públicos, como agentes de transformação social, devem ter sedimentados os exatos limites de suas prerrogativas e de suas responsabilidades.

Antes de ser uma prerrogativa de sua atuação funcional, o poder de requisição conferido aos defensores públicos é, pois, um direito fundamental dos assistidos, como elemento caracterizador da garantia do acesso à justiça.

O cidadão, beneficiário dos serviços defensoriais, possui à sua disposição elementos de controle da legalidade da atividade dos membros da Defensoria Pública.

Com efeito, as Ouvidorias e as Corregedorias servem como instrumentos de fiscalização da legalidade da atuação dos membros da instituição, com vistas a evitar qualquer exorbitação de poderes.

Conclui-se, assim, que o poder de requisição configura um verdadeiro poder-dever, instrumento efetivador dos direitos e garantias dos assistidos, ferramenta fundamental na concretização da igualdade, na sua dimensão substancial.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso: 2 jul. 2022.

BRASIL. Lei Complementar nº 80/1994. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp80.htm> Acesso: 2 jul. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.105/2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso: 2 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=CUSTOS+VULNERABILIS&operador=mesmo&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso: 2 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1712163/SP. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%28EDRESP.clas.+ou+%22EDcl+no+REsp%22.clap.%29+e+%40num%3D%221712163%22%29+ou+%28%28EDRESP+ou+%22EDcl+no+REsp%22%29+adj+%221712163%22%29.suce.>> Acesso: 2 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6852/DF. Relator: Min. Edson Fachin. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6181989>> Acesso em: 2 jul.2022.

FARIA CASTRO, Thais. O que muda para a Defensoria Pública após o julgamento da prerrogativa de requisição no STF?. Defensoria Pública do Estado da Bahia. Disponível em: <<https://www.defensoria.ba.def.br/noticias/o-que-muda-para-a-defensoria-publica-apos-o-julgamento-da-prerrogativa-de-requisicao-no-stf/>> Acesso em: 2 jul. 2022.

GOES, Severino. STF confirma prerrogativa das Defensorias de requisitar documentos de autoridades. Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-fev-18/stf-confirma-prerrogativa-defensorias-requisitar-documentos>> Acesso: 2 jul. 2022.

Leis de RO e SP que autorizam requisição de documentos pelas Defensorias Públicas são válidas, decide STF. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=484012&ori=1>> Acesso: 2 jul. 2022.

Redação do Migalhas. STF confirma poder de requisição da Defensoria Pública. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/362406/stf-confirma-poder-de-requisicao-da-defensoria-publica>> Acesso: 2 jul. 2022.

RICARTE, Rivana. Por que defender a prerrogativa de requisição da Defensoria Pública?. Jota Info. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/prerrogativa-de-requisicao-defensoria-publica-17022022>> Acesso: 2 jul. 2022.

STF confirma prerrogativa da Defensoria Pública de requisitar documentos e informações de órgãos públicos. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=482093&ori=1>> Acesso: 2 jul. 2022.

DA CRÍTICA À CULPABILIDADE COMO CENSURA A PARTIR DA CRIMINOLOGIA DA REAÇÃO SOCIAL

GABRIEL PARAIZO DANTAS BRAZ:

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe; Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Escola Judicial de Sergipe. Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental (EPPGG) em Sergipe. Advogado.

RESUMO: No presente artigo, parte-se da culpabilidade como foi construída pela modernidade recente, na acepção da reprovabilidade do comportamento antijurídico, com sua crença no homem racional, na responsabilização pelo uso de sua liberdade para delinquir e na existência de sociedade que compartilha valores universais representados através da norma jurídica. Após isso, passa-se à desconstrução do caráter absoluto de tais axiomas modernos através do estudo das relações de fundo que informam o poder de criminalizar. Nesse sentido, houve a necessidade de enfrentar criticamente o saber que é instrumentalizado para a sujeição de certos indivíduos a uma posição social subalterna, sob pena de a dogmática continuar dissociada do pensar criminológico sobre os mecanismos de controle. Ao final, é apresentada uma posição teórica situada desde a margem latino-americana, a fim de que a culpabilidade possa assumir as contribuições da sociologia criminal com vistas à redução do poder punitivo.

Palavras-chave: vontade; culpa; controle; criminalização

ABSTRACT: In this article, we start from culpability as it was constructed by recent modernity, in the sense of the reprehensibility of unlawful behavior, with its belief in the rational man, in the responsibility for the use of his freedom to commit crimes and in the existence of a society that shares universal values represented through the legal norm. After that, we move on to the deconstruction of the absolute character of such modern axioms through the study of the background relationships that inform the power to criminalize. In this sense, there was a need to critically confront the knowledge that is instrumentalized for the subjection of certain individuals to a subaltern social position, under penalty of dogmatics continuing to be dissociated from criminological thinking about control mechanisms. At the end, a theoretical position from the Latin American margin is presented, so that culpability can assume the contributions of criminal sociology with a view to reducing punitive power.

Keywords: will; guilt; control; criminalization

1.INTRODUÇÃO

A culpabilidade no direito penal, enquanto categoria dogmática cujas bases teóricas remetem à Escola Clássica da Criminologia, parte da vontade livre como parâmetro para analisar o descumprimento de um padrão de conduta a ser seguido, o que autorizaria a censura do comportamento do agente e o poder de punir do Estado (responsabilidade pelo que se fez). Por sua vez, a exceção à punição em tese se apresenta quando inexistente outra alternativa para o sujeito nas circunstâncias senão a prática delitiva.

Surge então necessidade de refletir sobre a origem de algumas construções que colocam o homem como detentor de suas escolhas e como a dogmática se organiza em torno dessa ideia para pensar responsabilização no campo penal.

Para tanto, será utilizado como quadro de referência teórico a criminologia da reação social, uma vez que sua vertente crítica se propõe a colocar o direito penal como objeto de estudo (DE CASTRO, 2005, p. 119) e expor suas funções ocultas de manutenção das desigualdades sociais (BARATTA, 2011, p. 221).

A resposta das agências oficiais ao crime será vista como fator que mitiga o caráter absoluto da vontade como medida da responsabilização, pois se a princípio parece ser orientada por valores supostamente compartilhados pela sociedade, o saber criminológico cumprirá o papel de contestar esse lugar de consenso.

Disso resulta a investigação sobre que tipo de relação define o poder de criminalizar e que papel ela cumpre, o que repercutirá na culpabilidade como censura. Por fim, será trazido um conceito de culpabilidade que, dissociada do conceito de reprovabilidade, assume a desigualdade na persecução penal e se propõe a conter seus efeitos.

2.A CONTRIBUIÇÃO DO SABER CRIMINOLÓGICO À CULPABILIDADE

2.1 O paradigma da reação social como marco de referência teórico

Ao deslocar o olhar das razões pelas quais indivíduos socioeconomicamente vulneráveis cometem delitos para as instituições envolvidas na repressão do crime, é possível começar a entender como estas últimas condicionam a possibilidade de se ajustar ao Direito.

Em outras palavras, a própria exigibilidade de comportamento diverso como requisito da culpabilidade é abalada pela contribuição do sistema penal nos processos de definição do criminoso, aquele cuja liberdade de decisão importa mais em relação a outras

situações socialmente problemáticas que passam longe dos filtros punitivos, nas quais igualmente se verifica um ato livre.

A importância da vontade seria então informada por ser objeto de um rótulo, um papel social negativo, um processo de atribuição de significado conhecido como criminalização. Esse referencial implica abandonar a ideia de que o crime é um dado ontológico da realidade ou que o criminoso é obtido pela natureza do ato que pratica.

Para situar a compreensão do tema, importa definir o giro epistemológico mencionado como base para as reflexões aqui apresentadas. Nas palavras de Vera Malaguti Batista:

“A principal ruptura é metodológica com o paradigma etiológico: o processo de interação dá um sentido radicalmente diferente ao método causal-explicativo. O que está em jogo passa a ser quem tem o poder de definir e quem sofre a definição. Passa-se assim a uma operação epistemológica básica, da fenomenologia aos *processos de criminalização*” (BATISTA, 2011, p. 74).

Com a formulação teórica conhecida como *labelling approach*, começa-se a analisar como a sociedade e as instituições reagem em face do cometimento do delito. De acordo com Alessandro Baratta, “[...] o *labeling approach* tem se ocupado principalmente com as reações das instâncias oficiais de controle social, consideradas na sua função constitutiva em face da criminalidade” (BARATTA, 2011, p. 86).

Essa escola de pensamento foi influenciada por correntes como a etnometodologia e o interacionismo simbólico. A primeira concebe a realidade como fruto de uma construção social, obtida pela forma com que as pessoas e grupos a definem (BARATTA, 2011, p. 87).

O interacionismo simbólico, por sua vez, surge na década de 1960, quando então “o sociólogo Dahrendorf produz um manifesto conclamando a sociologia a abandonar as ilusões do consenso, criando a sociologia do conflito que influenciou a importante obra de Turk e Vold” (BATISTA, 2011, p. 76).

O conflito aqui significa pluralidade de valores que regem a atuação individual ou em grupo, de modo que produzem relações de poder a partir do enfrentamento necessário à prevalência de uns em detrimento dos outros, especialmente quando observado seu reconhecimento pela via jurídica como parâmetro de conduta.

Adotando a ideia de sociedade do conflito, o interacionismo simbólico reputa as

significações atribuídas socialmente às trocas de experiência (interações) entre as pessoas (BARATTA, 2011, p. 87).

Das lições trazidas pelo *labelling*, é possível desconstruir a ideia de que o magistrado descreve a realidade dos comportamentos levados ao Judiciário, ou seja, o que ontologicamente eles representam. É importante que se volte as atenções para o processo de definição de uma conduta como criminoso tanto pela sociedade como pelos atores do sistema de justiça (quem define).

A consequência dessa definição, amplificada com o ingresso no cárcere, do ponto de vista do sujeito (desviaçã³⁷¹), é a assunção do rótulo que lhe foi atribuído, passando a agir conforme esse papel social (ZAFFARONI, 1991, p.60). O fenômeno é conhecido na literatura especializada como '*role engulfment*' (SHECAIRA, 2014, p. 261)

Outro ponto chave da teoria é o questionamento do princípio da igualdade, uma vez que a distribuição do status de criminoso ocorre de forma diferente no espaço social. Como observa Alessandro Baratta:

“Segundo a definição sociológica, a criminalidade, como em geral, o comportamento desviante, é um *status* social que caracteriza o indivíduo quando- e unicamente quando- lhe é adjudicado com êxito a etiqueta de desviado ou de criminoso pelas instâncias que detêm o poder de definição. As *chances* de vir a ser etiquetado, com as graves consequências que isso acarreta, encontram-se desigualmente distribuídas. Isso faz com que o *princípio da igualdade*, ou seja, a própria base da ideologia do Direito Penal, seja posto em profunda dúvida, uma vez que a minoria criminoso a que se refere a definição sociológica aparece, na perspectiva do *labelling approach*, como resultado de um processo altamente seletivo e desigual dentro da população total, enquanto que o comportamento efetivo dos indivíduos não é, por si só, condição suficiente para tal processo” (BARATTA, 1981, pp. 9/10)

Sob essa perspectiva, o processo valorativo que se dá no âmbito da culpabilidade normativa, ao se analisar o injusto penal para sobre ele atribuir censura, e cujo parâmetro

³⁷¹ O termo implica considerar os efeitos da etiqueta no comportamento do indivíduo, sendo a desviação secundária, especificamente, aquela responsável por dimensionar a incidência da reação social a partir de como o intitulado criminoso passa a se enxergar, eventualmente voltando a delinquir (SHECAIRA, 2014, p. 261)

é a possibilidade de agir de outro modo, encontra como referência principal uma atribuição resultante de um rótulo aplicado com sucesso.

Como alerta ANDRADE (1995, p. 32), “a clientela do sistema penal é constituída de pobres não porque tenham uma maior tendência para delinquir, mas precisamente porque tem maiores chances de ser criminalizados e etiquetados como criminosos”.

Poder agir de outro modo, em última instância, é juízo que exige um esforço argumentativo envolvendo definições sobre o que condiciona o comportamento. Sendo a vontade (entendida como controle do corpo e das decisões) e sua limitação por uma força externa os únicos parâmetros aceitos nesse juízo, não pode este obter a negatividade da ação em si mesma (aqui entendida como consenso pretendido pelo Direito), mas sobretudo credenciá-la perante um conjunto de signos/valores.

É preciso esclarecer que o *labelling approach* coloca os processos de definição segundo a lógica “quem” define “quem” e “quem” define “o que”, sem, no entanto, explicar que tipo de relação de fundo determina o poder de criminalizar. Sobre este ponto, BARATTA (2011, p. 140) traz a seguinte lição:

O defeito fundamental desta teoria está na incapacidade de descer da superfície empírica dos fenômenos à sua lógica objetiva, confundindo assim os atores dos processos econômicos (indivíduos e grupos) com os seus *sujeitos* reais (*o capital*, como processo sempre mais internacionalizado de exploração e acumulação, e o *trabalho assalariado*, que não são, somente, os operários sindicalizados, mas também as massas urbanas e rurais deserdadas e marginalizadas)

Para complementar sua abordagem é que surge a teoria conhecida como criminologia crítica, “crítica final de todas as outras correntes criminológicas, fundamentalmente por se recusar a assumir este papel tecnocrático de gerenciador do sistema, pois considera o problema criminal insolúvel nos marcos de uma sociedade capitalista” (SHECAIRA, 2014, p. 289).

A vertente crítica explica os processos que definem a atribuição da etiqueta de criminoso, relacionando-os com a contradição capital/trabalho das sociedades modernas. Isso significa que as “pessoas são rotuladas criminosas porque, assim as definindo, serve-se aos interesses da classe dominante” (SHECAIRA, 2014, p. 289).

Retoma-se então o pensamento de Karl Marx sobre luta de classes para fornecer uma explicação histórica da utilização do direito penal como instrumento de exclusão. É o

que registra BATISTA (2011, p. 80), para quem o “ pensamento marxista foi o eixo fundamental para a emergência de um olhar desconstrutor das *verdades* jurídico-penais do iluminismo”.

Também é feita uma contundente análise sobre a seletividade inerente ao direito penal, primeiro quando se elege bens jurídicos com o fim declarado de universalmente protegê-los, ao tempo em que se oculta uma orientação típica dirigida a certos grupos (criminalização primária); e, após, quando se estigmatiza os indivíduos que infringiram a proibição legal (criminalização secundária) (BARATTA, 2011, p. 165).

Por fim, a crítica ao princípio da igualdade no direito penal, anunciada pela teoria do etiquetamento, vai ser resignificada pelo recorte de classe da criminologia crítica.

Ficarão então evidentes os interesses envolvidos na forma desigual com que se dão processos de atribuição de comportamento criminoso. Nas palavras de BATISTA (2011, p. 90), “o marxismo pôs por terra o mito da igualdade do direito, base de sustentação da defesa social. Foi Karl Marx quem desenvolveu a crítica do paradoxo entre essa igualdade formal e a desigualdade concreta e substancial”.

Com essa advertência, não se pode deixar de notar a naturalizada tipificação dos delitos contra o patrimônio. Isso revela o acolhimento de valores representantes da classe dominante, ou seja, “o universo moral próprio de uma cultura burguesa-individualista [...] orientando-se, predominantemente, para atingir as formas de desvio típicas dos grupos socialmente mais débeis e marginalizados” (BARATTA, 2011, p. 176).

A conduta das populações mais vulneráveis social e/ou economicamente, portanto, será objeto de criminalização de forma mais intensa na visão da criminologia crítica. O livre arbítrio na conduta praticada perde importância em face da concentração da proibição legal em condutas de um determinado grupo.

É como se, do universo de condutas passíveis de criminalização, a vontade de alguns, necessária ao preenchimento dos estágios da dogmática, importasse mais, porque sobre estes recai, preferencialmente, quer a norma incriminadora quer a persecução penal dela decorrente.

Nesse sentido, Alessandro Baratta traz importante reflexão que se aplica ao material colhido na presente pesquisa:

Pense-se, por exemplo, na importância dos processos sociais de marginalização pertencentes ao mecanismo do mercado de trabalho

e à seleção escolar. Estes fatores, juntamente com o sistema de Direito Penal e os controles sociais informais, conduzem à formação de setores sociais nos quais, para falar em termos de Foucault, se recruta a 'população criminal', isto é, a maior parte daqueles sobre os quais se concentra a ação do sistema penal" (BARATTA, 1981, p. 15).

Aqui é possível ver como um processo de socialização deficitário, decorrente da precarização do emprego formal, geralmente implica agenciamento de indivíduos que estão à margem do mercado de trabalho mediante sua seleção e criminalização secundária. Tais predicados seriam "conotações sobre a base das quais o *status* de criminoso é atribuído" (BARATTA, 2011, p. 165)

Michael Foucault também contribui para o acúmulo de reflexões sobre a prisão como dispositivo de controle. Ao tomar como referência a correlação entre penalidade e mercado de trabalho (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004), se distanciando dela na medida em que inclui o conceito de disciplina (BARATTA, 2011, p. 192), aponta a necessidade de transpor a roupagem jurídica na leitura da punição, a ser entendida sobretudo como um acontecimento social (FOUCAULT, 2014, p. 28).

Para o autor, o "sistema penal deve ser concebido como instrumento para gerir diferencialmente as ilegalidades, não para suprimi-las todas". (FOUCAULT, 2014, p. 88). O dado da seletividade é aqui denunciado como elemento constitutivo da passagem dos rituais de suplício para a sociedade disciplinar na genealogia que faz o pensador.

Em FOUCAULT, contudo, ganha mais importância as relações de poder e seus deslocamentos, que para ele não se concentram em um governo central, mas estão distribuídas, fragmentadas, em uma rede complexa que se estende por diversas instituições e espaços.

Tampouco se está a falar de um "'privilegio' adquirido ou conservado da classe dominante, mas o efeito de conjunto de suas posições estratégicas- efeito manifestado e às vezes reconduzido pela posição dos que são dominados" (FOUCAULT, 2014, p. 30).

O poder, na microfísica a que alude o autor, "não é adquirido de uma vez por todas por um novo controle dos aparelhos nem por um novo funcionamento ou uma destruição das instituições [...]" (FOUCAULT, 2014, pp. 30/31). SILVA (2016, p. 6) considera tal conceito "estrutural na aquisição de uma 'identidade' própria as teses foucaultianas, visto que 'fugiria' das análises materialistas e estruturalistas".

Completamente diferente é a posição do sujeito marxista de que fala autores como Alessandro Baratta, sujeito este que instituirá o fim da lógica de classes pela superação do

capitalismo. Aqui não se encontra apoio em Michel Foucault. Sobre esse afastamento, ZAFFARONI oferece análise enriquecedora:

Ao afirmar-se que cada instituição gera deste modo seu saber e seu poder, Foucault desqualifica a distinção marxista entre estrutura e superestrutura ou, ao menos, leva-a a colocar-se em outros termos, pois o saber e o poder estão muito mais imbricados para Foucault do que para Marx, já que o poder gera também o sujeito, ou seja, a subjetividade cognoscível” (ZAFFARONI, 1991, p. 63).

A crítica à “abstração” do sujeito em FOUCAULT é trazida por BARATTA (2011, p. 193) quando este se posiciona no sentido de que a *disciplina*, “em vez de ser reconduzida ao desenvolvimento das relações de produção, é diretamente ligada à estratégia de um “Poder” que, mais que os indivíduos, parece ser, para Foucault, o próprio *sujeito* da história”.

Traçados os pontos de convergência, discordância e as principais nuances sobre a seletividade do direito penal em diversos autores, pode-se lançar uma luz sobre os efeitos de poder no seu funcionamento.

Na visão da professora Vera Regina Pereira de Andrade, existe uma “realidade social” que formata a dogmática, na qual:

[...]o poder político e o poder jurídico, particularmente o poder punitivo, são legitimados pela Legalidade e pelo cientificismo, e que trarão as marcas tanto de novas ideias e ideais- como o de liberdade, igualdade, fraternidade, quanto de novas formas de dominação, exploração, desigualdade e sujeição de classe, gênero e raça; novas assimetrias e hierarquias sociais (ANDRADE, 2008, p. 255).

Diante desse cenário, ANDRADE (2008, p. 257) adverte que “temos que olhar para os resultados da criminalização que co-constitui, olhar para as agências de controle, que criminalizam (controladores) e para seus destinatários (controlados). Esse papel acaba sendo exercido pelo Judiciário quando este justifica, mediante racionalizações oriundas de uma dogmática fundada em valores da modernidade iluminista (liberdade, igualdade, razão), uma relação de poder que se exerce sobre o indivíduo criminalizado, nesse caso explicada em boa medida por um recorte classista na realidade que é assegurado pela impessoalidade da norma proibitiva.

É nisso que consiste, pois, os valores sociais fundantes da dogmática jurídico-penal

como discurso orientado politicamente.

Ao se perder de vista essa natureza política, uma leitura pela ótica do sistema levará em conta a possibilidade de ter agido conforme o direito, à qual será oposta, de forma majoritariamente infrutífera na praxe forense, condicionantes socioeconômicas já imanentes à conduta objeto da norma incriminadora, porque são ações de um grupo de pessoas que se deseja manter sob controle.

Isso quer dizer que se o sistema penal é desigual, e o status de criminoso é atribuído, também não é menos verdade que as representações sobre comportamentos aceitáveis ou não perante o sistema (considerando a lógica da censura pelo poder agir de outro modo) também vão levar em conta os critérios pelos quais se chega a essa atribuição, valores já mencionados como de uma sociedade de classes em que se naturaliza a pobreza porque a criminaliza.

Outra intenção com o presente artigo foi a de mapear formas de redução do poder punitivo em uma teoria do crime tal como a que se tem hoje, influenciada pela colonização histórica do aparato administrativo-judiciário do Estado mediante a legitimação da ordem burguesa.

A dominação legal a que se referia Weber, sem dúvida, fez da Escola Clássica a primeira criminologia, comprometida a exercer controle social (DE CASTRO, 2005, p. 69).

Nesse sentido, expor como se dá a operacionalização das categorias dogmáticas é essencial para desnudar os interesses envolvidos, lugar de onde algumas contribuições que procuram trazer o dado da seletividade para o interior do sistema e expô-lo podem florescer.

A dinâmica de uma família de baixa renda na periferia do capitalismo, na qual pelo público envolvido há maiores chances de ocorrência dos processos de criminalização, é valiosa para análise e desenvolvimento de estratégias de combate e limitação da pena como resposta à desigualdade estrutural.

Essa indução fez coro com a observação de ANDRADE:

[...] entre a evidência empírica de que o código tecnológico da dogmática tem sido utilizado para fundamentar juridicamente e justificar a legalidade das decisões judiciais e a evidência empírica de sua incapacidade racionalizadora (pautada no conteúdo decisório) para a gestação de decisões igualitárias (soluções iguais para casos iguais) seguras e justas, somente resta a hipótese de que tem

concorrido para instrumentalizar as decisões seletivas, acabando por fornecer a elas uma justificação técnica de base científica, legitimando-as e, na sua esteira, a totalidade do exercício de poder do sistema penal, pois é em virtude mesmo da pré-programação legislativa e dogmática da ação jurisdicional que o sistema penal se legitima pela legalidade (ANDRADE, 2009, p. 178).

O dado da seletividade, quando admitido, poderá abrir outras possibilidades de responsabilização na dogmática, tendo como objetivo não reformar o direito penal, mas conter a recorrente expressão do poder punitivo por ele instrumentalizado, especialmente na realidade de países periféricos como é o caso da margem latino-americana.

Antes de proceder à formulação trazida por ZAFFARONI no setor da culpabilidade, que explorará uma tentativa de redução do máximo poder punitivo autorizado com a utilização do direito penal, será feita uma correlação entre a crise da culpabilidade e a noção de censura (reprovabilidade) do comportamento.

2.2. Da crítica à culpabilidade como censura

A sociologia do crime, com destaque para a teoria das subculturas criminais, do etiquetamento e crítica, dirigiu duros golpes ao saber penal moderno, particularmente por trazer à tona as relações de poder imbricadas na base de sua construção. FOUCAULT (2014, p. 31) já assinalava que “não é a atividade do sujeito de conhecimento que produziria um saber, útil ou arredo ao poder, mas o poder-saber, os processos e as lutas que o atravessam e que o constituem, que determinam as formas e os campos possíveis do conhecimento”.

NASCIMENTO (2011, p. 59) a seu turno, coloca a questão do saber/poder aplicada ao sistema de justiça criminal. Ele explica que “[...] os tipos de relações sociais e as crenças morais conjuntamente prevaletentes, que se refletirão nas criminalizações e imunidades conferidas pela lei penal, representam o resultado de um processo de luta e de negociação”.

Nesse contexto é que se insere a chamada crise, diagnosticada abaixo:

ZAFFARONI dirá que a teoria normativa da culpabilidade entrou em crise com a deslegitimação do exercício de poder do sistema penal, na exata proporção em que sua intervenção seletiva neutraliza o juízo de reprovação, ou cria um juízo substancialmente viciado, porque desprovido de qualquer conteúdo ético” (NASCIMENTO, 2011, p. 63).

A contradição acima descrita leva autores como DOTTI (2011, p. 194) a se questionarem se “a reprovabilidade não teria se convertido em uma porteira aberta para que um senso comum, um falso moralismo de classe composto de preconceitos invada a experiência forense e participe da expansão do poder punitivo em curso”.

Como resposta, é possível dizer que a pesquisa empírica serve à elucidação de tais acontecimentos, quando se testemunha as maneiras pelas quais o controle penal se reinventa na tutela das situações sociais.

Conforme os termos acima, a ICD pode ser lida segundo o direito privilegiado de quem fala (FOUCAULT, 1999, p. 9), pois o monopólio da produção de verdades sobre o agir de outro modo³⁷² subsidia a confirmação, mediante criminalização secundária, de opção política não-declarada pelo direito penal. A posição institucional do magistrado, na medida em que ele assume a Ideologia da Defesa Social, poderia ser enquadrada como determinante na efetivação de um procedimento de exclusão.

Dito de outro modo, o juiz está autorizado a dizer os cenários possíveis e alternativos ao ilícito que o réu poderia adotar, traduzindo uma vontade de verdade com a aparência de consenso no Direito. Cabe aqui a ressalva de que os valores acionados pelo magistrado para a leitura da situação que lhe é apresentada são localizados socialmente, e não universais.

Apesar do caráter relativo dessa conclusão, algumas diretrizes devem guiar a redução do poder punitivo, como a ideia de que “o processo de criminalização não pode ser informado senão pela danosidade social da conduta” (NASCIMENTO, 2011, p. 16) e “o conceito material de culpabilidade é extraído da *dignidade da pessoa humana*, que é um dos fundamentos da República” (DOTTI, 2011, p. 192).

O livre arbítrio, a seu turno, segue como problema do qual se ocupa a dogmática penal, na medida em que é utilizado como base das decisões. Juarez Tavares oferece a seguinte lição sobre o tema:

“A vontade não é integralmente livre; está sempre condicionada por algum fator, o qual poderá até excluí-la, reforçá-la ou simplesmente mantê-la [...] Partindo desse contexto, deve-se admitir que fatores concretos da vida, como os decorrentes de relacionamentos pessoais e familiares, de emprego ou de desemprego, de riqueza ou de miséria, de formação educacional ou despreparo, de poder e de

³⁷² A inexigibilidade de conduta diversa leva em conta esse fator. A censura que decorre da possibilidade de adotar outro comportamento deve ser assumida como um juízo de valor do conflito, e não do consenso.

submissão, influem diretamente na autonomia do sujeito e, por isso, devem ser levados em conta em sua avaliação [...] O juízo sobre a autonomia deve ser efetuado tendo como ponto de referência o contexto individual e social do autor e sua capacidade de realizar o fato, apesar dos apelos normativos da ordem jurídica” (TAVARES, 2011, p. 143).

Não obstante a lúcida análise, é preciso deslocar, como se acredita ter sido feito neste trabalho, a crítica *jurídica* de não ser possível comprovar se uma escolha foi livre para o horizonte *criminológico* do conflito. É o que faz BATISTA (2011, p. 177), quando diz que “[...]evitamos, nessa breve aproximação da culpabilidade, os caminhos de um estéril dedutivismo dogmático, que converte a opinião comum em um coro de carpideiras a lastimar a indemonstrabilidade do livre arbítrio [...]”.

Salo de Carvalho enumera alguns caminhos como pontos de partida:

Desde a perspectiva *jus* (jurídica) do discurso criminológico, a teoria crítica derivou modelos político-criminais alternativos centrados na ideia de minimização do sistema penal e gradual abolição das agências de punitividade, sobretudo o cárcere (v.g garantismo penal, direito penal mínimo, realismo de esquerda, realismo marginal e abolicionismo) (DE CARVALHO, 2011, pp. 222/223).

Há necessidade de se socorrer, no caso deste artigo, de contribuições teóricas que considerem o dado da seletividade na dogmática penal, “preservando-se uma função limitadora que o sentido moralista da reprovação pode romper a todo instante, como visto” (BATISTA, 2011, p. 177)

A formulação que será apresentada é objeto de referência por DOTTI (2011, p. 194), quando novamente se questiona: “Algumas construções- como a culpabilidade por vulnerabilidade de ZAFFARONI- não estariam indicando a insatisfação com o impasse ao qual conduz a culpabilidade- reprovação?”.

Passa-se então ao estudo da chamada culpabilidade pela vulnerabilidade, conceito inserido no realismo marginal de ZAFFARONI, considerando a distribuição geopolítica centro-periferia produzida pelo capitalismo.

2.3 Contribuições da criminologia realista marginal na abertura da culpabilidade a novos influxos: a culpabilidade pela vulnerabilidade

O realismo marginal de ZAFFARONI (1991, pp. 64/65) leva em consideração a posição periférica e dependente da América Latina na distribuição de poder do capitalismo mundial, e visa “nos aproximar dos fenômenos do sistema penal, evitando a reificação das categorias generalizantes como instrumentos de pensamento[...]” (ZAFFARONI, 1991, pp. 162/163).

É preciso, todavia, contextualizá-lo junto a outras abordagens críticas trazidas até aqui, a fim de entender sob que nuance o pensador argentino pretende tratar a questão criminal. Juarez Cirino dos Santos o faz com maestria no seguinte trecho:

O discurso crítico da teoria criminológica da pena é produzido por duas teorias principais, com propósitos comuns, mas métodos diferentes: a) a teoria negativa/agnóstica da pena, fundada na dicotomia estado de direito/estado de polícia, elaborada pelo trabalho coletivo de RAÚL ZAFFARONI e NILO BATISTA (com a contribuição atual de A.ALAGIA e A.SLOKAR); b) a teoria materialista/dialética da pena, fundada na distinção entre funções reais e funções ilusórias da ideologia penal nas sociedades capitalistas, desenvolvida pela tradição marxista em criminologia, formada por PASUKANIS, RUSCHE/KIRCHHEIMER, MELOSSI/PAVARINI e BARATTA- para citar os mais conhecidos-, com a contribuição relevante do estruturalista FOUCAULT.” (CIRINO DOS SANTOS, 2017, pp. 432/433).

Juarez defende que a teoria agnóstica da pena, quando se preocupa em afirmar a deslegitimação do direito penal sem investigar as questões de fundo na dinâmica das instituições³⁷³, “parece romper com a tradição histórica da Criminologia Crítica- [...] em contraste com [...] autores que explicam a repressão penal pela *seletividade* fundada em *estereótipos* desencadeados por indicadores sociais negativos de pobreza, marginalização, etc.” (CIRINO DOS SANTOS, 2017, pp. 434/ 437).

ZAFFARONI (1991, pp. 50/51), por sua vez, descreve a existência de obstáculos para situar MARX como essencial para a deslegitimação do direito penal e que sua utilidade apenas é verificada quando relacionada com o poder, tal como faz BARATTA, “desde que considerada [a obra] como um edifício teórico ‘aberto’, excluindo-se toda forma de dogmatismo marxista” (ZAFFARONI, 1991, pp. 58/59).

Ele entende que “a função deslegitimante mais importante e irreversível do discurso jurídico-penal tem sido realizada pelo interacionismo simbólico”, destacando a

³⁷³ Nesse caso, elas seriam informadas precisamente por um recorte de classe na realidade.

contribuição do sistema na atribuição dos papéis sociais (ZAFFARONI, 1991, p. 60).

O autor resgata ainda o conceito de poder em FOUCAULT como distanciamento do marxismo³⁷⁴ e destaca que “sua epistemologia institucional é quase indiscutível à deslegitimação em nossa região latino-americana, como também a algumas contradições positivas entre um saber gerado por agências centrais e disfuncional para as agências da região periférica” (ZAFFARONI, 1991, p. 63).

De qualquer modo, a contribuição marginal para a criminologia tem a ver com a “aproximação dos mecanismos e dos efeitos da realidade operacional de nossos sistemas penais com uma clara e confessa intencionalidade de procurar o saber necessário para diminuir seus níveis de violência[...]” (ZAFFARONI, 1991, p. 171).

A partir desse referencial, é possível pensar estratégias que deem espaço às condicionantes socioeconômicas aludidas nesse artigo, a fim de construir uma teoria do crime consciente do problema da seletividade.

Como observa SILVA:

[...] a emergência da assunção do *projeto realista marginal* implica a incorporação de dados sociais à construção teórica, notadamente advindos do paradigma da reação social e criminologias críticas, bem como, adoção de horizonte de proteção de discurso jurídico-penal a partir de onde o poder punitivo se manifesta, assumindo de vez a tarefa de latinizá-lo” (SILVA, 2014, p. 524)

BARATTA (1981, p. 13) se mostrou desesperançoso quanto a possibilidade de conciliar a dogmática e a sociologia do crime, apresentando as dificuldades de se pensar em um novo modelo de ciências criminais fundado no paradigma da reação social. ZAFFARONI, por sua vez, acredita ser “possível produzir um novo modelo integrado de ‘saber penal’ partindo de uma deslegitimação- inclusive admitindo a alternativa abolicionista- do sistema penal” (ZAFFARONI, 1991, p. 94).

Nesse sentido, ao se posicionar junto aos autores que visualizam a crise da culpabilidade, reforça que a “seletividade do sistema penal neutraliza a reprovação: ‘Por que a mim? Por que não a outros que fizeram o mesmo?, são perguntas que a reprovação normativa não pode responder” (ZAFFARONI, 1991, p. 259). Em outro texto dedicado ao tema, pontua que “a reprovação perde legitimidade ética quando é dirigida somente a uns

374 Vide tópico referente à mudança de paradigma da criminologia

poucos selecionados entre os mais vulneráveis e grosseiros” (ZAFFARONI, 2004, p. 35).

É então que propõe um refinamento daquela categoria dogmática, “com adequada abertura a dados sociais e individuais que indicam as falhas estatais e do próprio sistema penal que redundam na redução da autodeterminação por privação de cidadania” (ZAFFARONI, 2011, p. 43).

Através dessa passagem, fica claro que a privação e cidadania de que fala o autor tem origem na repercussão das condicionantes que traduzem uma posição de vulnerabilidade. Para o autor, esta “consiste no grau de risco ou de perigo que a pessoa corre só por pertencer a uma classe, grupo, estrato social, minoria [...] como também por se encaixar em um estereótipo, devido às características que a pessoa recebeu (ZAFFARONI, 1991, p. 270).

Um conceito de culpabilidade que traga ao centro da discussão esses dados, a partir de uma análise das peculiaridades de uma determinada sociedade acerca do exercício de direitos pelos indivíduos, será objeto das preocupações do realismo marginal.

Para isso, ao invés de a definir como censura/reprovabilidade do comportamento, depura as considerações de ordem moral (porque seletivas) e propõe entender a culpabilidade como “juízo de valor que permite vincular pessoalmente o injusto a seu autor, operando pois como principal indicador oferecido pela teoria do delito para autorizar o exercício de poder punitivo sobre ele e limitar a magnitude de tal exercício ” (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2017, p. 160).

ZAFFARONI, no histórico que faz da categoria, reconhece que o “ princípio segundo o qual *a ninguém pode atribuir-se um injusto que não tenha resultado de sua livre determinação* é pouco menos axiomático e ostenta respeitáveis raízes humanistas”. (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2017, p. 163)

Ele não rejeita a autodeterminação como parâmetro da culpabilidade, haja vista que considerada como limitação do poder de punir. Isso leva à conclusão de que as raízes humanistas a que se refere são justamente aquelas iluministas, quando traçadas as bases do Estado Moderno. A sua importância histórica é, portanto, indiscutível, pelo que a responsabilidade segundo um ato de vontade, em contraposição a simples verificação causal do resultado, é uma conquista civilizatória.

Contudo, a ressalva vem logo em seguida:

Contudo, seu enunciado não é reversível: dele não se segue que a determinação seja o infalível indicador da magnitude do poder

punitivo por ela filtrado, que ofereça limpidamente o “se” e o “quanto” da pena. Tal impossibilidade provém da seletividade com a qual operam concretamente os sistemas penais, escandalosamente visível nas sociedades de classes porém também presente de forma geral nas experiências socialistas históricas. A inevitável seletividade do sistema penal desnuda a pena de seus falsos fundamentos éticos. A tendência eticizante do poder punitivo (e da pena) e, pois, da culpabilidade como vínculo personalizado entre o injusto e o agente só pode ser sustentada no marco de um raciocínio dedutivo e partindo de um Estado racional inexistente (O Estado de direito realizado) [...]”(ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2017, p. 163).

Ao mesmo tempo, o autor também registra que a autodeterminação é perigosa para unicamente estabelecer a dosagem no exercício de poder punitivo. Tal consideração, que leva em conta o caráter eticizante da sanção penal (bastante questionável), esbarra na seletividade do sistema, o que direciona a responsabilização por um ato livre a certos grupos de indivíduos.

No caso de sociedades que historicamente passaram por processos de acumulação de capital, como é o caso de praticamente todas que se tem notícia, especialmente as da periferia do capitalismo financeiro, a autodeterminação como justificativa e medida do apenamento, se de um lado é garantia histórica, constitui um obstáculo epistemológico à desconstrução do ideal moderno de igualdade perante a lei e na proteção de bens jurídicos.

Além disso, é preciso considerar também a raça como recorte que informa a seletividade, uma vez que a sociedade brasileira, por exemplo, é estruturada a partir de um processo histórico de escravidão de povos afrodescendentes, fato que repercute na configuração dos papéis sociais segundo uma lógica de exclusão desse grupo étnico até os dias hodiernos. O destaque para a raça como categoria autônoma permite analisar a sujeição de classe com um olhar diferente do saber produzido na Europa, de onde se importou a teoria crítica da criminologia.

Em todo caso, a modernidade põe em destaque a figura do homem livre e racional, dono de suas ações, fato que irá resultar na responsabilização a partir de um ato volitivo. Na dogmática, o evento que marca a consolidação de tais ideias é o finalismo de Welzel.

Todavia, confiar o exercício do poder de punir aos casos em que por vontade própria alguém cometa um crime pressupõe, como pontua ZAFFARONI, um Estado que opere

racionalmente, aplicando a formulação teórica supra à generalidade dos casos, ou ainda que criminalize igualmente os eventos socialmente danosos, situação que não se verifica na prática.

Em outras palavras, o “[...] requisito da auto-determinação decisória sobre o injusto para reprovar seu autor não consegue, de maneira alguma, esconder o fato de que tal reprovação só recai sobre uns poucos selecionados por sua maior vulnerabilidade”. (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2017, p. 166).

Dada a insuficiência da tradicional de culpabilidade normativa, o autor defende que a ela deve se somar uma outra construção que assuma a desigualdade do sistema (ZAFFARONI, 2004, p. 37)

Na contramão do poder punitivo, a iniciativa proposta é “incorporar o dado da seletividade estrutural e buscar compensá-lo, reduzindo assim o vício político nele enraizado” (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2017, p. 166). Sobre o papel das instituições, destaca que “devemos exigir às agências jurídicas que esgotem seu poder jurídico de contenção” (ZAFFARONI, 2004, p. 37).

ZAFFARONI formula os conceitos de *estado de vulnerabilidade* e *esforço por vulnerabilidade*, a fim de atender o objetivo acima anunciado e estabelecer o máximo de poder punitivo a ser autorizado segundo liberdade do agente para o delito, *considerada a ação do sistema penal sobre ele*.

O *estado de vulnerabilidade* já foi enfrentado neste tópico, sendo informado pelas variáveis que determinam sua posição na sociedade em relação aos demais indivíduos, a exemplo do grau de instrução, existência de ocupação remunerada, renda e outros que permitam identificar um papel social estigmatizante (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2017, p. 167)

A seu turno, o *esforço por vulnerabilidade* “representa a contribuição pessoal do criminalizado às pretensões legitimantes do poder punitivo, em oposição às metas redutoras do direito penal” (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2017, p. 168/169).

Neste fragmento, o autor retoma a significação do ato praticado por quem é vulnerável, o qual deve ser graduado para compensar a seletividade inerente ao direito penal, na medida em que considera o estado de vulnerabilidade como aquele em que se está mais sujeito ao processo de criminalização. Essas variáveis serão importantes para o conceito de culpabilidade pela vulnerabilidade.

As atenções referentes às condicionantes socioeconômicas no marco da

culpabilidade pela vulnerabilidade serão deslocadas da ICD e distribuídas em lugar próprio, na intersecção do estado de vulnerabilidade com o esforço por vulnerabilidade (componentes positivos da culpabilidade), a fim de eventualmente gerarem situações de exculpação:

Sobre a possibilidade de exclusão da culpabilidade em tais casos:

Por um lado, nos casos em que estejam presentes, as carências socioeconomicamente condicionadas do sujeito reduzem (em situações extremas, cancelam) sua culpabilidade, tanto quanto qualquer outra carência que, segundo os cânones da culpabilidade normativa, afete ou suprima a autodeterminação. A consideração do estado de vulnerabilidade como ponto de partida para auferir o esforço por vulnerabilidade oferece um critério mais preciso e realista que a co-culpabilidade” (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2017, p. 172).

A mesma ideia vem retomada na sua digressão sobre a teoria do delito fundada na culpabilidade pela vulnerabilidade, quando então registra que “o esforço por vulnerabilidade, pode também, em certos casos, enfraquecer ou mesmo impedir tal vinculação” (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2017, p. 221).

Apesar dessa indicação favorável, sua posição é logo restringida, uma vez que em artigo específico sobre a culpabilidade pela vulnerabilidade, ZAFFARONI manifesta entendimento pela excepcionalidade da medida, cabível “onde exista provocação oficial (agente provocador), se o ilícito não deixa de sê-lo, por não se tratar de um delito experimental de impossível consumação” (ZAFFARONI, 2004, p. 39).

De igual forma, faz outra ressalva em sua obra “Direito Penal Brasileiro”, quando ao se referir ao esforço por vulnerabilidade pontua que “usualmente a eficácia do *esforço por vulnerabilidade* é relevante apenas nas ocasiões em que a culpabilidade é chamada a participar da individualização da pena” (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2017, p. 221).

A interpretação para tal proceder talvez seja a seguinte: uma tentativa de se furta à criminalização pela via da exclusão de culpabilidade encontra óbice no funcionamento do próprio direito penal, dirigido mais incisivamente às populações que

em tese alegariam ter realizado um ínfimo esforço por vulnerabilidade³⁷⁵.

Portanto, reforça-se que a intenção de expor o dado da seletividade sem compromisso com uma solução jurídica da controvérsia, ainda que se possa buscar a deslegitimação, como visto no pensamento realista marginal.

Nada obstante, o contrabalanceamento aludido com o conceito *estado de vulnerabilidade*, ainda que na fase de aplicação da pena, cumpriria um papel redutor. Em todo caso, não se deve olvidar o fato de que a culpabilidade pela vulnerabilidade comporia o terceiro estágio da teoria do crime. Nas palavras do autor:

A culpabilidade pela vulnerabilidade é a própria culpabilidade do delito e não um mero corretivo à tradicional culpabilidade normativa, corretivo que só operaria no âmbito da teoria da pena, particularmente na individualização judicial [...] A culpabilidade pela vulnerabilidade consegue proporcionar o marco máximo do poder punitivo exercitável, dentro do qual os corretivos próprios da teoria da pena são chamados a intervir". (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2017, p. 169/170).

Finalmente, a síntese da proposição é integrar a culpabilidade pelos chamados componentes positivos: a) o espaço de autodeterminação b) a compreensão da ilicitude c) o esforço por vulnerabilidade (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2016, p. 221). Assim, trata-se de importante contribuição teórica que provavelmente exigirá incorporação jurídico-positiva, ao tempo em que serve como confirmação do fracasso do direito penal em atender suas promessas.

3.CONCLUSÃO

A assimilação pelo Judiciário da chamada Ideologia da Defesa Social repercute no juízo de valor que fazem acerca da atuação do réu, quando se acredita que todos têm a condição de se comportar perante a norma e esta representa os interesses legítimos a todos os indivíduos da sociedade. As condicionantes socioeconômicas, por sua vez, dificilmente atingem o nível virtual exigido pela jurisprudência porque no limite representam os indicadores que orientaram a própria intervenção penal.

Portanto, ao deslocar o olhar para as agências, é possível dizer que elas mesmas

³⁷⁵ Seria replicado então o mesmo raciocínio da Inexigibilidade de Conduta Diversa, ao se opor os mesmos indicadores que informam o processo de criminalização (Ser pobre, não ter emprego fixo, possuir baixa instrução)

condicionam a possibilidade de agir conforme a norma, na medida em que elegem como proibidas condutas típicas das populações vulneráveis e aplicam o Direito para confirmar a seleção anteriormente realizada, administrando a punição para gerir a massa de excluídos em um nível tolerável ao *status quo*.

Em razão da disfuncionalidade inerente ao funcionamento do direito criminal, restou evidente a necessidade de deslegitima-lo, o que pode ser feito através do exercício teórico realista-marginal. A ideia seria construir um saber que possa adequar a ciência jurídico-penal à realidade dos países periféricos e conter a utilização da pena como resposta à desigualdade enquanto não se confere cidadania plena à população marginalizada.

Foi possível extrair do presente artigo que a sociedade é informada não pelo consenso de valores, mas pelo conflito, o que repercute diretamente na avaliação dos interesses envolvidos na edição de uma norma incriminadora. As relações de produção explicam de uma maneira mais ou menos satisfatória a seletividade do sistema, apesar de deixar de lado questões como raça e gênero, por exemplo.

A culpabilidade, nesse cenário, não deixa de ser produto de um saber importado dos países centrais, o que faz com que autores como Zaffaroni procurem refiná-la, adequá-la à realidade concreta dos sistemas penais latino-americanos. A posição trazida no último tópico é, portanto, uma tentativa de deslegitimar o exercício do poder punitivo mediante o esforço consciente pela sua contenção.

Em outras palavras, ao invés de a culpabilidade ser mobilizada enquanto censura, reprovabilidade do comportamento, o que não se sustenta ante a desconstrução do ideal moderno de vontade livre, passa a ser lida enquanto vínculo que liga o agente ao injusto cometido em uma sociedade conflituosa com múltiplos valores que orientam o comportamento, os quais serão objeto de disputa no processo de criminalização.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, V.R.P. de. Construção e identidade da dogmática penal: do garantismo prometido ao garantismo prisioneiro. **Sequência**: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, v.29, n. 57, p. 237-260, 2008. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2008v29n57p237>>. Acesso em: 12 jan 2018.

ANDRADE, V.R.P. de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. **Sequência**, Florianópolis, v. 16, n. 30, p.24-35, 1995. Disponível em: <

<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15819>>. Acesso em: 12 jan 2018.

ANDRADE, V.R.P de. Flagrando a ambiguidade da dogmática penal com a lupa criminológica: que garantismo é possível do compasso criminologia-penalismo crítico? **Sequência**, Florianópolis, v. 30, n. 59. 2009. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2009v30n59p161/13594>>. Acesso em: 11 set 2017.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 6.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BARATTA, A. Criminologia e Dogmática Penal. Passado e Futuro do Modelo Integrado da Ciência Penal. **Revista de Direito Penal**, Rio de Janeiro, nº 31, jan-jun.1981. <http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/direito_penal/conteudos/RDP31.pdf>. Acesso em: 11 set. 2017.

BARATTA, Alessandro. " *Filosofia e Diritto Penale. Note su alcuni aspetti dello sviluppo del pensiero penalistico in Italia da Beccaria ai nostri giorni*". In *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*", 1972, Milano: Giuffrè, p. 29-54. Tradução de GIAMBERARDINO, André Ribeiro. "Filosofia e Direito Penal: Notas sobre alguns aspectos do desenvolvimento do pensamento italiano desde Beccaria aos nossos dias". In **Revista da Faculdade de Direito-UFPR**, Curitiba, n.53, 2011.

BARATTA, Alessandro. Filosofia e Direito Penal: Notas sobre alguns aspectos do desenvolvimento do pensamento penal italiano desde Beccaria aos nossos dias. Trad. André Giambardino. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 53, p.11-29, 2011. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/30761/19869>> . Acesso em 19 set 2017.

BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (Orgs.). **Cem anos de reprovção: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade**. Rio de Janeiro, Revan: 2011.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BUSATO, P. C. Apontamentos sobre o dilema da culpabilidade penal. **Revista Liberdades**, n. 8, set/dez, p. 52-94, 2011. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=94>. Acesso em 06 out 2017.

CARRARA, Francesco. **Programa de diritto criminale. Parte generale,v.1.** 7.ed. Lucca, 1889.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal: Parte Geral.**7.ed.Florianópolis: Empório do Direito. 2017.

DE CASTRO, Lola Aniyar. **Criminologia da Libertação.** Rio de Janeiro: Revan, 2005.

FOUCAULT, Michel. **A Ordem do Discurso.** Trad Laura Fraga de Almeida Sampaio. 5.ed. São Paulo: Loyola: 1999.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: o nascimento da prisão.** Trad Raquel Ramalhete.42.ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social.** Trad. Gizlene Neder.2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia.** 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, Adrian Barbosa e. Baratta, Foucault e a questão criminal. **RBCCrim**, São Paulo, ano 2016, vol. 123, set. 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RBCCrim_n.123.05.PDF>. Acesso em: 13 set. 2017.

SILVA, Adrian Barbosa e. Teoria Agnóstica da Pena: Fundamentos Criminológicos para uma Teleologia Redutora desde a Margem. *In*: ÁVILA, Gustavo Noronha de; BRAGA, Rômulo Rhemo Palitot; RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves (Org). **Criminologias e Política Criminal – I.** Florianópolis; CONPEDI, p. 500-529, 2014.

SILVA, P. R. N. A. **Inexigibilidade de Conduta Diversa:** Escorço de Suas Transformações Dogmáticas e Polêmica dos Valores Envolvidos. 192f. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da UCAM. Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro.

TANGERINO, D. de P. C. **Apreciações críticas dos fundamentos da culpabilidade a partir da criminologia: Contribuições para um Direito Penal mais ético** .281f. 2009. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da USP. Universidade de São Paulo, São Paulo.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. A ciência penal alemã e as exigências político-criminais da América Latina. **Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade**, Rio de Janeiro, ano 15, n. 17/18, p. 39-46, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro, volume 2, tomo 2**. 1.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Culpabilidade por vulnerabilidade. **Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade**, Rio de Janeiro, ano 9, n. 14, p. 31-47, 2004. 1º e 2º semestres 2004.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Volume 1. Parte Geral**. 9.ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011

ASPECTOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA VISÃO INTEGRALIZADA DA IMPORTÂNCIA E FUNCIONALIDADE

MATHEUS DE OLIVEIRA SANTANA: Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas – TJ/AM, Pós-Graduado em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/MG, Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal Aplicados pela Escola Brasileira de Direito - EBRADI, Pós Graduado em Direito Público pela Universidade de Caxias do Sul – UCS em parceria com a Escola Superior da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul - ESMAFE-RS.

RESUMO: O objetivo deste trabalho é apresentar algumas considerações sobre o estudo dos direitos fundamentais, descritos como os direitos que toda pessoa humana possui, direitos estes consagrados na Constituição. Os direitos fundamentais são fundamentais para os sistemas de proteção das Constituições. O presente estudo está enquadrado em uma linha de investigação do Direito Constitucional, a metodologia aplicada baseia-se em um estudo documental-bibliográfico, onde as principais fontes de consulta foram a Constituição da República do Brasil e doutrinas. Os direitos fundamentais respondem, no sistema constitucional, a uma pluralidade de significados, de modo que se pode dizer que possuem caráter excepcional. Para explicar um pouco a natureza dos direitos fundamentais, diz-se que é um direito subjetivo garantido em uma Constituição normativa; Assim, esses direitos têm um reconhecimento universal e historicamente constante desde o surgimento das Constituições, tornando sua presença imprescindível em qualquer Constituição legítima.

Palavras-Chaves: Constituição; Direitos; Garantias.

ABSTRACT: The objective of this work is to present some considerations about the study of fundamental rights, described as the rights that every human person has, rights enshrined in the Constitution. Fundamental rights are fundamental to the protection systems of the Constitutions. The present study is framed in a line of investigation of Constitutional Law, the methodology applied is based on a documentary-bibliographic study, where the main sources of consultation were the Constitution of the Republic of Brazil and doctrines. Fundamental rights respond, in the constitutional system, to a plurality

of meanings, so that it can be said that they have an exceptional character. To explain a little the nature of fundamental rights, it is said that it is a subjective right guaranteed in a normative Constitution; Thus, these rights have universal and historically constant recognition since the emergence of the Constitutions, making their presence essential in any legitimate Constitution.

Keywords: Constitution; rights; Warranties.

Sumário: 1. Introdução. 2. Os direitos fundamentais. 2.1 Quanto à constitucionalização do Direito. 3. Eficácia normativa dos direitos constitucionais. 3.1 Eficácia horizontal dos direitos fundamentais. 3.1.1 Eficácia horizontal: direta ou imediata versus indireta ou mediata. 4 Direitos fundamentais e sua relação com o Estado. 5. Direitos Sociais. 6. Considerações finais. 7. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais são sempre planejados para proteger a dignidade do indivíduo e criar situações que possam ajudar todo ser humano a desenvolver sua personalidade ao máximo. Eles entrelaçam um padrão garantido na estrutura básica dos direitos humanos. Impõe obrigações ao Estado, não à usurpação da liberdade individual em suas várias dimensões. Eles são essenciais para que o indivíduo alcance seu pleno status intelectual, moral e espiritual.

O objetivo da inclusão deles na constituição é estabelecer um governo de lei e não de homem. Os Direitos Fundamentais protegem as liberdades e a liberdade dos cidadãos contra qualquer invasão do Estado e impedem o estabelecimento de regimes autoritários e ditatoriais no país. Eles são muito essenciais para o desenvolvimento global dos indivíduos e do país.

Os direitos fundamentais são essencialmente direitos humanos, mas são regulamentados pela Constituição da Índia. Eles o integram à sociedade e ao mesmo tempo que incorporam valor educacional também, o cidadão é capaz de compreender a importância de todos os membros da sociedade. A Constituição também prevê a aplicação desses direitos, portanto, eles têm valor jurídico também que capacitam um cidadão a proteger, respeitar e cumprir o estado de direito. Eles defendem a igualdade de todos os indivíduos, a dignidade do indivíduo e a unidade da nação.

Em particular, os direitos fundamentais não devem ser apenas representados na esfera constitucional, mas também podem ser consubstanciados em um texto legal, ou seja, o importante é que sejam positivados dentro do ordenamento jurídico. Sobre este último não há unanimidade de opinião, pois há especialistas na área constitucional que afirmam que os direitos fundamentais se enquadram em uma categoria de Direito Constitucional e não de qualquer ordenamento jurídico, e estabelecem que essa categoria de direitos só existe quando há uma constituição normativa legitimada pelo poder constituinte. Para que os direitos fundamentais sejam considerados protegidos, eles devem ser protegidos no nível constitucional. No entanto, também é verdade que não precisa ser um texto formalmente chamado de Constituição.

Ao se falar em expressar os direitos, é imprescindível estabelecer a positivação do direito, tanto em norma substantiva, quanto em texto legal, pelo fato de existirem países com reduzido catálogo de direitos previstos em suas Cartas Magnas; no entanto, esses direitos não são limitativos.

Assim, o objetivo geral é analisar a importância e funcionalidade dos direitos fundamentais.

2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

O termo constitucionalização não é exatamente correto. Conforme indicado por vários autores, implica na designação de uma mutação de um estado para outro. Assim, é designado como um processo ao final do qual a Lei está "impregnada", "saturada" ou "embutida" na Constituição. Portanto, é impossível afirmar com rigor em que consiste exatamente esse processo. No entanto, é possível estabelecer que depois dele a lei é outra. Nesse sentido, a constitucionalização implica uma modificação de paradigma em relação ao antigo Estado de Direito, determinando que um ordenamento jurídico constitucionalizado é caracterizado por uma Constituição extremamente invasiva, intrusiva, capaz de condicionar tanto a legislação quanto a jurisprudência e o estilo doutrinário, a ação dos atores políticos, bem como as relações sociais³⁷⁶.

376 MARMELSTEIN, G. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 52.

Trata-se da Constituição e de seu poderoso efeito radiante, explicado como o transbordamento de um direito constitucional que agora inunda todo o sistema; Já não se trata apenas de regular as relações entre os poderes do Estado, mas quase se poderia dizer que todo conflito jurídico, da hora da padaria à rotulagem do chocolate, encontra alguma resposta constitucional³⁷⁷. A questão imediata é: o que acontece com aquela lei até então poderosa? E a resposta parece esclarecer quase todas as dúvidas. Novais³⁷⁸ aponta que a lei, medida temporal exclusiva de todas as coisas do Direito, dá lugar à Constituição e torna-se ela própria um objeto de medição. É destronado em favor de uma autoridade superior.

Segundo Silva³⁷⁹, a força superior da Constituição é apenas um dos motivos do declínio da lei: a manutenção da luta laica com o poder regulador que hoje adquire contornos mais complexos, assim como o abandono das antigas qualidades de abstração e generalidade em favor de uma “regulação” progressiva da lei, às vezes escandalosamente singular, quando não ditada em benefício (ou prejuízo) de uma única pessoa são alguns dos elementos que explicariam a crise da lei. Na verdade, é um fenômeno em construção e em permanente modificação, por isso suas manifestações são múltiplas e variadas, o que dificulta sua análise. Talvez isso se deva ao fato de que uma das formas mais recorrentes de se tentar uma explicação seja a sua concepção como um processo que ocorre dentro de cada um dos diferentes sistemas jurídicos.

A constitucionalização é um processo e nela os ordenamentos jurídicos são mais ou menos constitucionalizados, conforme sejam adotadas certas condições: Constituição rígida, garantia jurisdicional da Constituição, força vinculativa e normativa da Constituição, interpretação das leis de acordo com a Constituição e influência da Constituição nas relações políticas³⁸⁰.

377 MASTRODI, J. Ponderação de direitos e proporcionalidade das decisões judiciais. **Revista Direito GV**, v. 10, n. 2, p. 577-595, jul./dez. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322014000200577&script=sci_arttext>. Acesso em: 29 abr. 2021.

378 NOVAIS, J. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 19.

379 SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 41.

380 MARMELSTEIN, G. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 55-6.

Verifica-se, assim, o sucesso do modelo do Estado Constitucional de Direito e com ele um dos seus elementos centrais e mais genuínos, que é o discurso, configurado a partir da influência profunda da Constituição nos demais sistemas jurídicos dos direitos fundamentais.

Uma mistura teórica muito forte ocorreu na segunda metade do século passado, que sem dúvida embasa o caminho para a valorização do discurso dos direitos, que vem substituindo a cultura tradicional do legalismo. Das posições de Hart e sua localização correspondente em uma posição de preeminência do juiz naqueles casos difíceis devido à estrutura aberta das normas, Dworkin e a blindagem dos direitos fundamentais como trunfos diante das concepções utilitárias e, então, Alexy e a teoria dos fundamentos os direitos como princípios e a ponderação como mecanismo de resolução de conflitos entre esses direitos, até Ferrajoli e o garantismo como fórmula de efetivação dos direitos fundamentais, implicam, sem dúvida, as bases constitutivas, coerentes ou não, em torno do qual este discurso influente dos direitos fundamentais do final do século XX e início do século XXI foi construído.

Este discurso dos direitos fundamentais, ensina Alexy³⁸¹, é caracterizado por quatro extremos: primeiro, os direitos fundamentais regulam com máxima classificação; segundo, com máxima força jurídica; terceiro, com a máxima importância, e quarto, máxima indeterminação. Este discurso está ligado à “garantia legal”, o que implica a formulação de as técnicas de garantia ideais para assegurar o máximo grau de eficácia dos direitos constitucionalmente reconhecidos.

No entanto, o discurso do constitucionalismo moderno foi fortemente criticado. Talvez a principal crítica ao triunfalismo do discurso dos direitos venha daqueles que apontam como Silva³⁸² que: embora os direitos possam operar como força emancipatória indiscutível em um momento da história - como o movimento dos Direitos Civis nos Estados Unidos - em outro com o tempo, podem se tornar um discurso regulador, um meio para obstruir ou cooptar demandas políticas mais radicais, ou simplesmente ser a mais vazia das promessas vazias.

381 ALEXY, R. (1986). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 34-5.

382 SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, 47.

Para efeitos desta localização, como centralidade do discurso dos direitos fundamentais, uma rearticulação da ideia de direitos subjetivos será essencial para o Estado Constitucional de Direito, que está necessariamente ligado à constitucionalização. E isso porque os direitos fundamentais se estruturam em normas com valor jurídico próprio que não carecem, portanto, de desenvolvimento infraconstitucional ou jurídico - eficácia normativa - e, em segundo lugar, os direitos fundamentais operam em todas as direções, inclusive entre privado - eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

3 EFICÁCIA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

A Europa durante o século XIX constatou uma construção jurídica onde prevalecia uma concepção predominantemente formalista e legalista da Constituição. As cartas de direitos eram meras declarações de natureza política (e não jurídica) sem que tivessem poder normativo direto, de desenvolvimento e configuração jurídica. Na época, a ideia de que direitos fundamentais não seriam regras e sim princípios (contidos em meras "declarações) resultavam que não tinham força normativa direta para serem reivindicados judicialmente. Os verdadeiros direitos eram apenas posições diretas e concretamente definidas no direito material e processual; Os direitos constitucionais, por outro lado, estavam longe de definir direta e especificamente em quais ocasiões eles foram violados, em que ocasiões sua proteção foi imposta ou quais recursos foram impostos para sua proteção³⁸³.

Porém, avançando no tempo, a partir dos desdobramentos do constitucionalismo do pós-guerra, começa a ser imposta a consideração de que todas as normas constitucionais têm plena eficácia vinculativa, incluindo fundamentalmente aquelas que consagram ou reconhecem direitos fundamentais do povo pelo que são capazes de produzir efeitos jurídicos sem necessidade de desenvolvimento infraconstitucional e, fundamentalmente, sem necessidade de avançar em desenvolvimentos de natureza legislativa.

A Constituição não é um catecismo político ou um guia moral dirigido ao legislador virtuoso, mas antes uma norma como qualquer outra que incorpora a pretensão de que a realidade se ajusta ao que prescreve³⁸⁴. Isso se refere diretamente ao significado da eficácia normativa da Constituição. Assim, as disposições constitucionais têm efeito normativo, isto é, não são consideradas normas com um valor meramente programático ou como um

383 BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 52.

384 SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 63.

conjunto de recomendações ou orientações dirigidas ao legislador, para consolidar o seu valor normativo e operar como autêntica norma jurídica com eficácia direta e imediata.

Os textos constitucionais determinam expressamente essa eficácia normativa dos direitos fundamentais. Nesse sentido, é indiscutível que os direitos fundamentais são mais do que mera letra constitucional. Desse modo, a consequência mais básica consiste em conceber os direitos como normas supremas, efetivas e diretamente vinculantes, que podem e devem ser observadas em toda operação de interpretação e aplicação da lei³⁸⁵. No entanto, esta eficácia direta ou normativa da Constituição não se limita à regulação das relações entre o Estado e os cidadãos (eficácia vertical), mas também influencia as relações entre os indivíduos (eficácia horizontal).

3.1 EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Um elemento central em toda esta evolução constitucional revela-se na chamada “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”, ou seja, a possibilidade que os indivíduos exercem, contra outros indivíduos e no âmbito das relações privadas, direitos públicos subjetivos, como o direito à propriedade, o direito de não ser discriminado, a liberdade de expressar uma opinião, o direito à privacidade ou o direito moral do autor. Isso é algo fundamental na medida em que tradicionalmente se entendia que as normas constitucionais sobre direitos fundamentais se aplicavam apenas às relações entre os cidadãos e o Estado; os direitos fundamentais apareceram historicamente como direitos de defesa contra a ingerência do poder público na liberdade dos indivíduos e, conseqüentemente, não atingiram as relações entre os indivíduos³⁸⁶.

Tratava-se de uma concepção unidirecional de direitos fundamentais desenvolvida sob a proteção de uma filosofia claramente liberal, em relação à qual foram feitas as conceituações desses direitos. A doutrina amplamente majoritária apoia a recepção da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, entendendo que a Constituição e o ordenamento jurídico se aplicam tanto aos cidadãos como aos poderes públicos.

385 CANOTILHO, J. J. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2018, p. 44-5.

386 DWORKIN, R. (1977). **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 61.

Este consenso é verificado também na jurisprudência internacional, haja vista que a Corte Europeia de Direitos Humanos, em aplicação da Convenção Europeia de Direitos Humanos, e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos, têm defendido a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. A Corte Interamericana entendeu que:

Da obrigação positiva de garantir a efetividade dos direitos humanos protegidos, que existe na cabeça dos Estados, surgem efeitos em relação a terceiros (*erga omnes*). Essa obrigação foi desenvolvida pela doutrina jurídica e, em particular, pela teoria *Drittwirkung*, segundo a qual os direitos fundamentais devem ser respeitados tanto pelos poderes públicos quanto pelos indivíduos em relação aos demais indivíduos³⁸⁷.

A justificativa da recepção, então, da eficácia horizontal entre os indivíduos incidirá, doutrinariamente, em relação a duas visões, ou seja, aquela que se enquadra na própria natureza dos direitos fundamentais e aquela que determina a eficácia a partir do tipo particular das relações sociais - de poder - existentes entre as partes privadas envolvidas³⁸⁸.

Desse modo, no primeiro caso, o fundamento da eficácia horizontal será determinado no caráter objetivo das normas supremas de direitos fundamentais. São direitos que, por decisão constitucional, apresentam a mais alta hierarquia jurídica e, portanto, sua força é imposta ao grupo empresarial, independentemente da situação de fato em que se encontrem os indivíduos na relação. Desta forma, estabelece-se que esses direitos, como expressão de uma ordem básica de valores especificados nas disposições normativas de natureza constitucional - justiça, liberdade, igualdade - e que, portanto, orientam o ordenamento jurídico. Assim, o alcance possível de uma norma de direito fundamental só será obtido, precisamente, a partir da análise da norma que a reivindica, e não de seu contexto³⁸⁹.

Assim, considerando que se configurarão em um duplo sentido, como direitos subjetivos em si e como elementos objetivos e estruturais do sistema jurídico, eles se irradiam para o conjunto das relações sociais, inclusive aquelas que ocorrem entre os

387 *Idem*. p. 64.

388 SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 49.

389 BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 38.

indivíduos. Além disso, é necessário considerar que é obrigatória a aplicação dos direitos fundamentais no plano horizontal dada a existência de relações sociais que reproduzem o poder que originalmente só era exercido pelo Estado em relação aos cidadãos. Consequentemente, afirma-se que há consenso de que a eficácia em questão deve ser diferente de acordo com a posição de poder que as partes na relação que ocupam na sociedade: o *Drittwirkung* é um reflexo da própria ideia da Constituição como uma limitação do poder público, referindo-se apenas ao abuso do poder privado ou situações em que um indivíduo privado goza de uma posição dominante de poder em uma esfera específica de relações³⁹⁰.

Assim, qualquer que seja o fundamento da exigibilidade dos direitos fundamentais entre os particulares, não há dúvidas quanto à sua eficácia, uma vez que a centralidade da consideração jurídica reside na forma como os direitos se organizam de forma coerente no vínculo entre os particulares.

3.1.1 Eficácia horizontal: direta ou imediata versus indireta ou mediata

Esta ideia alemã não verifica problemas de reconhecimento, mas sim de construção devido ao fato de que agora é geralmente aceito que normas jurídicas fundamentais regem as relações cidadão/cidadão e, nesse sentido, têm efeito sobre terceiros ou efeito horizontal. O que se discute é como e em que medida eles exercem essa influência. Assim, duas versões foram desenvolvidas: eficácia direta ou imediata e eficácia mediata ou indireta.

A eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais conduz diretamente as relações entre os indivíduos, determinando sua exigibilidade entre as partes, sem a necessidade de uma intermediação jurídica - seja ela legal ou judicial - para facilitar o seu desenvolvimento. Implica afirmar a virtualidade direta, sem concretizar mediações, dos direitos fundamentais, como direitos subjetivos reforçados pela garantia constitucional, em face das violações oriundas de sujeitos privados³⁹¹.

Em caso de eficácia mediata, os direitos fundamentais estão sujeitos única e diretamente às autoridades e poderes públicos, que terão a obrigação de aplicar as

390 DWORKIN, R. (1977). **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 71.

391 BULOS, U. L. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 52.

relações entre os indivíduos, mediadas e traduzidas em normas que as desenvolvam ou em interpretações de natureza jurisdicional que apontem para fora e determiná-los. Nesta concepção - desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão - os direitos fundamentais funcionam como um sistema objetivo de princípios e valores que devem ser aplicados pelos organismos públicos, que fazem a mediação entre esses direitos e os indivíduos. A mediação é realizada pelo legislador mediante ditado das leis que os elaboram ou pelos juízes por meio de decisões que interpretam as normas legais vigentes em consideração aos direitos fundamentais, o que sem dúvida configura uma interpretação nos termos da Constituição. Esses direitos obrigam os indivíduos apenas indiretamente, como decisões avaliativas objetivas que se projetam sobre todo o ordenamento jurídico e, nessa medida, vinculam o legislador e o juiz: não são atos de sujeitos privados, mas sim as normas de Direito que estão diretamente ligados aos direitos fundamentais³⁹². Desta forma, os direitos definem um sistema de valores incorporado na Constituição, que, como dotado de um efeito de irradiação, deve influenciar a interpretação do sistema como um todo e vincular todos os poderes do Estado.

O debate foi extenso, havendo, de um lado, aqueles a favor da eficácia indireta ou mediata, destacando sua melhor adaptação à autonomia da vontade, uma vez que os direitos fundamentais não se aplicam de uma só vez no direito privado. Por outro lado, os defensores da eficácia direta argumentam que as relações entre particulares se verificam regidas por direitos fundamentais e só assim é possível reconhecer de fato a hierarquia superior desses direitos, uma vez que sua força não pode estar subordinada à vontade do legislador ou juiz³⁹³.

A tese da eficácia mediata é criticada como artificial³⁹⁴, uma vez que se pretende atribuir as violações de direitos fundamentais ao legislador ou ao juiz conforme cabível, devido a um erro teórico na proteção desses direitos, ocultando assim que a violação tem como um agente imediato para um determinado assunto. Na doutrina em geral, a tese da eficácia imediata é predominante e, mesmo quando nada é decisivo, seu alcance é crescente. Em algumas ocasiões, o Supremo Tribunal Federal já admitiu a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, inclusive a eficácia direta. Como exemplo, é possível citar o RE 158.215-4/RS, no qual a Suprema Corte entendeu existir violação das garantias

392 Idem, p. 55.

393 SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 51.

394 SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito*. São Paulo: Malheiros 2005, p. 100.

constitucionais de ampla defesa e devido processo legal na exclusão de associado sem que este tenha o direito de se defender, por mera deliberação da assembleia. No mesmo sentido, foi proferida decisão no RE 161.243-6/DF, em que se percebeu ofensa ao princípio da isonomia no tratamento discriminatório dado a brasileiro, empregado de companhia aérea francesa, em favor de empregado francês, ambos em condições idênticas de trabalho.

4 DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA RELAÇÃO COM O ESTADO

Neste ponto, é importante distinguir conceitos, haja vista que o conteúdo do Estado Social é variado e oferece uma tipologia de possibilidades tão ampla quanto os problemas sociais que afetam a vida das pessoas. Basta ler o artigo 5º da Constituição Federal (CF), que tem como rubrica os direitos fundamentais, reconhecendo não somente os direitos individuais e sociais, mas elencando em seu rol os direitos relativos à solidariedade.

Os direitos fundamentais surgem com o desígnio de reprimir e controlar os abusos decorrentes da atuação do poder do Estado, visando assegurar uma vida digna à pessoa humana. Entretanto, esses direitos permanecem em constante evolução, buscando a adequação das necessidades conforme o desenvolvimento da sociedade³⁹⁵.

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalmente em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retirada da esfera da disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalmente formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição Formal³⁹⁶.

Os direitos e garantias fundamentais encontram-se previstos no Título II, que foi dividido em cinco capítulos, a saber:

395 CUNHA JUNIOR, D. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 63.

396 FACHIN, M. G. *Direitos humanos e fundamentais: do discurso à prática efetiva: um olhar por meio da literatura*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2007, p. 69.

I. Direitos individuais e coletivos: são aqueles direitos coligados ao conceito de pessoa humana e a sua personalidade, bem como o direito à vida, a igualdade, a dignidade, a segurança, a honra, a liberdade e a propriedade. Estes direitos estão dispostos no artigo 5º da Constituição Federal. Os direitos individuais possuem prerrogativas inerentes ao indivíduo em se opor ao arbítrio estatal, enquanto que os direitos coletivos pertencem a uma coletividade que se vincula juridicamente;

II. Direitos sociais: São direitos dispostos no Art. 6º da Constituição Federal, inerentes às prestações positivas do Estado, ou seja, relacionam-se com o que o Estado deve prover, como o direito à educação, saúde, trabalho, previdência social, lazer segurança, proteção à maternidade, à infância e assistência aos desamparados;

III. Direitos de nacionalidade: São direitos vinculados ao jurídico-político entre o indivíduo e o Estado, passando a integrá-lo;

IV. Direitos políticos: Dispostos no Art. 14 da Constituição Federal, são direitos que regulam o exercício da cidadania, permitindo a participação ativa da política estatal.

V. Direitos relacionados à existência, organização e a participação em partidos políticos: Elencados no artigo da Constituição federal, busca proteger o Estado Democrático de Direito, garantindo a autonomia e liberdade plena dos partidos políticos.

É importante destacar que a Constituição de 1988 estendeu o rol dos direitos fundamentais e foi a primeira Constituição brasileira a inverter a ordem do capítulo referente aos direitos fundamentais, uma vez que em todas as outras Constituições os direitos fundamentais encontravam-se nos últimos artigos³⁹⁷.

O direito ao trabalho, o direito à alimentação, o direito à habitação, o direito ao meio ambiente são direitos inerentes à pessoa porque são básicos e essenciais para o seu desenvolvimento livre e solidário. Ou seja, os direitos fundamentais que implicam benefícios específicos para a sua realização, devem ter, por serem direitos fundamentais

397 SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 52.

da pessoa, o mesmo tratamento jurídico que têm em termos de tutela jurisdicional e, claro, no que diz respeito à sua aplicação, exequibilidade e justiciabilidade, com as modulações que podem ser feitas em função da situação de evolução social e bem-estar social de cada país. Nestes casos, os orçamentos dos ministérios da ordem social, enquanto persistirem as desigualdades materiais, devem obrigatoriamente contemplar uma disponibilidade orçamentária razoável após uma quantificação científica e sistemática. Deixar de fazê-lo significa não apenas a violação da cláusula social do Estado, mas também a falha do próprio Estado, que ao invés de defender e promover a dignidade humana, se tornaria um de seus principais inimigos. A argumentação em torno da natureza contingente e variável dos programas sociais não é um problema porque, como aponta Bulos³⁹⁸, eles podem ser ampliados, modificados ou revogados a qualquer momento, até mesmo cancelados se necessário, dependendo do grau de bem-estar social existente.

A fórmula “Estado Social e Democrático de Direito”, ou Estado Democrático e Social de Direito”, polêmica para alguns autores por ser imprecisa, vaga e abstrata, hoje é totalmente atual. Se trata de uma cláusula vinculada à eficácia, especialmente no que diz respeito à realização dos direitos sociais fundamentais que afetam o conteúdo essencial da dignidade da pessoa humana. Se o Estado surge para garantir condições mínimas de desenvolvimento livre e solidário ao povo, é lógico que o Direito e as políticas públicas estejam orientados para esse fim³⁹⁹.

O fato de tais direitos sociais fundamentais exigirem benefícios específicos do Estado não significa, nem mais nem menos, que o Estado deva quantificar nos seus orçamentos sociais as disponibilidades necessárias para atingir este importante objetivo social: garantir um mínimo de dignidade essencial a todos os cidadãos, com particular atenção aos mais necessitados ou desfavorecidos⁴⁰⁰.

Além disso, o fato de esses benefícios específicos não poderem ser previstos nas normas gerais e abstratas de uma Constituição não significa que devam permanecer extra *constitutionem*, visto que o Estado de Direito entendido em sua formulação material e substancial incorpora, sem dúvida, conteúdos sociais que implicam ações concretas e

398 BULOS, U. L. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 59.

399 FERNANDES, B. G. **Curso de Direito Constitucional**. –9. Ed.rev., ampl. E atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 55-6.

400 Idem, p. 56.

precisas do Estado. Conceber como bolha o Estado de Direito na Constituição, sem contaminação da ação administrativa, certamente não simpatiza com as relações tradicionais entre Direito Constitucional e Administrativo ou com as demandas mais elementares de realização dos direitos sociais fundamentais. Ou, o que é o mesmo, fingir, neste ponto, que a característica essencial do estado de direito é justamente o formalismo jurídico e a neutralidade diante dos valores apresentados por suas instituições não fazem sentido desde a própria formulação da eficácia do Estado Social⁴⁰¹.

Na realidade, há doutrinadores⁴⁰² que negam a existência do conceito de direito fundamental da pessoa que requer benefícios específicos do Estado. Ou, o que é o mesmo, eles negam a noção de direito social fundamental. Para chegar a essa conclusão, Forsthoff⁴⁰³ lembra que as pessoas que necessitam de benefícios sociais do Estado têm, em qualquer caso, direitos ou interesses subjetivos derivados da regulamentação legal de certas matérias, que devem estar previamente previstos em lei anterior. A Constituição caminha nessa direção, eliminando qualquer possibilidade de aplicação direta e imediata dos direitos sociais fundamentais. Além disso, hoje existem técnicas legais para controlar a inatividade material da Administração e evitar os efeitos nocivos da omissão do dever de legislar nessas matérias⁴⁰⁴.

Em uma posição substancialmente diferente está Abendroth⁴⁰⁵, para quem o Estado Social faz todo o sentido quando mostra que uma democracia só pode funcionar se se estender à sociedade e oferecer a todas as classes sociais as mesmas oportunidades no processo econômico. Abendroth propõe, de forma ideológica e, portanto, radical, uma transformação absoluta da atual ordem econômico-social em que o Estado deve intervir nos processos econômicos planejando a produção e procedendo a uma distribuição de recursos no interesse de todas as empresas sociais.

401 MENDES, G. F. **Curso de direito constitucional**. 10. Ed. rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2015, p. 37.

402 WILLIS, S. G. (Coord). **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1997, p. 12.

403 FORSTHOFF, E. apud MARMELSTEIN, G. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 71.

404 VASCONCELLOS, M. ; FERRAZ, A. **Direito constitucional**. São Paulo: Rideel, 2009, p. 61.

405 ABENDROTH, W. **A história social do movimento trabalhista europeu**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977, p. 44.

Abendroth, portanto, argumenta que o Estado Social só é possível se o Estado assumir um papel essencial na economia com base em um princípio democrático entendido para além da representação parlamentar que atinge a cogestão e permeia todas as áreas da sociedade. Essa reivindicação, entretanto, tem fracassado historicamente e supõe um processo de absorção da sociedade pelo Estado, que será, assim, o único ator legítimo a dar conteúdo concreto ao Estado Social. Ou seja, a ordem econômica e social, segundo seu pensamento, deve ser submetido àqueles órgãos do Estado em que a vontade autodeterminada do povo está representada. É uma abordagem desenvolvida em consequência de um preconceito que parte de uma certa interpretação do princípio democrático que elimina a perspectiva individual e enfatiza a determinação democrática da ordem estrutural da economia através da gestão da empresa e da sociedade.

Outro ponto de vista, um "gênero tertium", uma terceira via entre as duas formulações anteriores parte da compreensão do princípio democrático, que se baseia em uma ideia razoável e aberta de participação, como um elemento que ajuda a compreender melhor a harmonia que existe entre o estado de direito e o Estado Social. Como antecipamos antes, na medida em que nos acomodamos em uma visão material e não formal do estado de direito, tanto a cláusula do Estado Social, e seus requisitos, quanto a cláusula do estado de direito são entendidos de forma complementar caminho. A tal ponto que bem se pode afirmar que o primado do direito material não pode ser compreendido sem a cláusula do Estado Social e sem a cláusula do estado democrático. Em outras palavras, o Estado Social e o estado democrático são componentes básicos do estado de direito, entendido materialmente. Provavelmente, quem melhor explicou essa posição foi o professor Kriele⁴⁰⁶, também famoso por sua teoria da indisponibilidade dos direitos fundamentais da pessoa, que são entendidos como manifestações básicas e essenciais da dignidade da pessoa humana.

O Estado Constitucional democrático e suas instituições que garantem os direitos humanos cívicos e políticos não são apenas uma condição indispensável para uma vida com dignidade humana. É também a base de qualquer luta democrática por uma ordem jurídica e econômica que leve em consideração os direitos humanos econômicos, sociais e culturais. Ou seja, o Estado de Direito social e democrático é uma fórmula que, como tantas outras típicas do Direito Público, deve ser entendida a partir dos postulados do

406 KRIELE, M. **Libertação e iluminismo político**: uma defesa da dignidade do homem. São Paulo: Edições Loyola, 1983, p. 53.

pensamento aberto, plural, dinâmico e complementar. É possível explicá-lo a partir de diferentes coordenadas, de diferentes posições, é uma fórmula em permanente evolução e, sobretudo, é uma fórmula que permite uma compreensão profunda hoje, num novo século, para dar maior força jurídica ao Estado de Direito em sentido material⁴⁰⁷.

Hoje não é mais possível manter uma posição formalista do Estado de Direito que se dá ao perfil da existência de direitos fundamentais de quem exige benefícios específicos do Estado. Tornou-se, inviável manter posições derivadas de "arioris" ideológicos que se pretendem projetar unilateral e totalmente sobre a realidade. Hoje é preciso buscar categorias e conceitos que permitam um desenvolvimento mais livre e solidário das pessoas, especialmente de cada uma de suas liberdades, e de seus direitos fundamentais⁴⁰⁸.

Lenza⁴⁰⁹ posicionou-se corretamente quando alertou que a chave está na realização da dimensão material, substancial, da cláusula do estado de direito, uma vez que a ideia de compromisso social do Estado surge da extensão do pensamento do estado de direito material à ordem do trabalho e da propriedade.

A criação de condições que possibilitem a liberdade e a igualdade das pessoas e dos grupos em que se inserem não é a única exigência da cláusula do Estado Social. Além disso, em seu aspecto negativo, esta cláusula exige que o Estado remova os obstáculos que impedem a liberdade e a igualdade dos cidadãos e dos grupos a que pertencem. Além disso, a Constituição convida o Estado a promover a participação de todos os cidadãos na vida política, econômica e social. Em outras palavras, a cláusula do Estado de Direito social e democrático trata das ações positivas, da remoção de impedimentos e da promoção da participação. Três formas de presença do Estado que, na medida do possível, podem ser realizadas de forma harmoniosa⁴¹⁰.

O Estado Social, denominado de um ponto de vista sociológico de estado de bem-estar, constitui uma reação às falhas do estado liberal entendido no sentido formal, sem

407 Idem, p. 55.

408 SILVA, V. A. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 55.

409 LENZA, P. **Direito Constitucional esquematizado**. 19 ed. rev. Atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 49.

410 FERNANDES, B. G. **Curso de Direito Constitucional**. –9. Ed.rev., ampl. E atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 70.

correções, deixado às puras forças da autorregulação do mercado. Os direitos fundamentais no sentido clássico foram entendidos como espaços de livre determinação do indivíduo sem possibilidade de ação estatal, pois eram áreas vedadas ao próprio Estado, o que deve fazer é ser um mero observador e animador para sua efetiva realização. Nesse contexto, chega-se à convicção de que a autorrealização pessoal por si só não ocorre em todos os casos e para todos os cidadãos⁴¹¹.

A questão social, a revolução industrial, a ausência de condições mínimas para uma vida digna explicam que nesta época, final do século XIX e principalmente no século XX, começou a se tomar consciência desses problemas. Problemas que envolvem uma batida na essência e na existência do Estado que não é mais visto como uma ameaça ou um poder que deve ser restringido por definição. Percebe-se que o exercício da liberdade não é possível se o seu estabelecimento e as garantias formais não forem acompanhados de condições existenciais mínimas.

Precisamente, como assinala Pinho⁴¹², a libertação das necessidades básicas garantindo os recursos materiais mínimos está ligada, como é lógico, à garantia da dignidade humana, o que significa, pura e simplesmente, que o Estado deve assumir um papel fundamental para preservar aquele mínimo vital e indispensável a uma vida digna, visto que uma vida indigna é falha do Estado. Por isso, no quadro da cláusula social do Estado, o Estado assume a função de distribuir os bens jurídicos de conteúdo material através de um sistema de benefícios de várias espécies⁴¹³.

O Estado Social em sua formulação clássica garante que as pessoas tenham os benefícios e serviços básicos essenciais para uma existência digna e adequada à sua condição, de forma que o Estado é responsável, em virtude desta cláusula, por provê-los a todas as pessoas, conceito que, embora pareça paradoxal, foi mencionado por Sarlet⁴¹⁴ em referência a todas as atividades de que a Administração é responsável na era da

411 DIMOULIS, D.; MARTINS, L. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 37.

412 PINHO, R. C. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. 12. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. (Coleção sinopses jurídicas; v. 17), p. 81

413 SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 33.

414 Idem, p. 37.

industrialização, visando garantir a existência de todos os cidadãos. Conforme Sarlet, agora o governo não mais deveria se dedicar a garantir passivamente a liberdade, mas sim ser provedor de benefícios e sua base é a participação.

Provavelmente, se a concepção de busca existencial tivesse sido ligada em maior medida a uma existência digna, é provável que a ausência de consequências jurídicas tivesse sido superada porque se um conceito tem força jurídica é o da dignidade da pessoa humana. Além disso, é um conceito que em si é a essência do Direito, por isso hoje é realmente incompreensível que tais benefícios, essencialmente aqueles vinculados à dignidade da pessoa humana, não tivessem sido dotados de força jurídica. Em defesa dessa teoria, pode-se apontar que talvez o estado e a evolução de um modelo de estado em permanente transformação não permitissem os desenvolvimentos atuais.

Para Silva⁴¹⁵, o desenvolvimento técnico e industrial dos séculos XIX e XX reduziu o que ele chama de espaço vital dominado, enquanto o espaço vital efetivo cresceu, causando uma situação geral para todos os cidadãos de carência social uma vez que, valendo a dispensa, é necessário procurar os bens necessários para se sustentar. Para isso, a maioria dos cidadãos depende de um trabalho para proporcionar a eles e a suas famílias uma existência digna. O trabalho é o meio para se obter um mínimo vital que permita em condições de dignidade atuar com liberdade e solidariedade como ser humano. O Estado, também no final do século XIX, perante a situação a que hoje chamamos de indignidade em que já viviam demasiadas pessoas, teve que assumir a obrigação de facilitar a subsistência, intervindo diretamente no processo econômico.

Para Porto⁴¹⁶, o Estado Social é um estado que garante a subsistência e, portanto, é um estado de benefícios e redistribuição de riquezas. Deve se concentrar em três propósitos fundamentais. Em primeiro lugar, garantir uma relação adequada entre salários e preços. Em segundo lugar, a regulação da demanda, produção e consumo. E, terceiro, fornecer benefícios dos quais a vida do homem depende peremptoriamente. O grande problema é que, pelas razões expostas acima, o cidadão não tem o direito executório da Administração para fornecer tais benefícios. O mérito da sua teoria reside em ter desenhado um conjunto de técnicas jurídicas no âmbito do Direito Administrativo para

415 SILVA, V. A. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 57.

416 PORTO, P.R. **Direitos Fundamentais Sociais**. Considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 81.

ajudar a Administração a contribuir para a melhoria das condições de vida das pessoas. Contudo, pelo menos no que se refere aos direitos fundamentais das pessoas que requerem benefícios específicos para sua realização, é chegado o momento de sua exigibilidade e justiciabilidade com as qualificações anteriormente formuladas. De alguma forma, tais propriedades da teoria dos direitos fundamentais da pessoa são encontradas em praticamente todos os sistemas jurídicos do mundo. A questão é construir uma doutrina dos direitos fundamentais a partir dos postulados de um pensamento aberto, plural, dinâmico e complementar que se baseie na realidade, que avance a partir da racionalidade e que tenha seu centro e raízes na dignidade da pessoa humana.

O conceito de aquisição existencial inclui, para Pereira⁴¹⁷ o desenvolvimento de sistemas ou o controle de sistemas sem os quais a vida humana não é possível na civilização atual; segurança nos diferentes aspectos vitais da sociedade nacional, que inclui não só a defesa externa, mas também a segurança interna contra o crime e a subversão; a prevenção de situações de carência de caráter global; degradação do meio ambiente; o esgotamento dos recursos naturais, as situações de conflito e tensões sociais e a garantia de certos benefícios sociais, para além do seu simples reconhecimento: a fixação de um salário mínimo vital, o acesso ao emprego no quadro do pleno emprego; cuidar dos grupos mais fracos: deficientes, idosos, crianças, desempregados, etc., e o aumento das possibilidades vitais da população por meio de uma distribuição justa de renda, de acordo com as possibilidades da situação econômica geral; pelo acesso progressivo aos bens culturais, com atenção especial e à inovação e posse de conhecimento tecnológico; e para a expansão e melhoria dos serviços sociais e sistemas de segurança social.

O conteúdo do Estado Social é muito amplo. Ressalta-se os direitos sociais fundamentais, que são aqueles direitos fundamentais da pessoa que requerem benefícios específicos do Estado para a sua realização pelos cidadãos desfavorecidos. Nestes casos, por se tratarem de direitos fundamentais em sentido estrito, direitos fundamentais no Estado Social e democrático de direito, a tutela jurídica prestada deve ser a tutela adequada e específica dos direitos fundamentais. No entanto, devido à categorização desses direitos como os princípios orientadores da política social e econômica, eles não são considerados

417 PEREIRA, J. R. G. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2018, p. 65.

exequíveis nem justiciáveis. Pelo menos não são de aplicação direta e imediata e sua eficácia, apesar da nossa Constituição⁴¹⁸.

É verdade que a crise do estado de bem-estar tem sido causada por confiar tudo ao estado, ao invés de perceber que o mesmo princípio de participação, embutido na cláusula do estado democrático, convida a um maior diálogo entre o Estado e a Sociedade, de forma que inteligentemente integradas, em alianças estratégicas, possam ir mais longe do que apenas confiar ao Estado para cuidar de tudo, do berço ao túmulo.

Ademais, como apontam Matsuda, Pereira e Souza⁴¹⁹, é preciso saber o que entendemos por mínimo de condições existenciais. Esses mínimos referem-se a benefícios essenciais para uma existência digna. Ou seja, a cobertura do direito à alimentação, do direito ao vestuário, do direito à moradia ou, entre outros, do direito ao trabalho em condições dignas. No fundo dessa doutrina está a ideia de que o direito fundamental da pessoa não é apenas um espaço de autodeterminação proibido à ação dos poderes públicos.

5 DIREITOS SOCIAIS

Uma consequência do Estado Social é a existência do direito de exigir ações positivas do Estado para concretizar os direitos fundamentais. Partindo do princípio de que um dos direitos fundamentais mais importantes de uma ordem social é o direito a uma boa administração pública, então entenderemos melhor que a cláusula do Estado democrático, por meio da diretriz constitucional da participação, leva a rejeitar o conceito de direito público subjetivo como paradigma do direito fundamental da pessoa e a compreender em seus termos justos que direitos fundamentais, além de limites para a ação do Estado, são fins da ação do Estado por meio da garantia da participação dos cidadãos na vida social, política, cultural e econômica⁴²⁰.

Certamente, nem todos os direitos sociais são direitos fundamentais da pessoa, mas existe uma categoria de direitos inerentes à pessoa que dependem em grande medida,

418 SILVA, V. A. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 59.

419 MATSUDA, J.T.M.; PEREIRA, H.M.; SOUZA, L.C. de. O mínimo existencial como limite à aplicação da reserva do possível aos direitos fundamentais sociais. **Revista Virtual da AGU**, ano XI, n. 116, set. 2011.

420 PORTO, P.R. **Direitos Fundamentais Sociais**. Considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 83.

segundo as situações, latitudes e contextos, da ação do Estado. Esse conjunto de direitos devem ser determinados, a fim de garantir sua exigibilidade e justiciabilidade, que se chamam direitos sociais fundamentais.

Nessa esteira, Bonavides⁴²¹ aduz que o conceito de Estado de Direito foi surgindo ao longo do tempo e os mesmos perfis que apresentou nas origens do Estado Constitucional não se apresentam mais hoje. Depois que a lei é concebida como uma forma de limitação de poder e uma vez que se assume que a Constituição e seus valores se projetam na administração pública, o conceito de Estado Social surge quando se percebe que o poder pertence à soberania popular e que então a participação dos cidadãos em assuntos de interesse geral adquire uma dimensão própria. Aqui parece que se deve localizar o direito fundamental à boa administração, que é o direito básico do qual derivam todas as ações positivas do Estado para o cumprimento dos direitos humanos. Obviamente, as garantias jurídico-sociais exigem a participação, de modo que no conteúdo do Estado Social e democrático de Direito a participação será imprescindível. Sobretudo porque o mesmo conceito de interesse geral no Estado Social democrático de direito exige participação. Um interesse geral definido unilateralmente não é o interesse geral próprio de um Estado de direito social e democrático.

A partir desta compreensão dinâmica do sentido material do Estado de Direito, em que a dimensão social e democrática do Estado, a cláusula democrática, que apela à legitimidade democrática, se inscrevem como aspectos essenciais, hoje nos convida a tomar consciência de uma desafio não cumprido: dar maior significado, conteúdo e funcionalidade à participação social. Além disso, neste momento da evolução social, estamos registrando um retrocesso paradoxal, em grande parte motivado pelo fracasso da versão estática do Estado Social que as tecnoestruturas dominantes têm habilmente explorado⁴²².

A cultura jurídica já assumiu com normalidade a consagração das cláusulas do Estado Social e do estado democrático como requisitos da consideração substancial do estado de direito. Ao ponto, Comparato⁴²³ sustenta com razão, que uma Constituição que

421 BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 66.

422 PORTO, P.R. **Direitos Fundamentais Sociais**. Considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 85.

423 COMPARATO, F. K. A afirmação histórica dos direitos humanos. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 51.

não os inclua formalmente não seria uma Constituição completa. Assim sendo, desde a força normativa essencial por excelência da Constituição, os chamados direitos sociais fundamentais e, em particular, o direito de participação, devem ser exigíveis pelos cidadãos. Tal operação, que poderia ser proposta de diferentes formas, e em diferentes níveis, pensamos que também pode ter potencial operacional, a partir da categorização como direito fundamental do direito à boa administração pública.

A cláusula do Estado Social, uma vez formalmente reconhecida na Constituição, torna-se um princípio orientador vinculativo. Princípio que obriga o Estado a cumprir as tarefas necessárias à sua eficácia. Ou, ainda assim, um princípio que dita ao Estado que a liberdade e a igualdade das pessoas e dos grupos a que pertencem são reais e efetivas. O Princípio da realidade e eficácia da cláusula do estatuto social que, por mais diferentes e variadas expressões que contenha, exige do Estado, sobretudo, que contribua positiva e concretamente para que cada cidadão possa realizar os direitos sociais fundamentais que lhe são próprios. Sem essa consideração, o Estado Social não o seria⁴²⁴.

Em muitos países, como é o caso da Alemanha, o Tribunal Constitucional entendeu, a partir da tese do empoderamento das normas constitucionais, que confiavam ao Estado tarefas de configuração social voltadas para a realização de uma ordem social justa. A questão é que essas normas constitucionais, entre as quais há, é claro, a cláusula do Estado Social, costumam exigir a ação do legislador, o que não é um problema pequeno, já que muitas vezes nos deparamos com a omissão desse poder do Estado. Portanto, é necessário que os direitos sociais fundamentais tenham eficácia imediata e direta, bem como a efetiva proteção judicial desses direitos⁴²⁵.

O legislador dispõe, portanto, de amplo arbítrio na hora de efetivar as demandas do Estado Social para que este modelo configure uma ordem social voltada para o estabelecimento e garantia da justiça social e, conseqüentemente, para a eliminação das situações de carência social. Para Bonavides⁴²⁶, apenas excepcionalmente uma expectativa jurídica diretamente invocável perante a jurisdição ordinária ou perante a jurisdição constitucional é dedutível desta obrigação do poder legislativo. O caso dos direitos sociais

424 PORTO, P.R. **Direitos Fundamentais Sociais**. Considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 93.

425 SILVA, V. A. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 71-2.

426 BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 78.

fundamentais cabe não como uma expectativa, mas como um direito exequível a partir de uma dotação razoável do orçamento dos ministérios sociais sob o título de direitos sociais fundamentais ou outro título que alude à necessidade de orçar, após sérios estudos econômicos e sociológicos, tais necessidades em diferentes países e nações de acordo com os graus de evolução e desenvolvimento do bem-estar social de seus habitantes.

Na realidade, a chave de toda esta questão está na dignidade da pessoa humana, que é o cânone a partir do qual se levanta a questão. Para o Direito em geral, e claro, especialmente para o Direito Público, a dignidade da pessoa humana é o principal pilar e fundamento de todas as suas categorias e instituições, a tal ponto que o próprio estado de direito, entendido material e substancialmente, significa essencialmente que a dignidade de cada ser humano permanece onipotente e todo-poderoso diante de qualquer tentativa do poder público de feri-lo, violá-lo ou laminá-lo.

A dignidade da pessoa humana, a sua centralidade e capitalidade, que constituem indelevelmente um espaço de indisponibilidade de que gozam os direitos fundamentais da pessoa, incluindo os direitos sociais, justificam, como a jurisprudência constitucional desde cedo entendeu, que o direito de todo cidadão a alguns recursos materiais mínimos decorre da garantia da dignidade humana.

Ao lidar com o conteúdo do Estado Social, devemos fazer uma precisão em relação à natureza de alguns direitos sociais. A realidade e a evolução social, especialmente na época em que vivemos, comprovam que o problema da justiça social não deve ser considerado isoladamente. Porém, hoje em dia, a partir de uma consideração dinâmica do Estado Social enraizada na centralidade do ser humano, qualquer um dos verbetes se dá na Constituição, no capítulo dedicado aos direitos fundamentais da pessoa, aos direitos sociais inerentes à condição humana, ou a uma interpretação constitucional que deriva da garantia da dignidade da pessoa humana as consequências necessárias em cada caso⁴²⁷.

A passagem do Estado de Direito liberal para o Estado de Direito social e democrático deveria provavelmente ter tido um impacto maior em relação à questão dos chamados direitos sociais fundamentais. Na realidade, o modelo de Estado se transformou, mas o conceito de direito fundamental da pessoa permaneceu ancorado em concepções

427 SILVA, V. A. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 75.

do passado que devem ser compatibilizadas com as mudanças ocorridas na definição do modelo de Estado. Não para ser entendido de forma radicalmente diferente, mas para se adequar ao novo modelo de Estado. Assim, os direitos sociais passam a ser limites à ação do Estado e, também, fins da ação pública por meio de benefícios que envolvem realmente a efetivação de condições mínimas para garantir a dignidade da pessoa humana⁴²⁸.

Após a explanação acerca dos direitos fundamentais, sua eficácia horizontal, os direitos sociais, a dignidade da pessoa humana, explorar-se-á, a seguir, a colisão desses direitos, que abrange diversos pontos onde, de início, os conflitos mostram-se inexistentes na medida em que se verifica uma adequada delimitação dos direitos, através do senso comum, sua correta descrição por parte do legislador.

6 CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais são aqueles imbuídos do caráter essencial para a pessoa humana, são constitucionalizados, são invioláveis e imprescritíveis e atuam sempre em favor do réu. Fundamenta-se na irrefutável necessidade de mensurar o exercício da função jurisdicional para efetivar as garantias inalienáveis.

Os direitos fundamentais representam o resultado do acordo básico das diferentes forças sociais, alcançado por meio de esforços cooperativos para alcançar objetivos comuns. Ou seja, constituem os pressupostos de consenso sobre os quais se deve construir qualquer sociedade democrática, pois implicam a garantia essencial de um processo político livre e aberto, como elemento informante de qualquer sociedade pluralista.

No entanto, os direitos fundamentais deixaram de ser apenas um limite ao exercício do poder público, para se tornarem o conjunto de valores ou objetivos da atividade dos poderes públicos.

Consequentemente, os direitos fundamentais determinam o estatuto jurídico dos cidadãos, nas suas relações com o Estado e naquelas que possam ter entre si, pois regulam a liberdade, autonomia e segurança da pessoa não só contra o poder, mas também contra os demais membros do poder.

Um dos elementos comuns nessas definições é o que se refere ao consenso social. Os direitos fundamentais seriam fruto de um consenso entre os diversos atores

428 MALHEIRO, E. **Curso de Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 95.

sociais, um consenso que tratasse das garantias básicas que os cidadãos devem ter. A inspiração rousseauiana dessas definições é visível. Os direitos fundamentais são um acordo social.

7 REFERÊNCIAS

ABENDROTH, W. **A história social do movimento trabalhista europeu**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.

ALEXY, R. (1986). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BULOS, U. L. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, J. J. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2018.

COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CUNHA JUNIOR, D. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

DIMOULIS, D.; MARTINS, L. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DWORKIN, R. (1977). **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FACHIN, M. G. **Direitos humanos e fundamentais: do discurso à prática efetiva: um olhar por meio da literatura**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2007.

FERNANDES, B. G. **Curso de Direito Constitucional**. –9. Ed.rev., ampl. E atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

KRIELE, M. **Libertação e iluminismo político**: uma defesa da dignidade do homem. São Paulo: Edições Loyola, 1983.

LENZA, P. **Direito Constitucional esquematizado**. 19 ed. rev. Atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

MALHEIRO, E. **Curso de Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARMELSTEIN, G. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MASTRODI, J. Ponderação de direitos e proporcionalidade das decisões judiciais. **Revista Direito GV**, v. 10, n. 2, p. 577-595, jul./dez. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322014000200577&script=sci_arttext>. Acesso em: 29 abr. 2021.

MATSUDA, J.T.M.; PEREIRA, H.M.; SOUZA, L.C. de. O mínimo existencial como limite à aplicação da reserva do possível aos direitos fundamentais sociais. **Revista Virtual da AGU**, ano XI, n. 116, set. 2011.

MENDES, G. F. **Curso de direito constitucional**. 10. Ed. rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2015.

NOVAIS, J. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

PEREIRA, J. R. G. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2018.

PINHO, R. C. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. 12. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. (Coleção sinopses jurídicas; v. 17).

PORTO, P.R. **Direitos Fundamentais Sociais**. Considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, V. A. **A Constitucionalização do Direito**. São Paulo: Malheiros 2005.

SILVA, V. A. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

VASCONCELLOS, M. ; FERRAZ, A. **Direito constitucional**. São Paulo: Rideel, 2009.

WILLIS, S. G. (Coord). **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1997.

A REGULAMENTAÇÃO DA INSOLVÊNCIA TRANSNACIONAL NO BRASIL

FELIPE BENFATO PEREIRA: Mestrando em Direito Comercial na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP, ingresso em 2022), Pós-Graduado em Direito Contratual (IBMEC-SP, 2020), Especialista em Recuperação Judicial e Falência (FGV-SP, 2021), Advogado do Cescon, Barrieu, Flesch & Barreto Advogados da área de contencioso, arbitragem e insolvências.

Resumo: O presente artigo analisar as reformas implementadas pela Lei 14.112/2020 na Lei 11.101/2005, em especial quanto à implementação da previsão legal de um sistema de insolvência transnacional com base na Lei Modelo da UNCITRAL.

Abstract: This article analyzes the reforms implemented by Law 14.112/2020 in Law 11.101/2005, especially regarding the implementation of the legal provision of a transnational insolvency system based on the UNCITRAL Model Law.

Palavras-chave: Ciência do Direito. Direito Comercial. Direito Internacional Privado. Recuperação Judicial. Falência. Insolvência Transnacional.

Key words: Science of Law. Commercial law. Private International Law. Judicial recovery. Bankruptcy. Transnational Insolvency.

Sumário: 1. Introdução. 2. A necessária implementação de um sistema eficiente de insolvência. 3. A adequação da legislação falimentar brasileira às regras da UNCITRAL. 4. A Lei Modelo e a atualização da Lei 11.101/2005. 5. Jurisdição e soberania em um contexto de cooperação internacional. 6. Considerações finais. 7. Referências.

Summary: 1. Introduction. 2. The necessary implementation of an efficient insolvency system. 3. The adequacy of Brazilian bankruptcy legislation to the UNCITRAL rules. 4. The Model Law and the update of Law 11.101/2005. 5. Jurisdiction and sovereignty in a context of international cooperation. 6. Final considerations. 7. References.

1. Introdução.

A pandemia de COVID-19 colocou o mundo em uma crise econômico-financeira sem precedentes. Diversos setores da economia foram totalmente paralisados, o comércio internacional entrou em colapso devido às medidas restritivas impostas para o

enfrentamento do vírus SARS-Cov-2, evidenciando a necessidade de implementação de novos mecanismos jurídicos para enfrentamento desta situação, que nunca ocorrera no modelo de capitalismo globalizado.

Buscando melhorar o ambiente de negócios e internacionalizar o sistema de insolvência nacional, a Lei 11.101/05 (“LRF”) foi reformada pela Lei 14.112/20, inaugurando no Brasil um novo sistema legal de tratamento da crise da empresa.

Vale destacar que apesar da divergência entre os especialistas quanto à necessidade de atualização da LRF, um ponto que grande parte da comunidade jurídica concordava era a necessidade de o Brasil regulamentar a insolvência transnacional, tal como disposto pelas regras da UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*).

A adoção de tal regramento é absolutamente relevante para o desenvolvimento da economia brasileira, fornecendo ferramentas adicionais ao direito brasileiro para o tratamento da crise empresarial e dando aos investidores estrangeiros a segurança jurídica necessária para a atração do investimento internacional na atividade empreendedora brasileira.

Nesse sentido, o Capítulo VI-A, da LRF, passou a regular de maneira detalhada a insolvência transnacional, com o objetivo de proporcionar mecanismos efetivos para: a cooperação entre juízes e outras autoridades competentes do Brasil e de outros países em casos de insolvência transnacional, o aumento da segurança jurídica para a atividade econômica e para o investimento, a administração justa e eficiente de processos de insolvência transnacional, de modo a proteger os interesses de todos os credores e dos demais interessados, inclusive do devedor etc.

Nesse contexto, o presente artigo se propõe a analisar brevemente os impactos que a reforma da LRF trouxe à sistemática de insolvência transnacional ao direito brasileiro.

2. A necessária implementação de um sistema eficiente de insolvência.

A atividade empresarial e a dinâmica das relações comerciais têm reflexos tão profundos na sociedade que surgiu a necessidade de um regramento específico e sistematizado para constituição e dissolução das companhias, estruturas societárias, circulação de ativos, meios de captação de crédito com suas respectivas garantias, além de uma legislação que preveja mecanismos de proteção às empresas em crise e meios viáveis de soerguimento.

Instaurada a crise da companhia, não apenas o interesse dos credores poderá ser comprometido. A baixa na concorrência inflaciona os preços, diminui a qualidade da oferta e coloca pressão no sistema como um todo. O fechamento de empresas faz o desemprego disparar e, como consequência lógica, os indicadores sociais tendem a indicar uma piora na qualidade de vida da população em geral, acentuando um processo de desigualdade social.

Para incentivar o empreendedorismo, cria-se uma legislação voltada à “socialização das perdas”, caso a atividade empresarial fracasse. Como o empreendimento, caso fosse próspero, geraria efeitos positivos a toda sociedade, a lei falimentar assegura que, na hipótese de a atividade empresarial não prosperar, os efeitos adversos também seriam repartidos com a coletividade, quase como um sistema de compensação ao risco assumido. Nas palavras do Prof. Marcelo Barbosa Sacramone:

“Diante de uma estrutura tecnológica desatualizada, uma administração ineficiente ou uma capacidade produtiva incoerente com a demanda por produtos e serviços, a crise econômica que acomete o empresário poderá ser irreversível. Nesse contexto, a execução coletiva dos bens do devedor, a falência, extirpa do mercado o empresário ineficiente para que os recursos e fatores de produção por ele anteriormente utilizados sejam empregados em uma atividade mais útil a todo o sistema. Garante-se, com isso, que o agente econômico que descumpra suas obrigações seja retirado do mercado antes de afetar a confiança dos demais agentes econômicos e comprometer o crédito geral, com prejuízo a toda a coletividade.”⁴²⁹

Quando a crise empresarial, contudo, não é irreversível, mas apenas temporária, o Estado cria o instituto da recuperação judicial (“RJ”) como instrumento de proteção aos ativos da companhia economicamente recuperável, permitindo que devedor tenha tempo e instrumentos para renegociar seu passivo e, com isso, promover o soerguimento da companhia.

Nos termos do art. 47, da LRF430, o pleito recuperacional tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de

429 SACRAMONE, Marcelo Barbosa. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. 3ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2022. Pág. 55.

430 Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e

permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores.

Ocorre que a legislação falimentar fora promulgada em um contexto em que a internet e os meios de comunicação ainda não eram capazes de conectar as economias ao ponto torná-las efetivamente dependentes e interconectadas em tempo real umas com as outras.

Com o advento de novas tecnologias e o salto gigantesco de conectividade, as companhias puderam se tornar efetivamente globais, o que – em um cenário de crise internacional – evidenciou a necessidade de implementação de um sistema de insolvência que pudesse atender aos interesses de credores e devedores que possuem ramificações mundo a fora.

Conforme anotado pela Professora Rosalind Mason⁴³¹, a aceleração do comércio e do investimento internacional, somados à globalização da produção e distribuição de bens e serviços nas últimas décadas, vem causando a internacionalização das economias nacionais, levando à integração econômica das nações.

A decisão sobre investir ou não em determinado País leva em consideração, além dos aspectos relacionados ao desenvolvimento próprio da atividade econômica, também o tratamento legal que é dado ao insucesso do empreendimento. É relevante saber os riscos envolvidos no investimento que é realizado em jurisdição estrangeira.

Em períodos de grande volatilidade da econômica, os investidores nacionais ou internacionais tendem a alocar seus recursos para jurisdições que sejam mais estáveis (ou menos voláteis), que apresentem segurança jurídica e que ofereçam soluções eficientes e justas no tratamento da insolvência empresarial, entre credores locais e estrangeiros.

Isto porque, nenhum investidor quer ver seus recursos dilapidados em favor – única e exclusivamente – de um competidor local, que conta com o apoio injusto e indiscriminado do judiciário local. Para que o capital se sinta confortável para investir, as regras do jogo devem ser iguais a todos. Nas palavras do Prof. Daniel Cárnio Costa:

dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

431 MASON, Rosalind. Cross-Border Insolvency Law: where private international law and insolvency law meet. In: OMAR, Paul J. (ed.). International insolvency law: themes and perspectives. Hampshire: Ashgate Publishing Limited, 2008. p. 27.

“É cada vez mais comum que empresas brasileiras tenham negócios no exterior, bem como credores nacionais e estrangeiros. Na hipótese de insolvência dessas empresas, com a necessidade de se recorrer aos mecanismos da recuperação judicial ou da falência, importa saber qual é o tratamento que a legislação brasileira confere aos credores estrangeiros e qual a proteção oferecida aos ativos que se encontram dentro e fora do País. Quanto mais justa e eficiente a administração desses ativos, e quanto menos discriminatório o tratamento dos credores estrangeiros em relação aos credores nacionais, maior a capacidade dessas empresas de captar recursos internacionais e de ampliar sua atuação negocial em termos globais. Esse mesmo raciocínio também se aplica aos demais países, na medida em que serão mais atrativos ao investimento internacional quanto mais justa, eficiente e não discriminatória for a sua legislação que trate da insolvência empresarial (falência e recuperação de empresas).” 432

Também vale dizer que a adoção de um sistema de insolvência doméstico, que desconsidere a globalização do investimento e da atuação empresarial, representa um custo adicional de transação para o País, fazendo com que outros mercados tornem-se mais interessantes ao capital estrangeiro desde que possuam sistemas legais internacionalizados e já conhecidos pelos grandes *players* multinacionais.

Neste contexto, destaca-se a importância ao ambiente de negócios que a regulamentação da insolvência transnacional causa à dinâmica da economia brasileira, facilitando a entrada de novas companhias em território nacional, para geração de emprego, renda e impostos, que serão revertidos em uma melhor qualidade de vida à população de um modo geral.

3. A adequação da legislação falimentar brasileira às regras da UNCITRAL.

Em 1996, a Organização das Nações Unidas (“ONU”) criou a Comissão para Legislação em Comércio Internacional (UNCITRAL) reconhecendo que a discrepância entre as legislações dos países representava uma dificuldade à implementação de negócios em

432 Recuperação de empresas e falência : diálogos entre a doutrina e jurisprudência / Alexandre Alves Lazzarini ... [et al.]; coordenação Daniel Carnio Costa, Flávio Tartuce, Luis Felipe Salomão. – 1. ed. – Barueri [SP] : Atlas, 2021. Pág. 786.

um nível global. Além disso, a ONU a assumir um papel mais ativo na redução dessas disparidades e no incentivo ao comércio internacional⁴³³.

Em decorrência do aumento dos casos de insolvência transnacional, principalmente a partir da década de 1990, aumentou de importância a adoção pelos a adequação da legislação para lidar com os problemas decorrentes das falências e recuperações judiciais. A falta de coordenação internacional em casos dessa natureza acabou resultando na perda de valor de ativos em detrimento de credores, bem como na impossibilidade de recuperação de empresas que poderiam, num ambiente de melhor coordenação internacional, continuar suas atividades geradoras de produtos, serviços e empregos em nível mundial.

Assim, o Grupo de Trabalho V (*Working Group V434*) da UNCITRAL, responsável pelo estudo técnico de insolvência transnacional, editou em 1997 a Lei Modelo da Uncitral para Insolvências Transnacionais com o fito de oferecer um parâmetro mínimo a ser seguido na edição das legislações nacionais.

Com isso, a ONU buscou dar maior uniformidade do tratamento da matéria (o que reduz custos de transação e favorece a fluxo de negócios), bem como oferecer regras mais eficazes, transparentes e de coordenação adequada de processos de recuperação judicial e falência com implicações transnacionais.

Segundo nos ensinam os renomados juristas Francisco Satiro e Paulo Fernando Campana Filho, antes do Brasil, quarenta e oito países já haviam adotado em suas legislações a Lei Modelo da Uncitral para Insolvência Transnacional ("Lei Modelo"), com adaptações na maioria das vezes. Algumas das maiores economias do mundo adotam os termos da Lei Modelo, como EUA, Reino Unido, UE, Canadá e Austrália. Alguns países com tradição romano-germânica (*civil law*) também já adotam a Lei Modelo, como Chile e México, dentre outros⁴³⁵.

433 Disponível em: <https://uncitral.un.org/en/about>. Acesso em: 5 jun. 2022.

434 Disponível em: https://uncitral.un.org/en/working_groups/5/insolvency_law. Acesso em: 5 jun. 2022.

435 SATIRO, Francisco; CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. A insolvência transnacional: para além da regulação estatal e na direção dos acordos de cooperação. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SATIRO, Francisco (coord.). Direito das empresas em crise: problemas e soluções. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 133.

No Brasil, a ausência de regramento específico para o tema perdurou por muito tempo. Isso porque, mesmo com a Lei Modelo da Uncitral⁴³⁶, a ser adotada em regime de *soft law*, isto é, sem qualquer efeito vinculante entre os países signatários, o Brasil não havia incorporado em sua legislação interna as disposições e regramentos ali trazidos, que têm por objetivo uniformizar os procedimentos de insolvência entre os países signatários, a partir da cooperação entre os Tribunais, através do compartilhamento de informações e o reconhecimento de decisões estrangeiras.

Conforme ensinam Márcio Guimarães e Peter Sester⁴³⁷:

“a lei modelo da UNCITRAL enfrenta o binômio jurisdição de um Estado versus a necessidade de cooperação, comunicação e concentração do tratamento da empresa transnacional em crise. A soberania estatal, traduzida na jurisdição para processar e julgar as sociedades situadas em seu território, deve se amoldar à necessidade de reestruturação judicial da empresa globalizada, com consequências evidentes para os estados envolvidos. Para tanto, o instrumento de materialização será o protocolo de insolvência (*insolvency protocol*) firmado entre os juízos competentes, em conjunto com os administradores judiciais (*insolvency practitioner*), com base no denominado *Court-to-Court Cooperation* (CCC). Como todos os juízes são, em tese, competentes para tratar da crise da empresa exercida por uma sociedade presente no território nacional, surge o princípio denominado de *comity* ou da *courtoisie*, com a grande responsabilidade que cada qual assume para lidar com o tema, pelo fato de não haver um tribunal internacional competente para dirimir as eventuais divergências. A base do protocolo de insolvência é o reconhecimento do local do principal estabelecimento (*centre of main interests*), fixando o juízo de um país como o processo principal (*main proceeding*), e os demais como os processos secundários (*non main proceedings* ou *secondary proceedings*). A fixação do principal estabelecimento tem por objetivo não só definir o processo principal, como também evitar a reprovável prática do *forum shopping*.”

436 Referencial criado pela *United Nations Commission on International Trade Law*, Comissão de Direito Comercial Internacional das Nações Unidas-ONU, em 1997.

437 GUIMARÃES, Márcio Souza; SESTER, Peter. Insolvência transnacional (cross-border insolvency) – o desafio brasileiro. *Justiça & Cidadania*, Rio de Janeiro, n. 205, set. 2017. Disponível em: <http://www.editorajc.com.br/insolvencia-transnacional-cross-border-insolvency-o-desafio-brasileiro/>. Acesso em: 8 maio 2020.

A insolvência transnacional foi incorporada no ordenamento jurídico brasileiro somente a partir da Lei nº 14.112/2020 (no extenso Capítulo VI-A), mas antes disto já se observavam vestígios do instituto. Em 2015, com o novo Código de Processo Civil (“CPC”), instituíram-se regras de cooperação internacional mais efetivas, fato que inaugurou espaço para que a insolvência transnacional se apresentasse de forma mais aparente no cenário nacional.

Além disso, a jurisprudência, ainda tímida, demonstra que as cortes nacionais vinham permitindo que determinadas sociedades estrangeiras integrassem no polo ativo de pedidos de recuperação judicial. Como exemplo temos o processo de recuperação judicial do Grupo Oi438, no qual houve litisconsórcio ativo de sete empresas do grupo econômico, incluindo duas sociedades estrangeiras presentes na Holanda. Fora isso, o processo brasileiro foi reconhecido na Inglaterra, nos Estados Unidos e em Portugal.

4. A Lei Modelo e a atualização da LRF.

Os objetivos da ONU ao padronizar as normas balizadores de elaboração de novas legislações voltadas à uniformizar os procedimentos de insolvência são: **(i)** autorizar e estimular a cooperação e coordenação entre jurisdições; **(ii)** promover a administração equitativa e eficiente das insolvências internacionais, visando à proteção do interesse de todos os credores e demais partes envolvidas, inclusive do devedor; **(iii)** maximização do valor dos bens do devedor; **(iv)** estabelecimento de maior segurança jurídica para comércio internacional e investimentos; **(v)** viabilizar a recuperação de sociedades em dificuldade, preservando investimentos e empregos.

A Lei Modelo enfatiza quatro elementos que são considerados essenciais para que uma legislação de tratamento adequado aos processos de insolvência transnacional: acesso; reconhecimento de procedimentos estrangeiros; medidas de proteção adequadas; cooperação e coordenação.

No Brasil, a ideia de alterar a LRF já havia sido ventilada na crise de 2016, época em que o Ministério da Fazenda editou a Portaria 467, de 16.12.2016439, bem como criou um grupo de trabalho com diversos especialistas em recuperação judicial e falência para elaboração de um projeto de Lei, o qual resultou no PL 10.220/2018.

438 TJRJ, 7ª Vara Empresarial, Processo nº 0203711-65.2016.8.19.0001.

439 Consulta ao teor integral da Portaria em: <http://www.fazenda.gov.br/acesso-ainformacao/institucional/legislacao/portarias-ministeriais/2016/portariande-g-467-de-16-de-dezembro-de-2016>. Acesso em: 5 de junho de 2022.

Contudo, apenas em 2020 – em decorrência da pandemia de COVID-19 – o Presidente da República sancionou a Lei 14.112/2020 que incluiu no texto original da Lei 11.101/2005 o Capítulo VI-A (Da Insolvência Transnacional), composto pela Seção I (Disposições Gerais), Seção II (Do Acesso à Jurisdição Brasileira), Seção III (Do Reconhecimento de Processos Estrangeiros), Seção IV (Da Cooperação com Autoridades e Representantes Estrangeiros) e Seção V (Dos Processos Concorrentes).

Insta salientar que os objetivos do sistema de insolvência transnacional brasileiro estão em linha com aqueles inicialmente propostos pela Lei Modelo. Nos termos do art. 167-A, da LRF440, o Brasil se compromete – dentre outros aspectos – a promover a cooperação com entre os juízos brasileiros e do exterior, além de aumentar a segurança jurídica e proteção aos créditos em processos de insolvência que envolvam partes estrangeiras.

Nota-se, por oportuno, que a garantia de respeito à ordem está expressamente descrita no art. 167-A, §4º, da LRF441. Importante destacar que a proteção da ordem pública é clausula comum aos sistemas de insolvência transnacional, estando presente, inclusive, na regulação do sistema dos EUA (Capítulo 15 do Código de Insolvências).

Uma particularidade do regramento brasileiro de insolvência transnacional é a obrigação de participação do Ministério Público (“MP”), nos termos do art. 167-A, §5º, da LRF442, algo que não ocorre – necessariamente – em processos de outros países que adotam a Lei Modelo.

Ademais, o Prof. Daniel Cárnio Costa destaca que:

440 Art. 167-A. Este Capítulo disciplina a insolvência transnacional, com o objetivo de proporcionar mecanismos efetivos para: I - a cooperação entre juízes e outras autoridades competentes do Brasil e de outros países em casos de insolvência transnacional; II - o aumento da segurança jurídica para a atividade econômica e para o investimento; III - a administração justa e eficiente de processos de insolvência transnacional, de modo a proteger os interesses de todos os credores e dos demais interessados, inclusive do devedor; IV - a proteção e a maximização do valor dos ativos do devedor; V - a promoção da recuperação de empresas em crise econômico-financeira, com a proteção de investimentos e a preservação de empregos; e VI - a promoção da liquidação dos ativos da empresa em crise econômico-financeira, com a preservação e a otimização da utilização produtiva dos bens, dos ativos e dos recursos produtivos da empresa, inclusive os intangíveis.

441 Art. 167-A. Este Capítulo disciplina a insolvência transnacional, com o objetivo de proporcionar mecanismos efetivos para (...) § 4º O juiz somente poderá deixar de aplicar as disposições deste Capítulo se, no caso concreto, a sua aplicação configurar manifesta ofensa à ordem pública.

442 Art. 167-A. Este Capítulo disciplina a insolvência transnacional, com o objetivo de proporcionar mecanismos efetivos para (...) § 5º O Ministério Público intervirá nos processos de que trata este Capítulo.

“apesar de o art. 167-G, da LRF443, determinar a isonomia de tratamento entre os créditos nacionais e estrangeiros, os créditos de natureza tributária e previdenciária, bem como as multas por infração à lei penal ou administrativa, inclusive multas tributárias devidas a Estados estrangeiros, não serão considerados nos processos de recuperação judicial e serão classificados como créditos subordinados nos processos de falência, independentemente da classificação nos países em que foram constituídos. O crédito do representante estrangeiro será equiparado ao do administrador judicial e os créditos que não tiverem correspondência com a classificação da lei brasileira serão classificados como quirografários, independentemente da classificação atribuída pela lei do país em que foram constituídos.”⁴⁴⁴

443 Art. 167-G. Os credores estrangeiros têm os mesmos direitos conferidos aos credores nacionais nos processos de recuperação judicial, de recuperação extrajudicial ou de falência. § 1º Os credores estrangeiros receberão o mesmo tratamento dos credores nacionais, respeitada a ordem de classificação dos créditos prevista nesta Lei, e não serão discriminados em razão de sua nacionalidade ou da localização de sua sede, estabelecimento, residência ou domicílio, respeitado o seguinte: I - os créditos estrangeiros de natureza tributária e previdenciária, bem como as penas pecuniárias por infração de leis penais ou administrativas, inclusive as multas tributárias devidas a Estados estrangeiros, não serão considerados nos processos de recuperação judicial e serão classificados como créditos subordinados nos processos de falência, independentemente de sua classificação nos países em que foram constituídos; II - o crédito do representante estrangeiro será equiparado ao do administrador judicial nos casos em que fizer jus a remuneração, exceto quando for o próprio devedor ou seu representante; III - os créditos que não tiverem correspondência com a classificação prevista nesta Lei serão classificados como quirografários, independentemente da classificação atribuída pela lei do país em que foram constituídos. § 2º O juiz deve determinar as medidas apropriadas, no caso concreto, para que os credores que não tiverem domicílio ou estabelecimento no Brasil tenham acesso às notificações e às informações dos processos de recuperação judicial, de recuperação extrajudicial ou de falência. § 3º As notificações e as informações aos credores que não tiverem domicílio ou estabelecimento no Brasil serão realizadas por qualquer meio considerado adequado pelo juiz, dispensada a expedição de carta rogatória para essa finalidade. § 4º A comunicação do início de um processo de recuperação judicial ou de falência para credores estrangeiros deverá conter as informações sobre providências necessárias para que o credor possa fazer valer seu direito, inclusive quanto ao prazo para apresentação de habilitação ou de divergência e à necessidade de os credores garantidos habilitarem seus créditos. § 5º O juiz brasileiro deverá expedir os ofícios e os mandados necessários ao Banco Central do Brasil para permitir a remessa ao exterior dos valores recebidos por credores domiciliados no estrangeiro.

444 Recuperação de empresas e falência: diálogos entre a doutrina e jurisprudência / Alexandre Alves Lazzarini ... [et al.]; coordenação Daniel Carnio Costa, Flávio Tartuce, Luis Felipe Salomão. – 1. ed. – Barueri [SP]: Atlas, 2021. Pág. 789.

Ainda sobre as normas que tratam especificamente sobre os créditos abrangidos pela recuperação judicial ou falência transnacional, destaca-se que o reconhecimento do processo estrangeiro como principal implica na suspensão das execuções individuais dos credores (bem como do curso da prescrição dessas execuções) contra a devedora. Da mesma forma, reconhecido o processo estrangeiro, tanto principal, quanto não principal, confere ao juiz o poder de determinar, no interesse dos credores e na proteção de seus ativos, as medidas que entender necessárias e que estão exemplificadas no rol do art. 167-N, da LRF445.

Por sua vez, a Seção IV regula a cooperação com autoridades e representantes estrangeiros. Segundo o art. 167-P, da LRF446, o juiz poderá cooperar diretamente ou por meio do administrador judicial, na máxima extensão possível, com a autoridade estrangeira ou com representantes estrangeiros, na persecução dos objetivos estabelecidos no art. 167-A.

445 Art. 167-N. Com a decisão de reconhecimento do processo estrangeiro, tanto principal como não principal, o juiz poderá determinar, a pedido do representante estrangeiro e desde que necessárias para a proteção dos bens do devedor e no interesse dos credores, entre outras, as seguintes medidas: I - a ineficácia de transferência, de oneração ou de qualquer forma de disposição de bens do ativo não circulante do devedor realizadas sem prévia autorização judicial, caso não tenham decorrido automaticamente do reconhecimento previsto no art. 167-M desta Lei; II - a oitiva de testemunhas, a colheita de provas ou o fornecimento de informações relativas a bens, a direitos, a obrigações, à responsabilidade e à atividade do devedor; III - a autorização do representante estrangeiro ou de outra pessoa para administrar e/ou realizar o ativo do devedor, no todo ou em parte, localizado no Brasil; IV - a conversão, em definitiva, de qualquer medida de assistência provisória concedida anteriormente; V - a concessão de qualquer outra medida que seja necessária. § 1º Com o reconhecimento do processo estrangeiro, tanto principal como não principal, o juiz poderá, a requerimento do representante estrangeiro, autorizá-lo, ou outra pessoa nomeada por aquele, a promover a destinação do ativo do devedor, no todo ou em parte, localizado no Brasil, desde que os interesses dos credores domiciliados ou estabelecidos no Brasil estejam adequadamente protegidos. § 2º Ao conceder medida de assistência prevista neste artigo requerida pelo representante estrangeiro de um processo estrangeiro não principal, o juiz deverá certificar-se de que as medidas para efetivá-la se referem a bens que, de acordo com o direito brasileiro, devam ser submetidos à disciplina aplicável ao processo estrangeiro não principal, ou certificar-se de que elas digam respeito a informações nele exigidas.

446 Art. 167-P. O juiz deverá cooperar diretamente ou por meio do administrador judicial, na máxima extensão possível, com a autoridade estrangeira ou com representantes estrangeiros, na persecução dos objetivos estabelecidos no art. 167-A desta Lei. § 1º O juiz poderá comunicar-se diretamente com autoridades estrangeiras ou com representantes estrangeiros, ou deles solicitar informação e assistência, sem a necessidade de expedição de cartas rogatórias, de procedimento de auxílio direto ou de outras formalidades semelhantes. § 2º O administrador judicial, no exercício de suas funções e sob a supervisão do juiz, deverá cooperar, na máxima extensão possível, com a autoridade estrangeira ou com representantes estrangeiros, na persecução dos objetivos estabelecidos no art. 167-A desta Lei. § 3º O administrador judicial, no exercício de suas funções, poderá comunicar-se com as autoridades estrangeiras ou com os representantes estrangeiros.

A cooperação jurídica internacional, nesse sentido, compreende um conjunto de medidas e mecanismos pelos quais os órgãos competentes de cada estado prestarão auxílio recíproco para realizar atos processuais e pré-processuais em seu território. Não se trata de pedido de execução de decisão estrangeira, o juiz local deverá analisar o caso em questão e, a partir dos elementos concretos, decidir se é o caso de reconhecer o procedimento ou não.

Em sintonia com as alterações da LRF, o Conselho Nacional de Justiça (“CNJ”) publicou a Resolução nº 394/2021, que, baseada no guia de cooperação e comunicação direta entre juízos de insolvência editado pelo *Judicial Insolvency Network* (“JIN”), dispõe acerca das questões relacionadas a processos de insolvência transnacional que envolvam o Brasil.

É importante destacar que a comunicação direta entre juízos (*court-to-court communication*) é da essência do sistema de insolvência transnacional, evitando-se o uso de cartas rogatórias ou de comunicação mediadas por autoridade central.

A razão para essa regra é a busca de celeridade e eficiência na determinação de medidas necessárias ao bom gerenciamento dos processos transnacionais de insolvência.

Para além da comunicação direta entre os juízos, os protocolos deverão tratar da coordenação de determinados atos, da realização de audiências conjuntas, e da comunicação com os credores e demais partes interessadas nos processos concorrentes — nota-se que o instituto apenas regula questões procedimentais, não podendo intervir em questões de cunho material.

Nesse sentido, fica claro que o legislador brasileiro acertou ao se basear nas normas da Lei Modelo para implementar um sistema de insolvência transnacional que não se prende às formalidades da legislação brasileira padrão e permitem que os atores das recuperações judiciais e falência, em especial os magistrados, atuem de forma mais direta no soerguimento das companhias em crise ou na liquidação de seus ativos, se for o caso.

5. Jurisdição e soberania em um contexto de cooperação internacional.

Até o advento da Lei 14.112/2020, o Direito das Empresas em Dificuldade brasileiro era desprovido de tratamento legal à insolvência transnacional. Antes do advento da referida legislação, vários casos de insolvência transnacional já eram enfrentados no Brasil, cuja solução foi, na maioria deles, fundada na analogia, nos costumes e nos princípios

gerais de direito, como determina o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro 447 (“LINDB”).

Nesse sentido, para que o regramento de insolvência transnacional efetivamente funcione, os aplicadores do direito dos diversos países envolvidos deverão estar imbuídos na ideia de que cada qual possui, e tem preservada, a sua competência para decidir em seu território.

Sobre o tema da soberania nacional e a eficácia da insolvência transnacional, o Prof. Márcio Guimarães nos esclarece que:

“Cada país tem sua jurisdição própria, ínsita à soberania estatal, sendo difícil (talvez impossível) a conjugação dos diversos sistemas de insolvência de cada nação em um só diploma legal, com a entabulação de tratados internacionais. As duas correntes principiológicas elaboradas são as do universalismo e do territorialismo, traduzindo-se a primeira na ideia de que haveria um único juízo competente (local do *Centre of Main Interests* – COMI) para dirimir todas as questões surgidas em âmbito mundial. E a segunda, fundada na competência de cada Estado para decidir sobre os bens, os créditos e os devedores situados em seu território. A evolução dos inúmeros casos de insolvência transnacional, desde os anos 1990, cunharam uma terceira teoria, com maior aceitação mundial, denominada de teoria do universalismo modificado, baseada no “triplo C” ou “CCC”: cooperação (arts. 167-A, I, e 167-D), comunicação e coordenação entre o juízo principal (main proceeding) e não principal (non-main proceeding). A Reforma criou uma seção inteira destinada a tanto, Seção IV – Da Cooperação com Autoridades e Representantes Estrangeiros.”⁴⁴⁸

447 “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Assim o foi nos casos do Grupo OI (Processo 020371165.2016.8.19.0001, 7ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro e Agravo de instrumento 0051668-49.2016.8.19.0000, 8ª Câmara Cível, Des. Cezar Augusto Rodrigues Costa, j. 31.10.2017), Grupo OAS (TJSP, Agravo Regimental 2084295-14.2015.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Foro Central Cível – 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais, Rel. Carlos Alberto Garbi, j. 31.08.2015, Data de Registro: 02.09.2015) e Grupo Constellation (1ª Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro, Proc. 0288463-96.2018.8.19.0001).

448 Recuperação de empresas e falência : diálogos entre a doutrina e jurisprudência / Alexandre Alves Lazzarini ... [et al.]; coordenação Daniel Carnio Costa, Flávio Tartuce, Luis Felipe Salomão. – 1. ed. – Barueri [SP] : Atlas, 2021. Pág. 797.

Explica-se, por oportuno, que este artigo adota o conceito de soberania aventado pelo Prof. Celso Ribeiro Bastos, segundo o qual a soberania constitui na supremacia do poder estatal na ordem interna (soberania interna) e no fato da existência, perante a ordem externa, de uma relação de coordenação (ou seja, de não submissão) com os demais Estados (soberania externa).⁴⁴⁹

Acerca da interpretação doutrinária do Direito Internacional, nos ensina o Prof. Miguel Reale:

“Fazendo abstração de outras doutrinas, podemos dizer que duas delas predominam quanto à compreensão do Direito Internacional, a saber, a monista, que subordina toda experiência jurídica ao ordenamento internacional; e a dualista, que afirma a existência de dois ordenamentos complementares, o dos Estados e o ordenamento internacional.”⁴⁵⁰

A jurisdição, por sua vez, é decorrência da soberania de um Estado: se esse possui o poder supremo dentro de suas fronteiras (soberania interna), possui também o poder de dizer o direito no caso concreto nesse mesmo território. Por essa razão, a jurisdição é limitada pelo princípio da territorialidade, segundo o qual o Estado (e, por conseguinte, os magistrados) só tem autoridade nos limites de seu território, que será internamente regrado e coordenado segundo a lógica judiciária local.

Nos casos de insolvência transnacional, o principal desafio é a compatibilização da jurisdição/soberania dos Estados envolvidos com a existência de bens e credores ao redor do mundo. Assim, cada processo de insolvência referente ao grupo multinacional terá seu curso no país que sediar o juízo competente (principal estabelecimento – COMI), cabendo à lei criar instrumentos de harmonização entre as jurisdições nacionais e estrangeiras onde as atividades são exercidas para viabilizar a reestruturação da empresa transnacional em dificuldade.⁴⁵¹

449 BASTOS, Celso Ribeiro. In: MARTINS, Ives Gandra (coord.). O Estado do futuro. São Paulo: Pioneira, 1998. p. 165.

450 REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 348.

451 “O caso Eurotunnel lidou com 17 sociedades em recuperação judicial, sediadas na Inglaterra e França, fixando-se o juízo competente o Tribunal do Comércio de Paris, onde identificado o Comi, mesmo verificado que o registro da sede social tinha lugar em Londres” (CAMPINHO, Sérgio; GUIMARÃES, Márcio; SANTOS, Paulo Penalva. A falência transnacional no Projeto do Código Comercial.

A solução para a fixação da competência adotada em cada caso dependerá, em síntese, da adoção de uma de duas principais diretrizes: a teoria universalista, segundo a qual deverá ser fixado um juízo “planetário”, com competência para decidir sobre todas as questões referentes à empresa transnacional em dificuldades – inclusive em relação aos ativos da companhia situados no exterior; ou o reconhecimento da jurisdição/soberania de cada país em que a empresa possui relações comerciais, adotando-se os mecanismos da lei modelo da UNCITRAL e do Regulamento Europeu 848/2015, internalizado pela Reforma.

Atualmente, portanto, prevalece a teoria do pós-universalismo ou universalismo mitigado⁴⁵², que delineou a harmonização de ambas as teorias, ao reconhecer cada jurisdição nacional, com a previsão de existência de um *main proceeding* (procedimento principal) e outros *non-main proceedings* (procedimentos secundários), estabelecendo-se um protocolo de cooperação entre os juízos envolvidos (court-to-court cooperation). Exatamente nesse sentido é verificada a nova disposição legislativa brasileira (art. 167-B).

Nesse sentido, o Prof. Márcio Guimarães nos ensina que

“A cooperação é, de fato, a única solução viável nos casos de insolvência transnacional. Se uma empresa é exercida em mais de um país, a superação de sua crise passa, necessariamente, pela cooperação entre cada um dos juízos envolvidos, eis que cada um deles, individualmente, não será capaz de solucionar todas as questões decorrentes do processo de reestruturação. Devem, portanto, unir-se para a prestação jurisdicional transnacional, através da cooperação entre os juízos (court-to-court cooperation – CCC), elaborando-se protocolos de cooperação, visando a eficácia, a eficiência e a celeridade no tratamento da insolvência – seja para o encerramento da empresa, liquidando as sociedades existentes em cada país, seja para o seu reerguimento, recuperando a atividade em cada Estado em que se desenvolva a atividade global da empresa.”⁴⁵³

⁴⁵² Assim também se posiciona SACRAMONE, Marcelo. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 67.

⁴⁵³ Recuperação de empresas e falência : diálogos entre a doutrina e jurisprudência / Alexandre Alves Lazzarini ... [et al.]; coordenação Daniel Carnio Costa, Flávio Tartuce, Luis Felipe Salomão. – 1. ed. – Barueri [SP] : Atlas, 2021. Pág. 808.

Como leciona o Prof. Fábio Ulhoa Coelho, a cooperação: “é direta, isto é, dispensa totalmente a expedição de carta rogatória e de exequatur do STJ. (...) exceto em grau de recurso”.⁴⁵⁴

6. Considerações finais.

A Lei 14.112/2020, insere o Brasil no rol das legislações mais desenvolvidas do mundo, gerando previsibilidade para os investidores estrangeiros e conseqüente avanço do país no cenário internacional, contribuindo sobremaneira para sua melhor classificação no relatório *doing business* do Banco Mundial.

A imposição legislativa do dever de cooperar com os juízos estrangeiros de forma célere e coordenada, bem como de preservar a igualdade entre créditos nacionais e estrangeiros de mesma natureza, são um passo importante para a entrada de capital na economia brasileira e, conseqüentemente, para a criação de emprego, renda e geração de tributos aos entes federados.

O novo sistema de insolvência transnacional brasileiro é relevante e compatível com as melhores práticas internacionais. Conforme já afirmado na Análise de Impacto Legislativo na Recuperação e na Falência, coordenada por Luis Felipe Samolão e Flávio Galdino:

“adoção do regime de insolvência transnacional trará importante melhoria da posição do Brasil no índice *doing business* do Banco Mundial, que é frequentemente utilizado por investidores transnacionais para medir a segurança jurídica para fins de direcionar ao país negócios e investimentos internacionais essenciais ao crescimento econômico e ao bem-estar social. (...) Adota-se um modelo pós-universalista que equilibra de forma eficiente a promoção da cooperação internacional e a proteção à soberania nacional”.⁴⁵⁵

⁴⁵⁴ Como leciona Fábio Ulhoa Coelho, a cooperação: “é direta, isto é, dispensa totalmente a expedição de carta rogatória e de exequatur do STJ. (...) exceto em grau de recurso”.

⁴⁵⁵ COSTA, Daniel Carnio. Os impactos do PL 6229/05 na insolvência transnacional. Análise de impacto legislativo na recuperação e falência. Rio de Janeiro: JC Editora, 2020. p. 79-98.

Conclui-se, portanto, que as críticas da doutrina sobre a necessidade de reforma da legislação falimentar não eram pertinentes, ao menos no que diz respeito à implementação de um sistema de insolvência transnacional, nos moldes de Lei Modelo da UNICTRAL.

7. Referências.

AYOUB, Luiz Roberto, e, CAVALLI, Cássio. A Construção Jurisprudencial da Recuperação Judicial de Empresas. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Jurisprudência da Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BOBBIO, Norberto. Estado Governo Sociedade – Para uma teoria geral da política, SP, Paz e Terra, 3ª ed., 1990.

BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. Abuso do Direito de Voto na Assembleia Geral de Credores. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

CAMPINHO, Sérgio. Falência e Recuperação de Empresas: o novo regime de insolvência empresarial. São Paulo: Renovar, 2016.

CAMPINHO, Sérgio. Curso de direito comercial: falência e recuperação de empresas. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. Comentário à nova lei de falência e de recuperação judicial (Lei n. 11.101, de 9-2-2005). 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

COSTA, Daniel Carnio. Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005/ Daniel Carnio Costa, Alexandre Correa Nasser de Melo – Curitiba: Juruá, 2021. P. 313.

FINKELSTEIN, Cláudio. Direito internacional: seus tribunais e meios de solução de conflitos. coordenação de ARANA, Josyler, e CACHAPUZ, Rozane da Rosa, Curitiba, Juruá, 2007.

FRANCO, Vera Helena de Mello e SZTAJN, Raquel. Falência e recuperação de empresas. Rio de Janeiro: Elsevier/Campus, 2008.

GUIMARÃES, Antônio Márcio da Cunha. Contratos Internacionais de Seguros, São Paulo, RT, 2002.

GUIMARÃES, Antônio Márcio da Cunha. Manual de Direito Internacional – OAB Doutrina, SP, Campus Elsevier, 2009.

MAROTTA, Vicente Rangel. Direito e Relações Internacionais, São Paulo, RT, 7ª ed., 2002.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. Coordenação SATIRO, Francisco, e, MORAES PITOMBO, Antônio Sergio A. de, 2ª ed., ver., atual., e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. 3ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2022.

SALOMÃO, Luis Felipe, Santos, Paulo Penalva. Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática. Forense: Rio de Janeiro, 2021.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E RUPTURA DEMOCRÁTICA. LIMITES A UMA LIBERDADE FUNDAMENTAL.

FABIANO SANCHES BIGELLI:

Mestrando em Direito e Advogado

Resumo: O presente trabalho pretende demonstrar que o direito fundamental a liberdade de expressão e a livre manifestação do pensamento, tanto tomado a partir do caráter utilitário, quanto do comunicacional, não são direitos absolutos. Pelo contrário, encontram no princípio democrático e nos limites do estado de direito, ponto de limite ou contenção e relativização.

Abstract: *The present work intends to demonstrate that the fundamental right to freedom of expression and the free expression of thought, both taken from the utilitarian and communicational character, are not absolute rights. On the contrary, they find in the democratic principle and in the limits of the rule of law, a point of contention and relativization.*

Palavras-chaves: Liberdade de expressão – Democracia – Limite.

Keywords: *Freedom of expression – Democracy – Limit.*

Sumário: 1) Introdução; 2) Considerações doutrinárias a respeito da liberdade de expressão; 2.1) Anotações a partir de John Stuart Mill; 3) Crise de legitimidade política e da democracia; 4) Conclusão.

1.Introdução

O presente artigo tem por objetivo balizar o campo semântico do direito fundamental da liberdade de expressão ou livre manifestação do pensamento, bem como verificar se nos dias correntes, tendo em conta as possibilidades comunicacionais trazidas com o advento da *internet*, da sociedade-rede, é possível cogitar de limitação ou escrutínio desse direito.

Para tanto, tratou-se, inicialmente de se fixar, ou se aproximar do conteúdo da garantia sob exame, para depois tentar enquadrá-la dentro do espectro do utilitarismo desenvolvido por John Stuart Mill, bem como no agir comunicativo, fundamento da teoria crítica da sociedade, ancorada numa concepção da moral, do direito e da democracia, na perspectiva de Jürgen Habermas, para em seguida testá-lo, tal qual realizado por Manuel Castells, no cotidiano mediado pelos *bytes* da era digital.

2.Considerações doutrinárias a respeito da liberdade de expressão

A liberdade de expressão ou a livre manifestação do pensamento, hoje inserida dentre os Direitos e Garantias Fundamentais deste Estado Democrático de Direito, consagrada no inciso IV do artigo 5.º, da Constituição Federal, tem sua origem, como anota Daniel Sarmiento (CANOTILHO, 2014:252), na cultura grega, na participação dos cidadãos nas discussões travadas nas praças públicas. Seu desenvolvimento se deu com o advento da Modernidade no contexto do iluminismo, com a valorização crescente da racionalidade humana e com vistas a contenção do poder político, ganhando assento nas principais declarações de direitos e documentos constitucionais a partir do século XVIII.

Em realidade, como anota Jorge Miranda (1998:399), a liberdade de expressão decorre da liberdade do pensamento, sendo uma de suas manifestações, a par de tantas outras. É, em si, uma garantia outorgada aos jurisdicionados em relação ao Poder do Estado.

Daí que a liberdade de expressão ou a livre manifestação do pensamento, acaba por se firmar como um dos pilares que emprestam sustentação à própria democracia, ou como um elemento constitutivo do princípio democrático, já que garante a livre manifestação das potencialidades dos integrantes do corpo social da *polis*.

Aliás, esta a percepção de Amartya Sen (2011:361), quando salienta que inobstante a democracia reclame o voto secreto e eleições, sua eficácia depende, fundamentalmente, da liberdade de expressão ou livre manifestação do pensamento, da liberdade de discordância e do acesso à informação. Isto porque, as supressões destas liberdades, da discussão pública, acabam gerando um clima de apreensão e ansiedade, abrindo espaço para governantes (ditadores) conseguir vitórias eleitorais sem qualquer espécie de coerção.

E, como anota Marco Aurélio Mello (MIRANDA, 2009:241),

“Além dessas finalidades substantivas da garantia em exame, várias outras poderiam ser citadas, tais como: a acomodação de interesses por meio de um debate público de temas controversos e a viabilidade de transformações sociais e políticas de forma pacífica; a criação de livre mercado de idéias em que se privilegia o intercâmbio de interesses e pensamentos na formação de uma opinião pública mais abalizada; o exercício da tolerância que educa a sociedade a ouvir e ser ouvida - e, portanto, a ser democrática em seu seio - e não somente exigir democracia como uma providência do Poder Público; a proteção e a garantia da autonomia individual, já que a livre manifestação de pensamento é uma expressão da individualidade e da liberdade.”

Dessa perspectiva, a liberdade de expressão ou a livre manifestação do pensamento, o embate dialético das opiniões e ideias divergentes, ou conflitantes, amplia o exercício da cidadania, garantindo a pluralidade política, assegurando a construção da proclamada sociedade livre, justa e solidaria, fundamentos deste Estado Democrático de Direito.

Isto porque o homem, no exercício da política, na construção de uma sociedade que tenha por objetivo assegurar uma vida feliz no corpo da *polis*, busca implementar o mundo segundo sua percepção e ideias, necessitando de liberdade para apresentar em suas relações de intersubjetividade suas opiniões e crenças, contribuindo para o aperfeiçoamento do ambiente democrático.

Daí que, como liberdade, revela-se indivisível, relacionando-se com todo o plexo dos direitos fundamentais insertos no seio da ordem constitucional; possuindo, a partir desta constatação, relação de entrelaçamento com a liberdade de comunicação social (MIRANDA, 1998:399).

Tida como ferramenta de solidificação da democracia, revela-se como verdadeiro princípio fundante da ordem jurídica vigente. E, como tal, é dotado de generalidade e vagueza, ou seja, tem por atributo a plasticidade que permite ao sistema jurídico se amoldar as diferentes situações experimentadas no cotidiano do corpo social, acompanhando sua evolução histórico-cultural, garantindo eficácia material e possibilidades de concretização da norma fundamental (ROTHENBURG, 1999, p. 21).

E, tendo em conta que os princípios são o núcleo a irradiar força de racionalidade a todo sistema normativo, proposições de enunciação larga e aberta capazes de veicular ideias básicas de justiça e moral, estabelecendo a direção a ser observada pelo intérprete/aplicador, localizados no altiplano da norma fundamental, fato que traduz sua transcendência em relação as demais normas integrantes do ordenamento jurídico, tem por fim último, assegurar o pleno exercício do princípio democrático.

A liberdade de expressão ou a livre manifestação do pensamento traduz, nessa quadra de ideais, a ferramenta necessária ao aperfeiçoamento do princípio democrático, como anotado na lição de J. J. Gomes Canotilho (2007:289):

“O princípio democrático não se compadece com uma compreensão estática de democracia. Antes de mais, é um *processo de continuidade transpessoal*, irreduzível a qualquer vinculação do processo político a determinadas pessoas. Por outro lado, a democracia é um processo dinâmico inerente a uma sociedade *aberta e activa*, oferecendo aos cidadãos a possibilidade de

desenvolvimento integral e de liberdade de participação crítica no processo político em condições de igualdade econômica, política e social.”

No caso brasileiro, nosso ordenamento jurídico determina que todo o agir estatal há de atentar para o fato de constituirmos um Estado Democrático de Direito que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, cujos objetivos são a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras discriminações, onde a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, faça vicejar os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como forma de garantir o desenvolvimento nacional. Esta a orientação que emerge do texto da norma fundamental irradiando, como acima afirmado, sua força para todo o sistema jurídico. Esta é a meta, o objetivo do Estado.

Partindo destas premissas, como deve ser encarada a liberdade de expressão ou a livre manifestação do pensamento na ordem constitucional vigente? Como o direito há compreende: de forma absoluta ou relativa? Existe uma forma de limitação, uma relativização, ditada pelo ordenamento social como forma de preservação do direito alheio e da coletividade?

2.1) Anotações a partir de John Stuart Mill

Dentro da visão utilitarista de John Stuart Mill, a liberdade de expressão ou a livre manifestação do pensamento, deve ser ilimitada, não pode sofrer qualquer espécie de restrição, caso contrário a sociedade pode enfrentar dificuldades em conhecer a verdade sobre os fatos. Ou seja, o substrato deste direito fundamental estaria dissociado de seu valor intrínseco e subjetivo.

Surge a partir desta concepção (utilitarista) a noção de livre mercado de ideias, onde qualquer ideologia, argumento ou manifestação pode ser sustentada publicamente, a fim de possibilitar que a melhor ideia prevaleça, ou seja, aqui a liberdade de expressão ou a livre manifestação do pensamento, passa por uma análise do custo-benefício.

E, para justificar seu modo de encarar a liberdade de expressão, Stuart Mill (2019:33), anota que

“Mas o mal específico de silenciar a expressão de uma opinião é que assim se está roubando a humanidade inteira, tanto a geração atual quanto a posteridade, e os que divergem da opinião, ainda mais do que os que a apoiam. Se a opinião é correta, a humanidade se vê

privada da oportunidade de trocar o erro pela verdade; se é errada, perde algo que quase chega a ser um grande benefício: a percepção mais clara e a impressão mais vívida da verdade, geradas por sua colisão com o erro.”

Na opinião de Mill, como se pode perceber, todo silenciamento, ou todo cerceamento, por menor que seja, da liberdade de expressão ou da livre manifestação do pensamento, traz um dano ao corpo social, que se vê privado de, num processo dialético, encontrar a verdade diante do embate das ideias.

Ainda, na concepção do citado Autor (2019:72), assim deve se dar, tendo em conta que as opiniões populares sobre assuntos que não tocam aos sentidos, muitas vezes são verdadeiras, mas nunca ou quase sempre não encerram toda verdade. Apenas refletem parte da verdade, uma parte às vezes maior, às vezes menor, ora exagerada, ora distorcida e desvinculada, ora suprimidas ou negligenciadas, mas nunca sua inteireza.

Daí que, quando submetida ao escrutínio público, através de sua publicação ou comunicação no seio do corpo social, ambiente do exercício da cidadania para edificação e aprimoramento da democracia, deve-se observar a certos critérios, com vistas atingir o bem comum, não se tornando prejudicial aos sujeitos que dela tomam conhecimento.

Mill (2019:75), tomando os limites da razão e da sanidade, segundo seu ponto de vista, afirma que

“A menos que as opiniões favoráveis à democracia e à aristocracia, à propriedade e a à igualdade, à cooperação e à concorrência, ao luxo e à abstinência, à socialidade e à individualidade, à liberdade e à disciplina e todos os demais antagonismos vigentes na vida prática sejam expressas com igual liberdade e sejam implantadas e defendidas com igual talento e energia, não há a menor possibilidade de que ambos obtenham o que lhes cabe; na balança, um dos pratos subirá e o outro descerá. A verdade, nos grandes temas práticos da vida, é uma questão de reconciliar e combinar os opostos e a tal ponto que são muito raros aqueles com mente suficientemente ampla e imparcial para fazer os ajustes que cheguem a uma proporção correta, e por isso é necessário o rude processo de uma luta entre os adversários combatendo sob bandeiras contrárias. Em qualquer das grandes questões em aberto que acabamos de enumerar, se uma das duas opiniões tem pretensão mais sólida do que a outra para não ser tolerada, e sim encorajada e aprovada, é aquela que, naquele momento e naquele lugar, encontra-se em

minoría. É a opinião que, naquele então, representa os interesses desatendidos, o lado do bem-estar humano que corre o risco de receber menos do que lhe cabe.”

Ainda que encarada sob o enfoque do utilitário, a posição adotada por Stuart Mill, a liberdade de expressão ou livre manifestação do pensamento assume, em certa medida, um aspecto democrático e contramajoritário; ou seja, busca limitar que a maioria se exceda na via democrática, distorcendo os valores e direitos fundamentais, levando opressão às minorias.

Decorre desta posição, no sentir de Mill (2019:36), que é dever dos governos e dos indivíduos formar opiniões mais verdadeiras que consigam; forma-las cuidadosamente, nunca as impor a menos que tenham plena segurança de que estão certas, sob pena causar fissuras no corpo social e, conseqüentemente, gerar uma crise de legitimidade política e democrática.

3.Crise de legitimidade política e da democracia

É certo, que a democracia, sobretudo a democracia liberal, como anota Manuel Castells (2018:11), pressupõe respeito aos direitos básicos das pessoas e os direitos políticos dos cidadãos, incluídas as liberdades de associação, reunião e expressão, mediante o império da lei sob a proteção dos tribunais, bem como, a separação dos poderes do Estado (executivo, legislativo e judiciário), eleições livres e periódicas e submissão deste mesmo Estado aos Poderes constituídos, pode-se afirmar que a democracia se constrói no âmbito das relações havidas no seio do corpo social, adaptando-se à evolução destas interações.

A partir da delimitação do modo como se apresenta a democracia e, de certo modo, a constituição do Estado, fundado numa ordem constitucional de valores, garantias e direitos e das interações verificadas no âmbito social, tem-se que sua legitimação está intimamente ligada a percepção do vínculo daí decorrente.

Castells (2018:12), a este propósito, anota que

“Se for rompido o vínculo subjetivo entre o que os cidadãos pensam e querem e as ações daqueles a quem elegemos e pagamos, produz-se o que denominamos crise de legitimidade política; a saber, o sentimento majoritário de que atores do sistema político não nos representa.”

Decorre daí, em certa medida, que assiste razão as ponderações de Stuart Mill, quando afirma que os governos e governados tem o dever de formar e comunicar opiniões o mais verdadeiras possíveis, pois do contrário correm o risco de perderem a legitimidade necessária ao cumprimento dos objetivos do Estado.

Isto porque, caso não se comportem dentro deste padrão (esperado), tanto o governo, quanto governados, poderão causar um rompimento, gerando crises que podem tomar a forma econômica, social, institucional e, sobretudo, moral, fazendo com que aquilo que era aceito pelos integrantes do corpo social deixa de sê-lo, dando origem a uma crise de legitimidade política.

Tal pode se dar, na percepção de Manuel Castells (2018:17), porque as emoções coletivas são como a água: quando encontram um bloqueio em seu fluxo natural, abrem novas vias frequentemente torrenciais, até inundar os exclusivos espaços da ordem estabelecida.

E mais. Nos dias atuais os Estado estão se distanciando da nação que representam, transferindo parte de sua soberania a entes supranacionais ou supraestatais, afastando os cidadãos das decisões essenciais às suas vidas, que via de regra são tomadas à margem das instituições de representação direta.

Vulnera-se, assim, a identidade política do cidadão, criando uma falha sistêmica, forçando este a sair em busca da (re)construção de uma identidade cultural, onde se recolhe. Nasce, então, o asco pela corrupção e falta de confiança nos governos, que passam afastar-se do processo dialético reclamado pelo princípio democrático como anotado linhas acima a partir da lição de Amartya Sen.

Esse processo dialético do princípio democrático hoje é travado no âmbito da sociedade-rede. E, como anota Castlles (2018:26), onde

“A luta pelo poder nas sociedades democráticas atuais passa pela política midiática, pela política do escândalo e pela autonomia comunicativa dos cidadãos. Por um lado, a digitalização de toda informação e a interconexão modal das mensagens criaram um universo midiático no qual estamos permanentemente imersos. Nossa construção da realidade e, por conseguinte, nosso comportamento e nossas decisões dependem dos sinais que recebemos e trocamos nesse universo.”

A praça pública onde eram exercidas as liberdades de expressão e livre manifestação do pensamento ganha nova arena, mais abrangente e rápida, onde a

construção da verdade, por meio do embate dialético, perde-se nos *bytes* da informação digital, onde sua sedimentação resta comprometida pela efemeridade dos argumentos.

Nesse novo *locus* da discussão democrática onde impera as mensagens midiáticas, mais vale uma imagem ou a expressão de uma opinião muito simples e rasa do que a elaboração de um debate profundo, ganha-se em agilidade comunicacional; contudo, perde-se no conteúdo e na solidificação do conhecimento e, como consequência, na construção da verdade.

E, como destaca Manuel Castles (2018:27),

“A comunicação de massa se modela mediante a autocomunicação de massa através da internet e das plataformas wi-fi onipresentes em nossa prática. A dinâmica de construções de uma mensagem simples e facilmente debatível em um universo multiforme conduz à personalização da política. É em torno da liderança possível de alguém que se constrói a confiança na bondade de projeto. Assim, a forma de luta política mais eficaz é a destruição dessa confiança através da distribuição moral e da imagem de quem se postula como líder. As mensagens negativas são cinco vezes mais eficazes em sua influência do que as positivas. Portanto, trata-se de inserir negatividade de conteúdos na imagem da pessoa que se quer destruir, a fim de eliminar o vínculo de confiança com os cidadãos. Daí a prática de operadores políticos profissionais no sentido de buscar materiais prejudiciais para determinados líderes políticos, manipulando-os e até fabricando-os para aumentar o efeito destrutivo.”

Essa política do escândalo não fica adstrita as pessoas, é também aplicada as instituições, solapando as bases da democracia com a construção de inverdades, ou “verdades de ocasião”, comprometendo aquele processo dialético decorrente do combate, do bom combate, das deferentes ideias e opiniões no exercício consciente e prudente da liberdade de expressão e da livre manifestação do pensamento.

Quanto aos efeitos desse peculiar desse modo de exercer a liberdade de expressão e a livre manifestação do pensamento, anota Castells (2018:28), que

“Embora os efeitos da política do escândalo sobre políticos específicos sejam indeterminados, tal política gera um efeito secundário que é devastador: o de inspirar o sentimento de

desconfiança e reprovação moral sobre o conjunto dos políticos e da política, contribuindo assim para a crise de legitimidade. E como num mundo de redes digitais em que todos podem se expressar não há outra regra além da autonomia e da liberdade de expressão, os controles e censuras tradicionais se desativam, as mensagens de todo tipo formam uma onda bravia e multiforme, os *bolts* multiplicam e difundem imagens e frases lapidares aos milhares, e o mundo da pós-verdade, do qual a mídia tradicional acaba participando, transforma a incerteza na única verdade confiável: a minha, a de cada um. A fragmentação da mensagem e a ambiguidade da comunicação remetem a emoções únicas e pessoais constantemente realimentadas por estratégias de destruição da esperança. Para que tudo continue igual. Ainda que o principal efeito desta cacofonia político-informativa seja o questionamento de tudo aquilo que não podemos verificar pessoalmente. O vínculo entre o pessoal e o institucional se rompe. O círculo se fecha sobre si mesmo. Enquanto isso, procuramos às cegas uma saída que nos devolva aquela democracia mítica que pode ter existido em algum lugar, em algum tempo.”

Inegável que, inobstante o caráter utilitário da liberdade de expressão e da livre manifestação do pensamento para a (re)construção da verdade, como acentuado por Stuart Mill, estas não de encontrar limites e contenções quando se apresentarem de forma a solapar e impor uma força capaz de romper com as estruturas do princípio democrático, garantindo que o desenvolvimento do corpo social se de dentro daquele movimento dialético fundamento na ética, na moral e na justiça fixada na ordem constitucional vigente.

4. Conclusão

Com efeito, pode-se concluir que, a liberdade de expressão e a livre manifestação do pensamento não são direitos absolutos, mas sim relativos, e estarão sempre sujeitas a escrutínio, devendo tanto governos, como indivíduos, formar opiniões mais verdadeiras que consigam, mediante a dialeticidade própria do embate político.

Contudo, ágora digital dos *bytes* da informação, fora dos controles da censura política tradicional, haverá de se submeter ao escrutínio do guardião da constitucionalidade e legalidade, do Poder Judiciário, que, como último bastião da salvaguarda por princípios democráticos, tem função contramajoritária como acima anotado.

Referências:

CONITILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.^a edição. Coimbra: Livraria Almedina, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L. (Coordenadores). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CASTELLS, Manuel. **Ruptura. A crise da democracia liberal**. Tradução Joana Angélica d'Ávila Melo. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

MELLO, Marco Aurélio. Liberdade de expressão, dignidade humana e estado democrático de direito. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antônio Marques da (coordenação). **Tratado Luso-brasileiro da dignidade humana**. 2.^a edição. São Paulo: Quatier Latin, 2009.

MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. Tradução Denise Bottmann. Porto Alegre: L&PM, 2019.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV, Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

A FUNÇÃO SOCIAL DA TERRA E A DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA

LORENA GUIMARÃES LEITE:
Acadêmica de Direito no Centro
Universitário Católica do Tocantins.

WELLINGTON GOMES MIRANDA⁴⁵⁶

(orientador)

RESUMO: Este estudo enfoca a função social da propriedade e da desapropriação para fins de reforma agrária. No ordenamento jurídico brasileiro, a partir da Constituição de 1988, abundantes terras improdutivas são desapropriadas por interesse público e respeito a funções sociais, por exemplo, para reforma agrária ou para construção de reservas ecológicas. O estudo inclui examinar se a desapropriação para fins de reforma agrária atende aos requisitos abrangidos pela função social da propriedade, oferecendo o melhor aproveitamento da terra, além de fornecer condições produtivas para quem se instala na terra para trabalhar. A conclusão é que a desapropriação é uma ferramenta legal para o Estado exercer a função social da propriedade rural, respeitando os devidos procedimentos legais.

Palavras-chave: Reforma agrária. Função social da terra. Desapropriação. Política Agrícola.

ABSTRACT: *This study focuses on the social function of property and expropriation for agrarian reform purposes. In the Brazilian legal system, since the 1988 Constitution, abundant unproductive lands are expropriated for public interest and respect for social functions, for example, for agrarian reform or for the construction of ecological reserves. The study includes examining whether expropriation for the purpose of agrarian reform meets the requirements covered by the social function of the property, offering the best use of the land, in addition to providing productive conditions for those who settle on the*

⁴⁵⁶ Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Desenvolvimento do Centro Oeste (2005) e graduação em Medicina Veterinária pela Universidade Estadual do Maranhão (1992). Atualmente é Analista Ministerial - ciências jurídicas - Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Tocantins e professor mestre da Centro Universitário Católica do Tocantins (UNICATÓLICA) desde 2009. Mestre em prestação jurisdicional em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Escola da Magistratura Tocantinense (ESMAT) e Universidade Federal do Tocantins. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito, especialista em Direito do Trabalho pelo Instituto Processus/DF e em Estado de Direito e Combate à Corrupção pela ESMAT, Atuando na docência há 34 anos, no ensino fundamental, médio, pré-vestibular e superior nas áreas de Medicina Veterinária, Agronomia, Zootecnia e Direito, principalmente nas seguintes áreas de Direito Administrativo, Civil, Penal, Processual Penal, Tributário, Comercial, Consumidor e Agrário. E-mail: wellington.gomes@catolica-to.edu.br.

land to work. The conclusion is that expropriation is a legal tool for the State to exercise the social function of rural property, respecting due legal procedures.

Keywords: Agrarian reform. Social function of the land. Expropriation. Agriculture Policy.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A Função Social da Terra; 2. Das Terras Devolutas; 3. Política Agrícola; 4. A competência para desapropriar; 5. Método De Desapropriação; 6. A Desapropriação Cumprindo a Função Social Da Propriedade; 7. Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

No ordenamento jurídico brasileiro, a partir da Constituição de 1988, há terras improdutivas em demasia, que são expropriadas por interesse público e respeito a funções sociais, como reforma agrária ou criação de reservas ecológicas. A questão fundamental que tem suscitado muita discussão para fins de reforma agrária é a função social da propriedade, contida no art. 5.º, XXIII, Carta Magna. Muitas vezes, o objetivo de implementar programas de reforma agrária é alcançado por meio da redistribuição de terras, processo de desapropriação federal privado e administrado pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA). Essa categoria de intervenção atinge propriedades rurais que não cumprem sua função social, o que a torna vulnerável à desapropriação para fins de reforma agrária (Lei n.º 8.629, de 25 de fevereiro de 1993 e artigos 184 e 185 da Constituição Federal).

O presente trabalho refere-se à desapropriação com base na necessidade de desempenhar funções sociais em um país com latifúndios e terras improdutivas. Convém, no entanto, ressaltar que a enorme dimensão política oculta nos movimentos sociais não visa necessariamente explicar os meios mais nobres e práticos para atingir seus fins. Nesse seguimento, é de interesse coletivo apresentar oportunidades a quem realmente precisa por meio do direito social à propriedade, considerando o interesse público, por isso é preciso observar questões práticas que envolvem a efetividade da distribuição de terras.

Borges (2012) ensina que a agricultura familiar é associada a propriedade familiar, visto que o Estatuto da Terra, em seu inciso II do art. 4º, apresenta a interpretação de que tal propriedade seria aquela cuja exploração rural é feita diretamente pelo núcleo familiar. Esse aproveitamento de terra deve, ainda, servir como método de subsistência para seus trabalhadores e dependentes, tal como mecanismo de progresso social e econômico (BORGES, 1999).

De natureza igual, a Reforma Agrária inclinou-se a ganhar forma com o tempo. Por meio do Estatuto da Terra, exerceria o genuíno propósito da Função Social. Segundo o dispositivo legal Reforma Agrária é o conjunto de medidas que visem a promover melhor distribuição da terra, mediante modificações no regime de sua posse e uso, a fim de atender aos princípios de justiça social e ao aumento de produtividade.

A temática apresentada torna-se de importância ainda maior quando se analisa o atual cenário de distribuição de terras no Brasil. Segundo Teixeira (2011, *apud* FERREIRA; TARREGA; FRANCO, 2013), em 2010 existiam 69,2 mil propriedades rurais improdutivas, totalizando 228,5 milhões de hectares. Em contrapartida, milhares de trabalhadores sem terra lutam pelo mínimo essencial para sua subsistência e a de suas famílias. Assim, torna-se questionável a função constitucional de função social das terras rurais no Brasil atualmente.

1.A FUNÇÃO SOCIAL DA TERRA

Conforme ensina Araújo (1999), na doutrina jurídico-agrícola, as funções sociais da propriedade incluem o uso econômico correto e a distribuição equitativa da terra para promover a justiça social pelo aumento da produtividade. Em outras palavras, segundo Tanajura (2000), a partir de 5 de outubro de 1988, todas as garantias, privilégios e privilégios conferidos à propriedade pela lei brasileira estavam sujeitos à realização de sua função social.

De acordo com Marés (2010, *apud* MELO, 2019), a terra não serve apenas como pedaço de propriedade a qual se explora e obtém recursos, pois também funciona como núcleo de formação cultural e social. Além de da terra todos tirarem seu sustento, Marés pontua que dela também sai a alegria, o vestuário, a riqueza humana em todas as suas especificidades. Neste contexto, terra e natureza estão intrinsecamente interligadas ao ser humano e a vida em sociedade. Assim, é possível afirmar que a propriedade sempre foi uma questão social, antes mesmo de abordada na Constituição.

Segundo Silveira (1988), a definição constitucional da função social está ligada às qualidades produtivas da propriedade. Os autores entendem que a terra deve ser utilizada para a produção de outras mercadorias, principalmente aquelas que constituem alimentos para a população, e que a produtividade da terra é o primeiro elemento da racionalidade constitucional e da aplicabilidade das suas finalidades.

No Brasil, a constituição de 1946 foi a precursora da introdução da função social da propriedade. Logo, em seu artigo 147, nos diz que o uso da terra será pautado pelo bem-estar social, promovendo assim uma distribuição justa da mesa entre todas as pessoas (Brasil, 1946). Verifica-se que é o surgimento da função social, cujo conceito se formou até

agora. O Código de Terras (Lei 4.504/64) traz um conceito amplo de função social. Para os legisladores da época, aqueles que desempenhavam adequadamente as funções sociais, aqueles que beneficiavam o bem-estar dos proprietários, trabalhadores e suas famílias nos quais eram exercidas as atividades laborais; mantinham a produção em patamar positivo; preservavam os recursos naturais; observavam as normas trabalhistas, legislação de relações (BORGES, 2012).

Segundo a Constituição (BRASIL, 1988), uma propriedade cumpre sua função social quando alcança os requisitos de aproveitamento racional, uso adequado e com preservação dos recursos naturais, regulamentação das relações de trabalho e exploração que beneficie tanto proprietários quanto trabalhadores.

Sendo assim, quando atendidos os requisitos para tornar a terra produtiva e respeitada a missão natural da propriedade de manter o potencial produtivo da propriedade, considere o uso racional e pleno da terra. Leva-se em consideração a proteção ambiental, a preservação do caráter do ambiente natural e da qualidade dos recursos ambientais para adequar a manutenção ecológica da propriedade e a saúde e qualidade de vida das comunidades adjacentes (TANAJURA, 2000, p. 68). Atualmente, há grande resistência, principalmente política, à aplicação desse direito fundamental. De referir ainda que a legislação que rege a regulamentação fundiária não foi atualizada ao longo do tempo e, de deste modo, encontra-se desatualizada para a nossa realidade vigente.

Barros (2008) corrobora com tal apresentação acerca da função social das propriedades quando afirma:

Portanto, não há meios de cumprimento da função social de forma parcial ou inacabada como, por exemplo, atendimento aos índices econômicos e desatendimento aos critérios ambientais e sociais. O ordenamento pátrio não concebe a ideia de produtividade com devastação ambiental, ou de produtividade com exploração do trabalho indigno ou inseguro (BARROS, 2008, p. 68, apud MELO, 2019).

2.DAS TERRAS DEVOLUTAS

O Dicionário Aurélio fornece uma definição simples do que é devoluto. Desabitado, vago, inculto. Portanto, podemos derivar o significado específico de terra devoluta, terra desocupada, terra sem destino específico (HOLANDA, 2010).

A Lei de Terras, lei nº 601/1850, considera a demanda da legislação específica sobre terras devolutas para alienação como propriedade imperial. Marques (2015) afirma que a Lei de Terras estabelece o objetivo de outorgar títulos de propriedade a quem não a possui. Conseqüentemente, com a promulgação da Primeira Constituição, as terras desocupadas foram então transportadas para os estados, atendendo suas demarcações territoriais. MAIA (apud MARQUES, 2015, p. 71) trata os terrenos baldios como “terras impróprias para qualquer uso público federal, estadual ou municipal ou não incluídas no domínio privado”.

Tratou-se então o legislador em definir as terras devolutas, para não sobrar obscuridades. Conforme consta no artigo 5º do Decreto-Lei 9.760/1946, trazendo a seguinte redação:

São devolutas, na faixa da fronteira, nos Territórios Federais e no Distrito Federal, as terras que, não sendo próprias nem aplicadas a algum uso público federal, estadual territorial ou municipal, não se incorporaram ao domínio privado: a) por força da Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850, Decreto nº 1.318, de 30 de janeiro de 1854, e outras leis e decretos gerais, federais e estaduais; b) em virtude de alienação, concessão ou reconhecimento por parte da União ou dos Estados; c) em virtude de lei ou concessão emanada de governo estrangeiro e ratificado ou reconhecido, expressa ou implicitamente, pelo Brasil, em tratado ou convenção de limites; d) em virtude de sentença judicial com força de coisa julgada; e) por se acharem em posse contínua e incontestada com justo título e boa-fé, por termo superior a 20 (vinte) anos; f) por se acharem em posse pacífica e ininterrupta, por 30 (trinta) anos, independentemente de justo título e boa-fé; g) por força de sentença declaratória proferida nos termos do art. 148 da Constituição Federal, de 10 de Novembro de 1937. (BRASIL, 1946)

Em suma, as terras que não pertencem ao domínio pessoal, e as que não são utilizadas, encontram-se devolutas, respeitando a legislação e constituição vigentes.

Quando se trata de terras devolutas, é importante destacar que o Brasil é rico em tais propriedades, porém sem que seja sabido com exatidão a quantidade existente. Esse fato se dá principalmente por remontar de vários períodos históricos, e torna ainda mais complexa a situação agrária do país. Nesse histórico latifundiário do Brasil, um dos primeiros marcos foi a Lei 601 em 1850, responsável pela criação das pequenas propriedades, quando estas passaram a ser mercadoria e ter importância no mercado. A

lei trata sobre as terras ganhas por título no Império, as chamadas sesmarias, e proíbe outra forma de obtenção de propriedades que não através de compra das mesmas. Após esse período, os latifúndios no Brasil foram cada vez mais regulamentados, abordados em todas as constituições. No entanto, a sua distribuição continua uma grande questão econômica e social (ARAÚJO; TÁRREGA, 2011).

3.POLÍTICA AGRÍCOLA

Também trouxe consigo o Estatuto da Terra, a definição da Política Agrária, como forma do governo ajudar as atividades agrícolas. Também tem respaldo em nossa constituição e, junto com a reforma agrária, ganha um capítulo específico.

A política fundiária caracteriza-se por uma ideologia sustentada por determinados princípios, cuja responsabilidade é do poder público, e a busca permanente dos interesses sociais. Como a constituição prescreve a forma de implementação da política fundiária, ela também pode ser chamada de política de desenvolvimento rural (GISCHKOW apud MARQUES, 2015).

Os eleitores foram rápidos em introduzir instrumentos de implementação da política agrícola em seu artigo 187, o que foi repetido pelos legisladores no corpo da Lei 8.171/1991. Dentre essas ferramentas, destacam-se o crédito rural, o seguro agrícola e as cooperativas.

Marques (2015) expõe em seu fundamento as características desses três essenciais instrumentos de política agrícola. O crédito rural desempenha um papel importante na política agrícola, visto que sem crédito não há necessidade de abordar em assistência técnica, distribuição de sementes e mudas, remunerações mínimas, etc. A política agrícola depende do crédito rural. A restituição agrícola é uma transação jurídica entre o tomador e o Banco Central do Brasil, da qual a incumbência é administrar o planejamento. Uma importante análise é que nenhuma política é exigida neste contrato. Aduz Marques (2015, p. 170) também:

Não padece dúvida de que o cooperativismo, se praticado segundo os princípios que nortearam a sua criação, pode se constituir num extraordinário instrumento não apenas de política agrícola, mas até mesmo para o êxito de qualquer projeto de Reforma Agrária. De fato, se os assentamentos de trabalhadores rurais se dessem mediante a organização de cooperativas constituídas pelos assentados, talvez se evitassem as distorções hoje apontadas, entre elas a deserção e a transferência das áreas recebidas, ainda que se tratasse do simples

direito de posse, na hipótese de utilização do instituto da concessão de uso. De outra parte, o próprio acesso ao crédito rural seria mais garantido, além do que os custos da produção seriam menores, na medida em que as máquinas, as sementes e os demais insumos seriam adquiridos por atacado, com preços mais atraentes.

O Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) é uma autarquia federal da Administração Pública brasileira. Diversas decisões versam sobre contribuições que são exigidas e destinadas ao INCRA. Neste sentido a jurisprudência:

EMENTA Recurso extraordinário. Repercussão geral. Tributário. Contribuição ao INCRA incidente sobre a folha de salários. Recepção pela CF/88. Natureza jurídica. Contribuição de intervenção no domínio econômico (CIDE). Referibilidade. Relação indireta. Possibilidade. Advento da EC nº 33/01, incluindo o § 2º, III, a, no art. 149 da CF/88. Bases econômicas. Rol exemplificativo. Contribuições interventivas incidentes sobre a folha de salário. Higidez. 1. Sob a égide da CF/88, diversos são os julgados reconhecendo a exigibilidade do adicional de 0,2% relativo à contribuição destinada ao INCRA incidente sobre a folha de salários. 2. A contribuição ao INCRA tem contornos próprios de contribuição de intervenção no domínio econômico (CIDE). Trata-se de tributo especialmente destinado a concretizar objetivos de atuação positiva do Estado consistentes na promoção da reforma agrária e da colonização, com vistas a assegurar o exercício da função social da propriedade e a diminuir as desigualdades regionais e sociais (arts. 170, III e VII; e 184 da CF/88). 3. Não descaracteriza a exação o fato de o sujeito passivo não se beneficiar diretamente da arrecadação, pois a Corte considera que a inexistência de referibilidade direta não desnatura as CIDE, estando, sua instituição “jungida aos princípios gerais da atividade econômica”. 4. O § 2º, III, a, do art. 149, da Constituição, introduzido pela EC nº 33/2001, ao especificar que as contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico “poderão ter alíquotas” que incidam sobre o faturamento, a receita bruta (ou o valor da operação) ou o valor aduaneiro, não impede que o legislador adote outras bases econômicas para os referidos tributos, como a folha de salários, pois esse rol é meramente exemplificativo ou enunciativo. 5. É constitucional, assim, a CIDE destinada ao INCRA devida pelas empresas urbanas e rurais, inclusive, após o advento da EC nº 33/01. 6. Recurso extraordinário a que se nega provimento. 7. Tese fixada

para o Tema nº 495: “É constitucional a contribuição de intervenção no domínio econômico destinada ao INCRA devida pelas empresas urbanas e rurais, inclusive após o advento da EC nº 33/2001”.

(STF - RE: 630898 RS, Relator: DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 08/04/2021, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 11/05/2021)

4.A COMPETÊNCIA PARA DESAPROPRIAR

A atual Constituição da República Federativa do Brasil dispõe que à União a competência para desapropriar por interesse para propósitos de reforma agrária, o imóvel rural. A reforma agrária deve ser entendida como um conjunto de instruções e planos nacionais para intervir na economia através do estado da Agricultura, concebida para facilitar a repartição dos rendimentos da terra. Os procedimentos de desapropriação da reforma agrária devem respeitar o devido processo Legal, preciso verificar e avisar o proprietário com antecedência, pois haverá Privação de bens pessoais,²⁶ vista como uma forma de “desapropriação-sanção” (STF – Pleno – MS 26192/PB – Rel. Min. Joaquim Barbosa, decisão: 11-5-2011).

Para Nobre Júnior (2006, p. 45), a desapropriação pode ser compreendida como um método estatal destinado a suceder coercitivamente direitos de propriedade por equivalentes econômicos para a destinação do bem público ou social. Segundo o autor, trata-se de um meio primitivo de aquisição de propriedade, pois, uma vez incorporado ao poder público, fica isento de qualquer responsabilidade real de reclamar, devendo todos os opositores assumirem como indenização o valor de sua pretensão.

Segundo Marquesi (2006), a desapropriação é um ato excepcional no ordenamento jurídico, visto que acarreta a perda do direito de propriedade em favor do Estado. O autor acrescenta que, no Brasil, apenas as propriedades rurais improdutivas, mesmo com as exceções acima (pequenas e médias propriedades), são desapropriadas.

De acordo com Barros (2007, p. 50-51), os governos estadual, federal e municipal em nenhuma circunstância podem desapropriar imóveis rurais para reforma agrária. Todavia, isso não prejudica, destaca o autor, que adquiram propriedade rural por meio da compra e distribuição. Portanto, entende-se que a competência para atuar e julgar o processo de desapropriação é da esfera federal.

Segundo Nobre Júnior (2006, p. 119), o processo de desapropriação inicia-se com a declaração de desapropriação e constitui a primeira etapa do procedimento, por meio da qual os mandantes (federal, cantonal, distrito federal e prefeituras municipais)

reconhecem o interesse público de obter determinado imóvel rural, como parte de espólio de terceiro, para fins de reforma agrária, para reordenamento fundiário, transferi-lo a terceiro para que exerça as funções sociais previstas na Constituição.

A respeito do procedimento judicial de desapropriação, Nobre Júnior (2006, p. 153) destaca que a atual constituição é inovadora nesse sentido, estipulando em seu art. 184, § 3º, serão observados os procedimentos judiciais de desapropriação para reforma agrária, mantendo-se as contradições e as defesas adequadas, os procedimentos sumários estabelecidos e as leis complementares. Baseado em arte. Nos artigos 282 I a VIII do Código de Processo Civil e Lei Complementar nº 76/96, o primeiro ato judicial consiste em pedido liminar de posse provisória, que deve conter oferta e os seguintes documentos, pela perspectiva do autor:

“a) texto do decreto expropriatório de interesse social para fins de reforma agrária, publicado no Diário Oficial da União; b) certidões atualizadas de domínio e de ônus real do imóvel; c) documento cadastral do imóvel; d) laudo de vistoria e avaliação administrativa. que, necessariamente, deverá conter a: i) descrição do imóvel por meio de plantas e memorial descritivo da área; ii) enumeração das benfeitorias voluptuárias, úteis e necessárias, das culturas, pastagens naturais e artificiais, da cobertura florestal, seja natural ou decorrente de florestamento ou reflorestamento, e dos semoventes; iii) a discriminação dos valores relativos à terra nua e das benfeitorias indenizáveis; iv) comprovante de lançamento dos Títulos da Dívida Agrária correspondente ao valor ofertado para quitação da terra nua; v) comprovante de depósito em banco oficial, ou outro estabelecimento, no caso de sua inexistência na localidade, à disposição do juízo, relativo ao solvimento das benfeitorias úteis e necessárias.” (NOBRE JÚNIOR, 2006, p. 160).

5.0 MÉTODO DE DESAPROPRIAÇÃO

Segundo Nobre Júnior (2006, p. 119), o processo de desapropriação inicia-se com a declaração de desapropriação e constitui a primeira etapa do procedimento, por meio da qual os formuladores (governos federal, estadual, federal e municipal) reconhecem que o interesse público obtém certa propriedade rural, como parte do espólio de terceiro, para reforma agrária, com o objetivo de reorganizar a terra, transferindo-a a terceiro, e habilitando-a a desempenhar suas funções sociais constitucionalmente estipuladas. Nobre Júnior (2006) explica que a desapropriação pode ser feita de maneira amistosa ou por meio

de processo judicial. A expropriação amigável pode ser feita por mútuo consentimento e pode ser feita fora ou dentro do carro, aperfeiçoando-se como negócio de compra e venda.

Barros (2007) orienta que o texto do decreto de declaração de interesse social desapropriado deve vir com o texto original do decreto, visto que por meio dele pode ser feita uma certidão da vontade pública de desapropriar a propriedade privada. E esse empenho expressa em ações administrativas deve acatar a origem da abertura determinado pelo art. Art. 37 da Constituição Federal. Logo, é um documento importante para analisar o registro do comportamento de aquisição de terras. Mediante pedido, o magistrado ordenará ao autor que tome posse do imóvel desapropriado por conselho da lei. Os factos são a razão do direito a ser reclamado pelo tribunal. O autor menciona ainda que a declaração de abertura do processo de desapropriação deve especificar o valor do processo.

Beserra (2006, p. 49) define posse como "o ato de possuir algo ou um direito". Na opinião do autor, a decisão de desapropriação instantânea do título de propriedade foi uma mudança gerada pela Lei Complementar nº 88, de 23.23.93, eis que o dispositivo anterior submeteu ao oferecimento da prévia revisão jurídica.

Posteriormente ocorre a citação, onde o possuinte ou o procurador legal ou contratual, conforme art. Artigo 12.º do Código de Processo Civil, a ser convocado ao tribunal para se defender, para exercer o direito de resposta e o direito de prorrogação. Nobre Júnior (2006,) instrui que, para reduzir a cerimônia de definição da indenização decorrente do desentendimento final do expropriado, foi estabelecida a probabilidade de nomeação pelo magistrado de audiência de mediação. Finalizada a intimação, o cobrado tem quinze dias para responder. Auferida a resposta, o magistrado determinará a apresentação da prova pericial se houver impugnação de determinados pontos do laudo de inspeção administrativa.

Borges (1999), complementa que, antes de conceder o alvará, o juiz pode determinar se deve realizar perícia (exame e avaliação) se julgar relevante ao que lhe foi exposto com o componente vestibular, com a participação das partes (princípio do contraditório e ampla defesa) para os fins da liminar. Considerando a faculdade atribuída pelo § 1º do referido art. 6º da Lei Complementar n. 76/93, com base na probabilidade dos artigos 130 e 131 do Código de Processo Civil, que incorporam o princípio da iniciativa do juiz e da liberdade de apreciação da prova.

De acordo com os ensinamentos de Salles (2006), os artigos 14. 23 e 27 da Lei de Desapropriações ordena que, o ato do envio dos autos iniciais, o juiz nomeará, se possível,

perito técnico de sua descomprometida decisão para realizar a avaliação patrimonial, e que o autor e o réu podem nomear Perito assistente técnico.

O autor complementa que o perito tem potencial para requerer ao poder público os esclarecimentos ou a documentação necessária à elaboração do laudo, devendo indicar no laudo outras circunstâncias que possam ser atendidas na determinação da indenização, inclusive as listadas no art. 27.

Beserra (2001) mostrou que o perito judicial é um técnico de nível universitário competente, confiado pelos juízes para articular ocorrências que dependem de conhecimentos científicos e técnicos distintos estabelecidos pelo artigo 145.º do Código de Processo Civil. Porém, pode ser rejeitado, como explana o autor: Beserra (2001) também fundamenta que, dada a natureza da prova prestada na maioria dos fatos limitada à prova pericial, ela não exige prova oral em audiência, dado que os depoimentos pessoais ou testemunhas das partes são inúteis e podem complementar a prova judicial. métodos, critérios e conclusões do relatório, bem como comentários dos assistentes técnicos das partes.

Na opinião de Beserra (2001, p.61), o método expropriatório detém a averiguação e a remuneração da justa indenização pelo sujeito expropriante ao expropriado. Conforme Edílson Pereira Nobre Júnior (2006, p. 177), contra a sentença, será capaz o sucumbente, sendo o Poder Público, logo que o montante fixado for maior que ao da oferta, interpor apelação, a ser apurado nas implicações suspensivas e devolutivas. Manifestada a decisão divergente ao expropriado, o fiel recurso procederá somente ao êxito devolutivo.

6.A DESAPROPRIAÇÃO CUMPRINDO A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Quando se fala em de função social, não se refere às restrições negativas dos direitos da terra, que afetam o exercício dos direitos de propriedade. As transformações por que passaram os sistemas de propriedade não se limitam a clarificar o poder dos proprietários ou a reduzir o número de direitos de terras, sujeitos a condicionalismos legais. Se assim for, o conteúdo dos direitos de propriedade não muda, e a função social é apenas mais uma limitação. A mudança que ocorre é na mentalidade, e o exercício dos direitos de propriedade é absoluto. A função social é mais do que uma limitação. É um conceito incorporado na fundamentação, racionalidade e legitimidade da propriedade.

A atribuição social da propriedade não tem incentivo socialista, mas sim um conceito próprio dos regimes capitalistas que legitima a propriedade privada dos lucros e a produção de bens ao configurar as atividades dos produtores de riqueza dentro de certos parâmetros constitucionais, por exemplo, exercido para o bem geral. As funções sociais passam a fazer parte do conceito de propriedade, justificam-no e legitimam-no. Uma

função é a capacidade de dar a um imóvel um destino específico, associando-o a uma finalidade. Os qualificadores sociais indicam que esse objetivo corresponde ao bem coletivo, não ao do proprietário. Portanto, o uso adequado dos recursos naturais, a proteção do meio ambiente e o cumprimento das normas trabalhistas são os requisitos básicos para a realização da função social da propriedade. Nem é possível, porque o valor do trabalho humano é o fundamento da ordem econômica constitucional.

A partir deste momento, resta entender se a desapropriação realiza a função social da terra como componente de conclusão do nosso trabalho. O autor Albuquerque (2006, p. 164), declarou que o proveito social estabelece tudo o que exige uma combinação, apaziguamento, previsão e prevenção, imposta pelo meio ambiente que precisa desempenhar a função social da propriedade em determinado momento histórico da vida do povo. O art. 184 da Constituição Federal aduz: "Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária".

À despeito disto, o autor levanta a questão de que o entendimento do funcionamento social é possível ser alterado, mas que os legisladores, juízes, os doutrinadores devem sempre seguir os mandamentos constitucionais. Mandato interpreta a reforma agrária como parte desse conceito.

Em conformidade com o ensinamento de Rocha (1998), no Estatuto da Terra - Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964 - este é o alvo explícito da desapropriação de imóvel rural como política de reforma agrária, detalhando os pressupostos que autorizam tal desapropriação. A autora estabelece os seguintes pressupostos:

"a) condicionar o uso da terra a sua função social; b) promover a justa e adequada distribuição da propriedade; c) obrigar a exploração racional da terra; d) permitir a recuperação socioeconômica de regiões; e) estimular pesquisas pioneiras, experimentais, experimentação, demonstração e assistência técnica; f) efetuar obras de renovação, melhoria e valorização dos recursos naturais; g) incrementar a eletrificação e a industrialização do meio rural; h) facultar a criação de áreas de proteção à fauna, à flora ou a outros recursos naturais, a fim de preservá-los de atividades predatórias." (art. 18 do Estatuto da Terra).

Repara-se que são diversos os projetos que incorporam o que se entende por função social da propriedade. A reforma agrária não se trata apenas de consertar defeitos

no uso, posseção e acesso à terra, mas sim um conceito formado em decorrência da função da propriedade da terra.

O autor Marcos Prado de Albuquerque (2006) constata que a Lei de Terras concede o privilégio da desapropriação em benefício da sociedade por meio da alínea a, do art. 17 e do art. 18, caput, alegando que o Estado só nomeará a desapropriação em seu art. 24 como finalidade da reforma agrária. No entanto, o autor ressalta que a desapropriação a termo de interesse social para fins de reforma agrária não consta no texto estatutário, e complementa:

“Entretanto, já que a compreensão de reforma agrária é dada pelo Estatuto da Terra e é o momento legal em que se configuram os elementos do conceito pré-falado de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, não se pode deixar de reconhecer que é no Estatuto da Terra que o instituto tem a sua consolidação primeira.” (ALBUQUERQUE, 2006, p. 164).

Levando em consideração que a definição de desapropriação de terras em benefício da sociedade para reforma agrária neste trabalho tem suas origens no ordenamento jurídico brasileiro, com o surgimento da lei nº 4.132/62 e que, com a Emenda nº 10 à Constituição de 1946, de novembro de 1964, tem-se um claro dispositivo constitucional que, quando consolidado, é regido pela Lei de Terras estipuladas.

Conclui-se, a partir disso, que qualquer terreno que não tenha a utilidade exclusiva de imóvel rural pode ser requisitado para fins de reforma agrária por interesse social, e as pequenas e médias propriedades rurais não estão isentas de tal desapropriação. A ênfase na expropriação de interesses sociais para fins de reestruturação agrária cumpre a função social de distribuição justa da terra.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A desapropriação para finalidades agrárias é um meio pelo qual o Estado intervém nos direitos individuais de propriedade tendo como ponto de partida o interesse público, e reflete o princípio de que o interesse público é superior ao interesse privado. Essencialmente, procura o bem-estar comunitário, permitindo que as sociedades vivam em paz social, ou seja, produzindo pacificamente o bem-estar coletivo e mantendo-se organizadas.

O instituto da expropriação é sinônimo de desapropriação, tanto deste tipo como daquele, e não pode ser objeto de estudo, isolado do instituto que o constitui. São direitos de propriedade, um direito de propriedade, a constituição garante toda a coletividade,

conceituada no Código Civil 1228, que atribui o direito de usar, fruir, dispor e restaurar bens, esses pressupostos realmente não precisam estar concentrados em um único os seres têm o direito de existir independentemente.

Os direitos de propriedade foram inicialmente considerados absolutos, exclusivos e irrevogáveis, mas com o desenvolvimento da sociedade, os aspectos políticos, econômicos e as regras que os regem, a estrutura dos direitos de propriedade mudou e gradualmente se tornou autoritária, e excludente, dando lugar ao cumprimento das funções sociais.

A propriedade então sobe para o seguinte nível e também é responsável por sustentar o bem-estar e a tranquilidade da comunidade, deputando a mesma responsabilidade, não mais assim, a propriedade é somente um método de construir riqueza e poder aquisitivo para o proprietário, então fazendo um compromisso com a sociedade ao seu redor.

De acordo com toda exposição, é notório que a Reforma Agrária é conseguir a melhor distribuição da terra do nosso país, mas também usar a terra corretamente e avaliar se suas funções sociais são cumpridas de acordo com a lei. Combate o latifúndio para promover a distribuição equitativa da terra.

Os proprietários de terras cumprem sua obrigação de proteger o solo e outros patrimônios naturais renováveis e cultivá-los conforme as regras para a máxima eficiência e o melhor padrão de execução. Por outro lado, o Estado tem a responsabilidade de tomar uma série de precauções para dar condições a fim de que os indivíduos atuem dessa forma, em outros termos, oferecer a colonização, o uso dos terrenos públicos, a variação do rendimento e a importância do trabalho. Também organiza com mais qualidade a negociação dos produtos agrícolas e a inclusão das famílias de agricultores e comunidades rurais no progresso de expansão nacional. Portanto, a desapropriação, dentro do âmbito da Lei, é a melhor maneira da propriedade rural alcançar sua finalidade social, resultando consoante com sua habilidade e competência.

Conclui-se, portanto, que a desapropriação de terras para fins de reforma agrária pode solucionar divergências, sobretudo os que envolvem partidos sociais na repartição de terras em no país, visto que a maior parte dos problemas está relacionada a demandas agropecuárias. Essas questões refletem a história da propriedade do Brasil desde a colônia real portuguesa, marcada pela origem de caciques hereditários, que muito colaboraram para a composição dos latifúndios. Porém para que essa reforma agrária forneça o efeito desejado, o Estado deve atuar de acordo com a lei, porque a propriedade é um direito real

que não pode ser rompido. Ele também deve formular planos de política fundiária com os que se estabelecem, pois a mera desapropriação de terras não isenta o poder público de fiscalizar o funcionamento social dos assentamentos. O trabalhador também deve estabelecer uma ligação com a propriedade que lhe foi dada. Compreende-se que delegação da propriedade não deve ser cedida para quem deseja a terra, uma vez que não é em todo caso que o indivíduo tem discernimento de sua função social.

REFERÊNCIAS

Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993. **Dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal.** Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 26 de fevereiro de 1993.

INCRA, **História da Reforma Agrária.** Disponível em:
<<http://www.incra.gov.br/reformaagrariahistoria>>. Acesso em 30 de abril de 2016.

ALBUQUERQUE, Marcos Prado de. Desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária. In: BARROSO, Lucas Abreu; MIRANDA, Alcir Gursen de; SOARES, Mário Lúcio Quintão. **O direito agrário na Constituição.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BORGES, Marcos Afonso. O processo de desapropriação para fins de reforma agrária. In: LARANJEIRA, Raymundo (coord.). **Direito agrário brasileiro.** São Paulo: LTR, 1999.

BRASIL. **Estatuto da terra.** Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 2004. Disponível em:
<http://www.dji.com.br/leis_ordinarias/1964-004504-et/estatuto_da_terra.htm> Acesso em: 10.abr.2018.

ARAÚJO, Telga. A propriedade e sua função social. In: LARANJEIRA, Raymundo (Coord). **Direito agrário brasileiro.** São Paulo: Ltr, 1999.

SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch da. Direito agrário e propriedade. In: SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch da e LIPPEL, Alexandre Gonçalves. **O direito agrário em debate.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Texto Promulgado em 05 de outubro de 1988. Disponível em:
<http://www6.senado.gov.br/con1988/CON1988_05.10.1988/CON1988.htm>. Acesso em 15.abr.2018.

BRASIL, 1964. Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964. **Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências.** Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 30 de novembro de 1964.

BORGES, Antônio Moura. **Curso completo de direito agrário** – 4ª. Ed. – Campo Grande: Contemplar, 2012.

TANAJURA, Grace Virginia Ribeiro de Magalhães. **Função social da terra, com destaque para a terra, no Brasil contemporâneo**. São Paulo: Ltr, 2000.

Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850. **Dispõe sobre as terras devolutas do império**. Coleção das leis do Brasil, Poder Executivo, Rio de Janeiro, RJ, 18 de setembro de 1850.

MARQUES, Benedito Ferreira. **Direito agrário brasileiro** – 11ª. Ed. rev. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2015.

Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946. **Dispõe sobre os bens imóveis da União e dá outras providências**. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Rio de Janeiro, RJ, 6 de setembro de 1946.

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. **Desapropriação para fins de reforma agrária**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

MARQUESI, Roberto Wagner. **Direitos reais agrários & função social**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

BARROS, Wellington Pacheco. **Curso de direito agrário**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. Vol I.

BARROS, Wellington Pacheco. **Curso de direito agrário**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. Vol I.

BESERRA, Marcelo. **Desapropriação no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SALLES, José Carlos de Moraes. **A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ALBUQUERQUE, Marcos Prado de. Desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária. In: BARROSO, Lucas Abreu; MIRANDA, Alcir Gursen de; SOARES, Mário Lúcio Quintão. **O direito agrário na Constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ROCHA, Eliana Pires. Desapropriação por interesse social para reforma agrária, “ratificação da posse” e direito à indenização. In: SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch da e LIPPEL, Alexandre Gonçalves. **O direito agrário em debate**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

FERREIRA, Adegmar José; TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco; FRANCO, Rangel Donizete. **A função social da terra e as ações possessórias**. Revista da Faculdade de Direito da UFG, Goiânia,

v. 37, n. 2, p. 142-163, jul./dez. 2013. Disponível em:
<https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/30127/16546>. Acesso em 30 de jun 2022.

MELO, Thiago da Silva. **Latifúndio e descumprimento da função social da terra no Brasil**. CAMINHOS DE GEOGRAFIA: revista online, Uberlândia - MG, v. 20, n. 71, p. 137-151, set. 2019. Disponível em: <https://seer.ufu.br/index.php/caminhosdegeografia/>. Acesso em 30 jun 2022.

ARAÚJO, Ionnara Vieira; TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. Apropriação de terras no Brasil e o instituto das terras devolutas. RFD - Revista da Faculdade de Direito da UERJ, v. 1, n. 19, jun./dez 2011. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1716>. Acesso em 30 jun 2022

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DIREITO A HONRA: QUANDO É OFENSA E QUANDO É OPINIÃO?

JOSÉ VICTOR DE LUNA SILVA:

Acadêmico do curso de Direito na
Universidade UNIRG, Gurupi – TO

VERÔNICA SILVA DO PRADO DISCONZI

(orientadora)⁴⁵⁷

RESUMO: Na perspectiva de analisar a liberdade de expressão como princípio da dignidade humana e também chamado de direitos fundamentais, bem como a proteção estatal estabelecida pela Constituição da República Federativa do Brasil, não sendo este direito de forma absoluta podendo em determinado caso sofrer limitações para que cesse o abuso de seu uso para ofender o direito alheio. Portanto esse trabalho, fruto de pesquisa bibliográfica, tem o objetivo de promover um estudo histórico de como esses direitos fundamentais começaram a surgir, as garantias constitucionais que o Estado brasileiro por meios de pactos internacionais passou a garantir internamente, analisar princípios que servem para balancear os conflitos gerados entre estes princípios fundamentais ou princípios equivalentes, bem como há análise de casos concretos e comentar sobre os conflitos ocorridos.

Palavras-Chaves: Liberdade de Expressão, Dignidade humana, Proteção Estatal, Limitação, Ofensa.

Abstract: In the perspective of analyzing freedom of expression as a principle of human dignity and also called fundamental rights, as well as the state protection established by the Constitution of the Federative Republic of Brazil, this right is not absolute and may, in a given case, be limited to stop the abuse of its use to offend the rights of others. Therefore, this work, the result of bibliographic research, aims to promote a historical study of how these fundamental rights began to emerge, the constitutional guarantees that the Brazilian

457 Graduada em Direito na FAFICH (2000); Pós- Graduada em Direito do Trabalho e Processo Trabalhista pela Anhanguera (2005); Mestre em Gestão Pública pela UFT (2018); Professora na Unitins de Palmas/TO; Diretora-Geral da ESA-TO (Gestão atual), Professor Universitário de Direito na Universidade UnirG, Gurupi/TO. E-mail: veronicaprado@unirg.edu.br

State through international pacts began to guarantee internally, analyze principles that serve to balance the conflicts generated between these fundamental principles or equivalent principles, as well as analyzing concrete cases and commenting on the conflicts that occurred.

Keywords: Freedom of Expression, Human Dignity, State Protection, Limitation, Offense.

Sumário: Introdução. 1. Liberdade De Expressão; Dignidade da Pessoa Humana E Proteção Estatal. 2. Liberdade De Expressão E A Limitação Devido A Ofensa Do Direito Alheio. 3. Proporcionalidade, Razoabilidade E Ponderação. 4. Análise De Casos. Considerações Finais. Referências Bibliográficas

INTRODUÇÃO

A sociedade incansavelmente vem se modificando a cada dia, fazendo assim que o direito diariamente venha se transformando, ambos se encontra em constante metamorfose, criando costumes, garantindo direitos, extinguindo-os de diferentes maneiras e modos, desde o princípio da formação da sociedade o homem vem lutando pelos seus direitos, criando mecanismos que o garantem e os tornem fundamentais para o coletivo humano, e chamando-os de Direitos Fundamentais.

Assim nos ensina o Ministro Luís Roberto Barroso, "Os direitos fundamentais nascem historicamente, como direitos individuais, voltados para a proteção do indivíduo em face do Estados", vemos a todo os instantes a necessidade do homem em garantir tais direitos, vendo assim a sua importância e por se tornar fundamental em nossa sociedade coletivamente ou individualmente sendo inúmeros direitos que o homem pode usufruir, muito se fala que a liberdade não pode ser retirada de nós, portanto existe um limite a esta liberdade.

Mais precisamente focando em liberdade de expressão, o qual muito se fala, reconhecemos a necessidade do ser humano em se expressar e o quanto é fundamental o direito, pois muitas mutações na sociedade ocorreram devido ao uso da expressão em massa contra regimes de governo, reivindicações por melhorias em legislações para determinada parcela social, a liberdade do homem em se expressar determinou a construção nossa atual Constituição Brasileira.

Porém por meio de pesquisas bibliográficas perceberemos que o uso desse direito não é de forma absoluta, tendo assim limites para que o excesso do uso desse direito em

exercício não ofenda o direito de outro indivíduo gerando assim alguma forma de conflito, muitos se agarram ao uso absoluto desse direito para ofenderem outras pessoas, coletividade, e até mesmo cometer atentados contra Instituições Democráticas de Direito; deixando o questionamento a nós qual a barreira que se pode exercer o uso da liberdade de expressão sem sofrer qualquer tipo de sanção por estar ofendendo a um indivíduo, coletividade ou instituições?

1. LIBERDADE DE EXPRESSÃO; DIGNIDADE HUMANA E PROTEÇÃO ESTATAL

Dentre todas as liberdades conquistadas pelas sociedades e pelo o homem desde as suas origens, a liberdade que talvez pode ser considerada uma das mais importantes assim como a de ir e vir, pois desde a origem do homem e suas sociedades, sendo ela a liberdade de expressão; que ajudou a construir os mais variados avanços em nossos meios, bem como a construção do direito, sendo a mesma considerada princípio da dignidade da pessoa humana, pois um homem que não pode expressar o seu interior é como se aprisionar-se sem grades e correntes, sendo uma das maiores espécies de tortura contra a dignidade do homem.

Por variadas formas de governo ao redor do Globo, tal liberdade foi tirada de seus cidadãos, motivo pelo qual foi uma “desculpa” para gerar e perseguir um “inimigo”, pelo fato de exteriorizar algo que julgado pelos que estavam no poder viam como um crime, em nosso País houve partes da história em que momentos assim nele vivido nos foi tirado de forma brusca, sendo que o dever do Estado é proteger e assegurar determinada liberdade.

Tratando de dignidade humana, temos a sua origem logo ao término da segunda grande guerra, evento que inúmeros direitos foram dilacerados, mas trouxe evoluções aonde o homem passa a ver mais ainda o ser humano como ser humano, e então como nos ensina o Ministro Luís Roberto Barroso “a ideia de dignidade humana se tornou o centro axiológico dos sistemas jurídicos e a fonte de irradiação dos direitos humanos” , começou a surgir eventos em que países se uniram e pactuaram na defesa desse princípio bem como surgiu a Declaração de Universal de Direitos Humanos em 1948, refletindo assim em várias constituições de países, bem como a criação de cortes em defesa de tais direitos, sendo então chamado de direitos humanos, conceituando assim no entendimento de Luís Roberto Barroso “Direitos humanos são valores morais sob a forma de direitos” ,

sendo então valores construídos pela sociedade de protegidos e regulamentados pelo Estado.

Ao olhar para a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 vemos expressamente a proteção desse direito, manifestando assim a vontade de proteger determinado direito em seu preâmbulo “[...] destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade [...]” , dizendo então que uma das intenções desta constituição e proteger a liberdade sendo uma dessas liberdades a de se expressar, logo em seu primeiro artigo tendo como fundamentos para a formação do Estado Democrático de Direito sendo a dignidade da pessoa humana;

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

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

Continuando a análise da Carta Magna, no artigo 5º, caput, vemos o começo do desejo do preâmbulo a se concretizar, passando então a liberdade ser protegida por ela no título dos direitos e garantias fundamentais,

[...]

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

Sendo desta forma uma obrigação que o Estado assume expressamente em proteger, e nesse modo no decorrer de seus 78 incisos, vai estreitando cada vez mais quais direitos será de sua obrigação, sendo a liberdade já expressa em seu caput, porém no seus incisos IV e IX, ela traz de forma clara recursos que assegurará o direito do exercício da liberdade de expressão, sendo a manifestação do pensamento e a expressão de atividades intelectuais, artísticas, científicas ou de comunicação:

[...]

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
[...]

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

[...]

Vejamos o que nos traz os tratados internacionais do qual o Brasil compactua, sendo eles a Declaração de Universal de Direitos Humanos conhecida também como DUDH, e o Pacto de São José da Costa Rica, gerando assim reflexos em nosso ordenamento jurídico brasileiro, começando a análise da DUDH em seu artigo terceiro traz a liberdade como forma de proteção e zelo por ela:

Art. 3. Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Importante observar no decorrer deste pacto o cuidado em que a declaração das nações unidas tem ao se tratar da dignidade da pessoa humana e a proteção de seus direitos, continuando a proteção das liberdades humanas bem como a de interesse de nosso estudo a liberdade de expressão, o artigo 19 nos traz a seguinte redação:

Art.19 Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; esse direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

Não nos restas dúvidas de que a DUDH reflete diretamente em nosso ordenamento jurídico, tanto ela como a nossa Constituição com a preocupação de resguardar a dignidade da pessoa humana, por meio da construção de seus valores morais transformados em direitos humanos, não a declaração universal única temos também o Pacto de São José da Costa Rica, que nos concede o prazer de sua análise, dispondo questões pactuadas entre países e o Brasil fazendo parte do mesmo, trazendo em seu corpo preocupações com a dignidade humana e seu desejo em assegurar os direitos para uma melhoria, portando com sigo o seu artigo 13:

Artigo 13 - Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:

a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;

b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.

5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

Notavelmente a preocupação dos que pactuaram para uma melhor proteção dos direitos humanos, sendo o mesmo trouxe melhores conceituações do que a DUDH, mas ambas de grande importância para o direito brasileiro. Infelizmente ou felizmente, não sabemos ao

certo, nenhum direito é de forma absoluta sendo então suscetíveis de violações e ignorâncias.

Notavelmente a preocupação dos que pactuaram para uma melhor proteção dos direitos humanos, sendo o mesmo trouxe melhores conceituações do que a DUDH, mas ambas de grande importância para o direito brasileiro. Infelizmente ou felizmente, não sabemos ao certo, nenhum direito é de forma absoluta sendo então suscetíveis de violações e ignorâncias.

Portanto liberdade de expressão trata-se de princípios de dignidade humana, conceito moral da necessidade do homem de manifestar o seu interior, seja em meio científico, artístico, comunicação entre várias outras formas de manifestar tal direito, podendo sofrer dentro da lei limitações legais, se não fosse o direito de exercer essa liberdade trabalhos como este talvez não poderia ser escrito, porém ao analisar ocorridos contemporâneos no Brasil, trata-se de limitações ou violações dessa liberdade?

2. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A LIMITAÇÃO DEVIDO A OFENSA DO DIREITO ALHEIO

A ofensa em sua significância de lesão, algo que fere a dignidade bem como a violação de determinada regra, ou seja, algo que sai de minha esfera e passa a atingir a esfera de outra pessoa ou sociedade, exemplificando; exercer o direito de liberdade de expressão, escrevendo um trabalho artístico, aproveitando para imputar a alguém falsamente determinada conduta em que ela não cometeu; sendo por este fato a necessidade de limitar o exercício daquele direito.

O artigo 5º em seu inciso IV, podemos observa-lo como um núcleo para a liberdade de expressão, pois ele nos diz que é livre a manifestação do pensamento, portanto mais adiante no inciso IX nos diz que é livre a expressão intelectual, científica, artística, comunicação, bem como em incisos decorrente garante diversos direitos que permite gozarmos da liberdade de se expressar.

Sejamos atentos que esses direitos não são absolutos, ou imutáveis, porem são invioláveis, não devem ser retirados proibindo o seu exercício de uso, quando se restringi um direito fica um mínimo necessário para que a pessoa possa goza-lo; quando se ataca um direito alheio usando como escudo o exercício da liberdade de expressão, e natural que ocorra um contra ataques de forma justa e proporcional, assim nos ensina o Professor Pedro Lenza: "Caso durante a manifestação do pensamento se cause dano material, moral

ou à imagem, assegura-se o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização.”⁴⁵⁸, quando a manifestação de expressão é utilizada de forma errônea observa-se quantos princípios da dignidade da pessoa humana e fundamentais podem vir a ser feridos, observa-se o ainda o artigo 5º, X, da Constituição Federal “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”⁴⁵⁹, sendo também princípios invioláveis estabelecidos pela nossa lei maior, casos assim obriga então o uso dos institutos da ponderação e proporcionalidade, onde a “ponderação consiste na otimização de princípios concorrentes”,⁴⁶⁰ nos ensina o Ministro Barroso, ou seja quando princípios de força igual ofendem outro é necessário extrair o máximo que se tem proveito desses princípios na procura de um melhor resultado na sua aplicabilidade, ainda no ensinamento do Ministro Barroso a proporcionalidade e “como um mecanismo instrumental para aferir a legitimidade das restrições a direitos fundamentais”⁴⁶¹, sendo assim está a proporcionalidade sempre em busca de impedir abusos que podem ser gerados ao se limitar um direito fundamental, para que mesmo em sua restrição não sofre a violação de seu direito.

Temos como exemplos vários julgados pela suprema corte de direitos ofendidos pela liberdade de expressão, chegando até o judiciário em que o julgador teve que invocar a ponderação e a proporcionalidade para analisar o caso concreto, sem correr o risco de cometer abusos e nem suprimir os direitos fundamentais ofendidos, questões essas que chegaram também ao legislador brasileiro, estabelecendo parâmetros entre esses direitos para que não ocorra abusos e submissões destes direitos, temos como exemplo isso a prática de racismo.

Não podemos negar que constituições passadas trouxeram em seu corpo proteções a liberdade de expressão, mas, em determinadas partes da histórias os mesmo foram ignorados e assim violados pelos que deveriam proteger, as próprias constituições trazem

⁴⁵⁸ Lenza, Pedro Direito constitucional esquematizado / Pedro Lenza. – 23. ed. – São Paulo : Saraiva Educacional, 2019 (Coleção Esquematizado)

⁴⁵⁹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

⁴⁶⁰ Barroso, Luís Roberto Curso de direito constitucional contemporâneo : os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo / Luís Roberto Barroso. – 8. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

⁴⁶¹ Barroso, Luís Roberto Curso de direito constitucional contemporâneo : os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo / Luís Roberto Barroso. – 8. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

consigo limites dos usos desses direitos bem como a constituição de 1937 no seu artigo 123, pode nos conceituar da melhor forma o uso dessa liberdade fundamental: [...] O uso desses direitos e garantias terá por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado em nome dela constituído e organizado nesta Constituição.⁴⁶²

Portanto mesmo se tratando da dignidade da pessoa humana e todas as proteções por meio de legislações e pactos internacionais estão sensíveis a sofrerem limitações legais ou seja amparadas pela lei sendo então vedada outra forma que não seja pela lei ou pelos princípios de ponderação e proporcionalidade aplicada pelo julgador.

3. PROPORCIONALIDADE, RAZOABILIDADE E PONDERAÇÃO.

Quando dois ou mais princípios de mesma importância, igualdade ou dignidade se encontra em colisão e necessário que usemos mecanismos para arbitrar estes princípios para que se possa repelir determinada agressão de um direito e assim reparar a quem foi ofendido, como vem acontecendo em nossa contemporaneidade a todo momento noticiasse atentados contra direitos fundamentais, para estes mecanismo e de suma importância entender que eles não retiram o direito do agressor ao direito alheio, ele apenas o “rebaixa” para que o outro prevaleça sendo ele o ofendido ou o ofensor, dependendo do caso ocorrido concretamente.

Estes mecanismos ou princípios são a proporcionalidade, razoabilidade e a ponderação, quando ocorrido o fato são aplicados em nome da justiça para proteger um determinado direito, observamos em noticiários casos de ofensas/lesão a direitos fundamentais, como exemplo a liberdade de expressão por atos atentatórios contra esse direito, bem como o proveito deste princípio para lesionar o direito do próximo, a título de exemplo o caso em que o MEC (Ministério da Educação) em 7 de fevereiro de 2021 proibiu manifestações políticas em universidades, porém no dia março de 2021 o próprio “MEC volta atrás e cancela ofício que proibia manifestações políticas em universidades”⁴⁶³ pelo fato de observar que estava ferindo a liberdade de expressão de alunos e professores, caso em que se viesse para o mundo judicial, o julgador ira pegar o caso concreto colocar a um

⁴⁶² BRASIL. Constituição (1937) Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1937.

⁴⁶³ <https://g1.globo.com/educacao/noticia/2021/03/05/mec-volta-tras-e-cancela-oficio-que-proibia-manifestacoes-politicas-em-universidades.ghtml>

lado da balança e no outro colocara o direito, e aplicará estes mecanismos para uma decisão justa estabelecendo parâmetros dentro daqueles princípios.

A proporcionalidade e um princípio implícito em nossa carta cidadã, apesar de ser parecido com o princípio da razoabilidade eles não se confundem, tratando aquele de um princípio que visa vedar os excessos bem como as insuficiências, sendo dividido a proporcionalidade em três partes sendo elas a i) adequação, ii) necessidade e a iii) proporcionalidade em sentido estrito, sendo a primeira subdivisão determinada forma em que uma medida produza de sua ação um resultado, nos ensina Elpídio Donizetti “passo que possui relação de causa e efeito entre os objetivos e os meios utilizados para alcançá-lo”⁴⁶⁴, sendo analisado se e adequado os objetivos em que se quer atingir com os objetos que pertenceram a chegada desse fim; já a necessidade entendemos como uma forma de onerosidade, ou seja, se tiver uma forma que não e gravosa ou menos gravosa será vedada a forma mais gravosa, trazendo assim o entendimento que e legal somente a forma necessária a ser usada sendo vedada o excesso dessa ação para atingir o fim, ainda no ensinamento de Elpídio Donizetti “deve-se indagar sobre a existência de outra medida igualmente eficaz, mas com efeitos menos gravosos para as partes e para o processo”⁴⁶⁵, por fim a terceira subdivisão proporcionalidade em sentido estrito consiste na análise se os fins resultados justificam os meios que foram usados, sempre deixando a popular pergunta: “os fins justificam os meios?” a necessidade em sentido estrito em um conceito mais simplificado que foi trago pelo Ministro Barroso “ o que se ganha é mais valioso do que aquilo que se sacrifica”⁴⁶⁶, entendido por outros autores que a necessidade em sentido estrito se mistura com a razoabilidade.

Quanto a razoabilidade entendida por doutrinadores que passou a expressar um conceito material da justiça, sendo ligados ao senso comum, portanto nos ensina Elpídio Donizetti “princípio ligado à prudência, à sensatez, à coerência, que tem por escopo nortear o pronunciamento judicial a fim de que este acate as finalidades da lei que atribuiu ao magistrado determinada discricionariedade”⁴⁶⁷, a exemplo que Luís Roberto Barroso

⁴⁶⁴ Donizetti, Elpídio Curso de direito processual civil / Elpídio Donizetti. – 23. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.

⁴⁶⁵ Donizetti, Elpídio Curso de direito processual civil / Elpídio Donizetti. – 23. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.

⁴⁶⁶ Barroso, Luís Roberto Curso de direito constitucional contemporâneo : os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo / Luís Roberto Barroso. – 8. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

⁴⁶⁷ Donizetti, Elpídio Curso de direito processual civil / Elpídio Donizetti. – 23. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.

nos traz deixa mais claro, “ não e razoável, por exemplo: pagar gratificação de férias a servidor inativo”⁴⁶⁸.

Por fim a ponderação, princípio que assume um papel de extrema responsabilidade, lhe dando diretamente com conflitos entre direitos fundamentais e/ou em face de outros direitos relevantes a tal, a exemplificação em junho de 2020 fogos foram lançados contra a Suprema Corte deste País em um ato de manifestantes denominados 300 do Brasil⁴⁶⁹, simulando uma forma de bombardeio contra a Corte, vejamos que uso do princípio da liberdade de expressão seguradas aos manifestantes de expressar suas opiniões contra a Corte entra em rota de colisão em face da dignidade da mesma, visando que o Supremo Tribunal pertence a um das instituições do Estado Democrático de Direito, sendo um direito tão relevante quanto a liberdade de expressão que está ligada a dignidade da pessoa humana, seguimos a linha de raciocínio do Ministro Alexandre de Moraes que em um vídeo enquanto falava sobre o caso do Deputado Eduardo da Silveira também usou o direito de liberdade de expressão para atentar contra o Estado Democrático de Direito defeso pela Lei Maior, que a liberdade de expressão “não se confunde com liberdade de agressão”⁴⁷⁰, em casos como os que foram citados acima entra em cena a ponderação para que haja um melhor raciocínio e transparência perante o problema gerado, nos ensinando o ministro Luís Roberto Barroso que “ponderação consiste em atribuir pesos diferentes aos elementos jurídicos e factuais em questão, de modo a definir qual direito, bem jurídico ou princípio terá precedência na situação concreta em exame”⁴⁷¹

Portanto antes de submeter um princípio fundamental ou direito relevante como os casos citados acima e necessário trilhar um caminho aplicando na balança o fato ocorrido, o direito, e princípios que balanceiem visando que um direito/princípio fundamental não

⁴⁶⁸ Barroso, Luís Roberto Curso de direito constitucional contemporâneo : os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo / Luís Roberto Barroso. – 8. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

⁴⁶⁹ <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/06/14/grupo-de-apoiadores-de-bolsonaro-lanca-fogos-de-artificio-contr-o-predio-do-stf.ghtml>

⁴⁷⁰ <https://g1.globo.com/politica/video/video-liberdade-de-expressao-nao-se-confunde-com-liberdade-de-agressao-diz-moraes-9472566.ghtml>

⁴⁷¹ Barroso, Luís Roberto Curso de direito constitucional contemporâneo : os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo / Luís Roberto Barroso. – 8. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

seja “maior” que outro, mas que perante o fato que está ligado um se submeta ao outro, desde que não se perda a essência ou o núcleo do direito que está submetido ao outro.

4. ANÁLISE DE CASOS

Analisaremos casos concretos ocorridos contemporaneamente sob a óptica crítica observando o direito e aplicação dos mecanismos arbitrários quando estes entram em colisão um ao outro, sendo direitos fundamentais contra si ou direitos fundamentais em face de direitos relevantes.

O caso aconteceu em junho do ano de 2020, manifestantes denominados 300 do Brasil apoiadores do atual Presidente da República, em atos de manifestações lançou fogos de artifícios contra o STF (Supremo Tribunal Federal) sendo claro que estava sendo em uso o direito de liberdade de expressão já que se encontravam em manifestações até então direito protegido pela Constituição Federal e dever do Estado a proteger este direito do cidadão de manifestar e exercer a sua liberdade pra se expressar, portanto durante o gozo do direito manifestantes lançaram fogos de artifício passando a ofender ao nosso ver a honra da Suprema Corte, um dos Poderes assegurados pela Carta Magna, bem como uma das instituições do Estado Democrático de Direito, na qual quando se atenta contra estas imputa crime pois são extremamente necessárias para a Organização e Soberania do Estado, foi então aberto procedimentos investigatórios contra o ato; vejamos que a liberdade de expressão não foi de forma absoluta pois quando no uso deste houve um determinado excesso no ato quanto foi lançado rojões contra o Supremo ofendendo tanto quanto a honra do Tribunal como ameaças aos ministros e atos atentatórios contra o Estado ferindo assim a sua moral, sendo ordenada a prisão de manifestantes que foram identificados durante o ato.

Sendo aplicado princípios como a proporcionalidade, que visou seguir o excesso provocado pelos manifestantes quanto ao uso da liberdade; a razoabilidade, deixando a angústia “será se e coerente em um protesto lançar fogos de artifícios representando bombardeio contra uma instituição democrática?”; por fim o uso da ponderação pois a defesa da harmonia do Estado e importante o tanto quando a dignidade da pessoa humana no gozo da liberdade de expressão.

Na mesma linha de atos atentatórios contra as instituições democráticas o então Deputado Federal Eduardo Silveira por meio de vídeo fez declarações defesas ao AI-5 (Ato Institucional número 5) ato que durante a Ditadura/Regime militar ocorridos entre os

anos de 1964 a 1988 quando promulgada a nossa Carta Mor, foi um dos maiores mecanismos de repressão e censuras contra liberdades e até mesmo destituiu determinadas instituições democráticas do Estado de direito, sendo ato hoje não acolhido pela nossa Constituição, declaração essa que entendemos ofensa a dignidade dessas instituições bem como a moral do Estado, o então Deputado foi preso em sua residência pela Polícia Federal em flagrante determinado pelo então Ministro do STF, do qual acarretou ofensas ao Tribunal, fato ocorrido em fevereiro de 2021 por meio das redes sociais.

Em janeiro de 2020 a Netflix por meio de uma sátira humorista que insinua que Jesus teve uma experiência gay uma associação entrou com ação para que tirasse de exibição a produção feita, sendo concedida pela justiça do Rio de Janeiro até que se julga-se o mérito, portanto por meio de uma liminar o Ministro Dias Toffoli permite que a produtora faça a exibição do seu especial de natal, percebe-se que a liberdade de expressão suprimiu a liberdade religiosa, segundo a decisão do ministro uma sátira não abalaria uma fé que já vem a mais de dois mil anos, dando parâmetros dentro da proporcionalidade não observando excesso, na esfera da razoabilidade, ou seja no senso comum não foi avistado meios que abalasse uma fé constituída a mais de dois mil anos, e por último e visto a ponderação entre a liberdade de expressão e a crença.

Vejamos que determinados fatos e diversos tipos de direitos e garantias fundamentais e relevantes não são absolutos, sendo visível em casos exemplificados que estão sujeitos a limitações e a cederem lugar ao outro, mas nota-se que em momento algum foi retirado o direito que ficou submetido ao outro, sendo sempre permanecido o núcleo do direito "submisso" os exemplos acima citados todos se referem a liberdade de expressão, sendo os dois primeiros tal direito cedeu lugar para a proteção do Estado e suas Instituições e o mais importante e que o núcleo da liberdade de expressão não foi retirado ou censurado somente sofrendo consequências pelo excesso do seu uso, já no terceiro exemplo a liberdade de expressão prevaleceu acima dos demais e os que foram submetidos não perderam o seu núcleo.

Deste modo notamos a importância desses direitos bem como a importância de suas limitações e o uso de mecanismo que balanceiem o uso e consequências desses direitos por meio da proporcionalidade razoabilidade e ponderação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De forma notável a importância destes direitos como a dignidade da pessoa humana, protegida por legislações e constituições que protegem direitos humanos em diversas partes do mundo, protegendo diversos direitos que não podem ser violados do ser humano, como as diversas formas de liberdade incluindo a de expressão, extinguir tal direito do homem e um dos terríveis tipos de ameaças já existentes, vindo então a figura do direito para proteger e balancear este direito entre indivíduos que possuem o mesmo direito ou princípios equivalentes, para que nenhum suprima o direito alheio ou aproveite deste direito para provocar a bñlis.

Percebe a atuação do Estado para proteger estes direitos, por meio de legislações e pactos na intenção de cada vez mais trazer maior segurança jurídica sem que o direito a dignidade humana seja usurpado, notando assim a nossa Carta Maior no rol do seu artigo quinto, dispondo normas que são estritamente sobre a dignidade da pessoa humana e assim através dela os legisladores criarem normas que cada vez mais traga mais proteção através do Estado.

Por mais que seja um princípio da dignidade da pessoa humana jamais notamos e admitimos que estes direitos tem a sua característica de ser absoluto, ou seja, ele pode ser diminuído em casos concretos cedendo uma parcela do seu para dar a outrem desde que não se perca o núcleo do princípio, exemplificaremos com o próprio direito de liberdade de expressão; nós enquanto cidadãos de um estado podemos criticar uma instituição democrática de direito, mas jamais usar desse direito para atentar contra, defendendo comportamentos que lesionam pois as mesma tem caráter de direito equivalente a liberdade de expressão.

Temos princípios norteadores como razoabilidade, proporcionalidade e ponderação, exercendo a figura de suma importância para que o julgador não retire o direito alheio e dê de forma desregrada a outrem, como no exemplo citado o magistrado aplicando de forma correta não extinguirá o direito do cidadão em se expressar e criticar de forma saudável a instituição, mas, quando o mesmo passa a lesionar será retirado uma parcela e dado ao ofendido, mantendo assim o equilíbrio, bem como nos demais casos anteriormente expostos, verificamos que o julgador não extinguiu o direito mas apenas o "rebaixou" para que o outro prevaleça naquele caso concreto de uma forma mais atuante.

Vemos a importância da atuação do direito em garantia de direitos fundamentais e sempre a sua preocupação em dar uma resposta de forma justa e correta, por mais que seja complexa o direito não terá como se livrar de uma resposta, no ensinamento do

ministro Barroso “A verdade, porém, para bem e para mal, é que o Direito não tem como se livrar, inteiramente, de algum grau de subjetividade e da dificuldade/impossibilidade de se estabelecer, em casos difíceis, a existência de uma única resposta correta.”⁴⁷²

Portanto existe direitos, princípios e garantias que nasceram junto ao homem quando vem ao mundo após o seu nascimento, direitos, princípios e garantias, estes que tem um grau de importância de extrema relevância, mas que não tem sua forma absoluta, podendo em caso de lesionar outro igual ou de mesmo potencial pode ser suprimido, bem como o dever do Estado em proteger estes mesmo direitos, garantias e princípios com a preocupação de não haver retrocesso e gerar inúmeras violações como ocorreu em diversas partes do mundo e ainda vem acontecendo diariamente, estando assim a sociedade em constantes modificações, buscando cada dia mais avanço nessas questões.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Assembleia Geral da ONU. "Declaração Universal dos Direitos Humanos". 217 (III) A. Paris, 1948.

BRASIL. Constituição (1937) Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1937.

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

Barroso, Luís Roberto Curso de direito constitucional contemporâneo : os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo / Luís Roberto Barroso. – 8. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

1 ed. Sage Publications, Inc, 2008. Organização dos Estados Americanos, Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969.

Donizetti, Elpídio Curso de direito processual civil / Elpídio Donizetti. – 23. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.

⁴⁷² Barroso, Luís Roberto Curso de direito constitucional contemporâneo : os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo / Luís Roberto Barroso. – 8. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

GLOBO NOTÍCIAS. MEC volta atrás e cancela ofício que proibia manifestações políticas em universidades. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/educacao/noticia/2021/03/05/mec-volta-tras-e-cancela-oficio-que-proibia-manifestacoes-politicas-em-universidades.ghtml> Acesso em: 23 de março de 2022

GLOBO NOTÍCIAS. Grupo de apoiadores de Bolsonaro lança fogos de artifício contra o prédio do STF. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/06/14/grupo-de-apoiadores-de-bolsonaro-lanca-fogos-de-artificio-contr-o-predio-do-stf.ghtml> Acesso em: 23 de março de 2022

GLOBO NOTÍCIAS . VÍDEO: Liberdade de expressão "não se confunde com liberdade de agressão", diz Moraes, 03min17s. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/video/video-liberdade-de-expressao-nao-se-confunde-com-liberdade-de-agressao-diz-moraes-9472566.ghtml> Acesso em: 23 de março de 2022

GLOBO NOTÍCIAS. Grupo de apoiadores de Bolsonaro lança fogos de artifício contra o prédio do STF. Disponível:

<https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/06/14/grupo-de-apoiadores-de-bolsonaro-lanca-fogos-de-artificio-contr-o-predio-do-stf.ghtml> Acesso em: 23 de março de 2022

GLOBO NOTÍCIAS. Deputado federal Daniel Silveira é preso em casa após defesa do AI-5 e ataques ao Supremo. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2021/02/17/deputado-federal-daniel-silveira-e-preso-em-casa-apos-defesa-do-ai-5-e-ataques-ao-supremo.ghtml> Acesso em: 23 de março de 2022

GLOBO NOTÍCIAS. Justiça do RJ manda suspender exibição do especial de Natal do Porta dos Fundos Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2020/01/08/justica-do-rj-manda-suspender-exibicao-do-especial-de-natal-do-porta-dos-fundos.ghtml> Acesso em: 23 de março de 2022

LENZA, Pedro Direito constitucional esquematizado / Pedro Lenza. – 23. ed. – São Paulo : Saraiva Educacional, 2019 (Coleção Esquematizado)

UM ENSAIO SOBRE A RELAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE DO DIREITO PENAL E OS INSTITUTOS DESPENALIZADORES

MARIA LETÍCIA DE BRITO FONTENELE

1 INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro, especificadamente na seara penal traz a possibilidade de resolução dos conflitos por meio da conciliação. Torna-se possível no sistema penal a reparação do dano, cujo fundamento está assentado pelo princípio da subsidiariedade e da liberdade como regra no sistema jurídico.

Nesse enfoque estão os institutos despenalizadores do direito penal que tem característica socializadora, com o intuito de impedir a privação da liberdade do agente por delitos cujas ofensas são consideradas menores, bem como a instauração de um processo penal. Essa seria a concretização de que o princípio da intervenção mínima do Estado está sendo observado. Dessa forma, a carcerização seria aplicada quando efetivamente fosse necessária e não em situação em que é possível a liberdade.

2 PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE DO DIREITO PENAL

O princípio da subsidiariedade tem seu início com as propostas do liberalismo econômico, pois defende que o Estado, para ser legítimo, deve ser subsidiário, ou seja, não pode ser regulador de todas as ações. De certo, aquele princípio objetiva limitar o Estado intervencionista. Portanto, nessa concepção o estado conceberia a primazia da sociedade civil (BERCOVICI, 2015).

O referido princípio também foi recepcionado na seara criminal. O direito penal tem o dever de ocupar-se dos bens jurídicos mais importantes para a vida em sociedade, agindo em casos quando a ingerência aos bens jurídicos ocorre de forma mais gravosa. De forma que, só deve intervir quando os demais ramos do direito não conseguem protegê-lo. De acordo com o autor, esse seria o caráter subsidiário do direito penal, o qual, modernamente, tem o papel de prevenir o cometimento de delitos não só aplicar sanções penais ao agente (MASSON, 2018).

De certo, na seara penal, em termos de conflito aparente de normas penais, a norma subsidiária descreve grau menor de violação de um mesmo bem jurídico, isto é, um fato menos grave. Nesse sentido, a norma primária submergirá a subsidiária. Diante disso, aplica-se o princípio da subsidiariedade quando a norma principal for mais grave que a secundária. Entretanto, para saber qual norma incidirá deve ser verificado qual a intenção

do agente, sendo insuficiente fazer a comparação dos tipos penais em abstrato para decidir qual crime coaduna com o fato (SILVA, 2018).

Conforme Masson (2018) o princípio da subsidiariedade é um desdobramento do princípio da intervenção mínima do direito penal. Discorre o autor que o princípio da reserva legal não basta para salvaguardar o indivíduo. Isso porque, o Estado pode criar tipos penais iníquos e instituir penas vexatórias à dignidade da pessoa humana. Diante disso, estabeleceu a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789 em seu art. 8º, que a lei somente deve prever as penas estritamente e devidamente necessárias. Daí o surgimento da intervenção mínima do Estado, confirmando que é apenas legítimo a intervenção penal quando a criminalização de um fato se constitui meio indispensável para a proteção de determinado bem jurídico ou interesse, não podendo ser tutelado por outros ramos do direito.

No entendimento de Masson (2018) os seus destinatários principais seriam o legislador e o intérprete do direito, àquele que estaria responsável por abster-se de incriminar qualquer comportamento. Ao operador do direito a exigência de não proceder à operação de tipicidade quando verificar que o problema seria resolvido com a aplicação de outros ramos do sistema jurídico, em que pese a existência do tipo penal incriminador. O princípio em comento vem sendo utilizado para basear a corrente do direito penal mínimo. E nesse contexto já decidiu o Supremo Tribunal Justiça – STJ, *apud* Masson (2018, p. 52), sobre a aplicação do aludido princípio: “A missão do Direito Penal moderno consiste em tutelar os bens jurídicos mais relevantes. Em decorrência disso, a intervenção penal deve ter o caráter fragmentário, protegendo apenas os bens jurídicos mais importantes de lesões de maior gravidade.”

3 INSTITUTOS DESPENALIZADORES DO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Segundo Masson (2018) as modificações ocorridas na humanidade ao longo dos últimos anos, com fenômenos como a globalização, a massificação dos problemas e a configuração da sociedade de risco criou o direito penal de risco. A prevenção do delito seria um dos meios mais adequados para reduzir a criminalidade. Nos moldes do entendimento de Martín (2007, p. 45) *apud* Masson (2018, p. 105):

O direito penal moderno é próprio e característico da “sociedade de risco”. O controle, a prevenção e a gestão de riscos gerais são tarefas que o Estado deve assumir, e assume efetivamente de modo relevante. Para a realização de tais objetivos o legislador recorre a tipo penal de perigo abstrato como instrumento técnico adequado por excelência. Por ele, o

direito penal moderno, ou ao menos uma parte considerável dele, se denomina como “direito penal de risco”.

Em decorrência disso, a convocação do direito penal de forma contínua acarretou mudanças na estrutura clássica. Isso porque, acredita-se que o poder por ele transmitido mostra-se necessário para suportar os riscos da sociedade, a qual aponta a sensação de insegurança que se tornou institucionalizada ao longo do tempo aliada ao descrédito de outras instâncias de proteção. O chamamento do direito penal para resolver todos os problemas afetaria o seu caráter subsidiário (MASSON, 2018).

Conforme Lima (2018), a lei 12.403/11 ampliou de forma significativa o rol de medidas cautelares pessoais diversas da prisão, proporcionando ao julgador escolha da providência mais ajustada ao caso concreto dentro dos critérios da proporcionalidade e observância ao princípio da subsidiariedade do direito penal, levando em consideração que a liberdade de locomoção é a regra no ordenamento jurídico. Nesse sentido, entende que na busca de alternativas para o cárcere o art. 319 do Código de Processo Penal Brasileiro – CPPB passou a elencar medidas cautelares diversas da prisão preventiva. Para tanto, o juiz deve verificar se tanto a prisão quanto uma das medidas cautelares são idôneas a atingir o fim do processo.

As medidas cautelares são exemplos da tendência do direito penal moderno de priorizar a liberdade ao invés de sua prisão. Destaca algumas medidas cautelares, como o comparecimento periódico em juízo, que tem como objetivo verificar se o acusado permanece à disposição do juízo para prática de ato processual ou para prestar informação sobre algo relevante (LIMA, 2018).

Outra medida seria a vedação de comparecimento ou acesso a determinados lugares quando por circunstâncias relacionadas ao fato deva o indiciado manter-se afastado daquele local. A proibição de manter contato com pessoa determinada relacionada ao fato seria outra medida, bem como, dentre outras medidas, a suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira àqueles que exercem cargos públicos ou função pública (LIMA, 2018).

Conforme Lima (2018), a Lei 9099/95 inseriu 4 (quatro) medidas despenalizadoras em que o consenso entre as partes pode evitar a formação do processo ou mesmo impedir seu prosseguimento, e até mesmo extinguir a punibilidade do autor do fato delituoso quando o processo já iniciou-se e as partes desejam em audiência preliminar resolver a questão. Embasado nisso, defende que a tradicional jurisdição do conflito abdica lugar para a jurisdição do consenso, buscando sempre um acordo entre as partes para evitar aplicação

mais gravosa, dando lugar à pena não privativa da liberdade, evitando o processo. Nesse sentido entende:

Princípios tradicionais da ultrapassada jurisdição conflitiva, como os da inderrogabilidade do processo e da pena (não há pena sem processo), da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal pública, são colocados em segundo plano, dando lugar a um novo paradigma processual penal, que põe em destaque a oportunidade, a disponibilidade, a discricionariedade regrada e a busca do consenso. Se, antes, só havia espaço para o conflito, com obrigatório e inevitável embate entre o Ministério Público (ou querelante) e o acusado e seu defensor, sem nenhum espaço para um possível acordo, nasce com a lei 9099/95 uma nova jurisdição, que passa permitir a busca do consenso no âmbito processual penal (Lima, 2018, p. 1450).

No tocante as medidas despenalizadores, quais sejam: composição dos danos civil onde a vítima renuncia ao seu direito de queixa e representação, extinguindo a punibilidade do agente, tal possibilidade está disposta no art. 74, parágrafo único, da referida lei 9099/95; transação penal – evita a instauração do processo quando aceita pelo acusado, permitindo o imediato cumprimento da pena restritiva de direitos (LIMA, 2018).

Além daquelas, a representação nos crimes de lesão corporal leve e lesão culposa, caso a vítima não represente o suposto autor do fato no prazo decadencial de 6 (seis) meses, a contar do conhecimento da autoria do crime, onde ocorre a decadência do direito de representação e a consequente extinção da punibilidade do agente; a suspensão condicional do processo pode ocorrer quando o juiz recebendo a denúncia submete o acusado a um período de prova onde ele vai ter que cumprir algumas condições, ao final o juiz declara extinta a punibilidade do agente, prevista tal medida no art. 89 da lei acima (LIMA, 2018).

Além desses institutos despenalizadores há também uma medida que tem a mesma característica. De certo, se o autor, após a lavratura do Termo Circunstanciado de Ocorrência, do fato comparecer ao Juizado Especial para prestar o compromisso e comparecer aos atos processuais necessários não pode ser preso em flagrante nem pode ser exigir fiança (LIMA, 2018).

Tais institutos despenalizadores são inspirados pelo princípio da subsidiariedade do direito penal e importam em expressiva transformação do sistema penal e processual brasileiro, pois são instrumentos destinados a viabilizar juridicamente processos de despenalização. Esse seria um novo modelo de Justiça criminal, a qual privilegia o consenso

entre as partes autor do fato e vítima, valorizando a adoção de soluções fundadas na vontade dos sujeitos do processo (LIMA, 2018).

Segundo Reis e Oliveira (2017), a delação premiada seria também um instituto despenalizador, já que consiste em denúncia que resulta em uma recompensa para quem contribuir com a Justiça no sentido de descobrir a verdade dos fatos. No presente caso, o co-réu em troca de sua liberdade ou mesmo diminuição de pena fornece informações importantes para o deslinde do caso. Entretanto, esclarecem, que o referido instituto só pode ser aplicado em certos tipos penais.

O consenso é o ponto em comum entre vários dos institutos despenalizadores. De fato, há necessidade de aceitação pelo suposto autor do fato da proposta apresentada. Por sua vez, o Direito Penal com as medidas descarcerizadoras passa a adotar as tendências mundiais hodiernas, que seria utilizar a prisão como *ultima ratio*, ampliando-se o rol das medidas alternativas diversas da prisão. O procedimento sumaríssimo da lei 9099/95 tem como um de seus pontos positivos o uso das medidas despenalizadores, mas caso não seja possível sua aplicação no caso concreto acaba por prejudicar o autor do fato, pois em se tratando de procedimento sumaríssimo a produção probatória tende a ser mais simples (PINHEIRO, 2013).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verifica-se que os institutos despenalizadores são essenciais para garantir a efetividade e observância do princípio da intervenção mínima do direito penal. Como analisado, a aplicação das sanções penais como a pena e medida de segurança só devem ser aplicados em situações que realmente as exigem. Isso porque, o direito penal não tem um caráter meramente penalizador, mas também preventivo.

Diante disso, a liberdade do agente deve ser sempre a regra, sendo que a legitimidade dos referidos institutos encontra substanciada na própria lei que não admite a aplicação desproporcional e desnecessária da carcerização. Tem-se vários exemplos no sistema jurídico, a saber: medidas cautelares diversas da prisão, monitoramento eletrônico de pessoas que cumprem a pena em domicílio, a transação penal, suspensão condicional do processo e mais recente o acordo de não persecução penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERCOVICI, Gilberto. O princípio da subsidiariedade e o autoritarismo. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-nov-08/estado-economia-principio-subsidiariedade-autoritarismo>. Acessado em 20 de maio de 2022.

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

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. V. único. 6 ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

MASSON, Cleber. **Direito Penal**: parte geral. v.1. ed. 12. São Paulo: Método, 2018.

PINHEIRO, Roberta Azzam Gadelha. **As medidas despenalizadoras dos juizados especiais criminais**. 2013. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2013/trabalhos_12013/RobertaAzzamGadelhaPinheiro.pdf. Acessado em 18 de junho de 2022.

REIS, Cláudia Priscyla; OLIVEIRA, Aline Lima. A Teoria dos Jogos aplicada aos institutos despenalizadores do sistema jurídico brasileiro. 2017. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=9632&n_link=revista_artigos_leitura. Acessado em 18 de maio de 2022.

SILVA, Hellen Crisley de Barros Franco da. Conflito aparente de normas penais. Revista Âmbito Jurídico. 2018. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12203. Acessado em 17 de maio de 2022.

ABANDONO DE INCAPAZ: A PROTEÇÃO DO INCAPAZ NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

FELIPE MARTINS TEIXEIRA:
Acadêmico de Direito do Centro
Universitário UNA

RESUMO: O presente artigo acadêmico tem como objetivo a análise do delito de abandono de incapaz, tipificado no art. 133 do Código Penal Brasileiro. Neste delito, pune-se o agente que, de forma livre e deliberada, abandona pessoa incapaz que, por força de Lei ou de motivo diverso, esteja sob sua guarda, cuidado, vigilância ou autoridade. Neste sentido, este trabalho busca o entendimento técnico e teórico acerca do delito, analisando de forma pormenorizada as suas principais características, consumação, tentativa, sujeitos ativo e passivo e demais pontos importantes e controversos. Em segundo momento, far-se-á o estudo das características das qualificadoras e majorantes específicas do delito e, por fim, promove-se ainda a análise do delito de abandono de incapaz (art. 133, CP).

Palavras-chave: Abandono de incapaz, Código Penal.

ABSTRACT: *This academic article aims to analyze the crime of abandonment of the incapacitated, typified in art. 133 of the Brazilian Penal Code. In this crime, the agent is punished for the person who, in a free and deliberate way, abandons an incapacitated person who, under the law or for a different reason, is under their custody, care, surveillance or authority. In this sense, this paper seeks technical and theoretical understanding about the crime, analyzing in detail its main characteristics, consummation, attempt, active and passive subjects and other important and controversial points. Secondly, the characteristics of the specific qualifiers and majorities of the crime will be studied and, finally, a comparative analysis between the crime of abandonment of the incapacitated (art. 133, CP).*

Key-words: *Abandonment of the incapacitated, Penal Code.*

1. INTRODUÇÃO

O abandono de incapaz como delito tipificado no artigo 133 do código penal, apresenta-se como uma proteção da integridade física das pessoas que, por força de Lei, costume ou preceito suprallegal, esteja sob guarda ou responsabilidade de outrem.

A proteção jurídica do incapaz é histórica, remonta de tempo anterior ao próprio Código Penal Brasileiro, sendo que já no código penal de 1890 era prevista a conduta de periclitación da vida e da saúde da pessoa proveniente de abandono. Neste contexto, o art. 292 buscava a proteção do menor, incapaz de se defender de eventuais riscos, contudo, esta é a primeira proteção legislativa de que se tem registro no Direito Brasileiro, tendo em vista que o Código Criminal do Império não promovia qualquer tipificação da figura do abandono.

Diante da atual tutela e proteção da incapaz face ao abandono, o presente artigo científico busca o conhecimento de todos os fatores concernentes ao delito tipificado no art. 133, buscando a compreensão completa e aprofundada em relação às majorantes e qualificadoras do delito, bem como suas principais particularidades e características.

Por fim, considerando a natureza e espécie do delito, este estudo promove ainda a análise comparativa entre o delito de abandono de incapaz e o abandono de recém-nascido, sendo que este, inicialmente, se apresenta como espécie ramificada daquele, mas com características de ensejo particulares.

2. ABANDONO DE INCAPAZ – ART. 133 DO C.P.

Para a completa compreensão do delito de abandono de incapaz (art. 133, CP), é necessária a racionalização e pré-compreensão do que se entende pelos termos “abandono” e “incapaz”, sendo que ambos constituem elementos do crime positivado pelo artigo 133 do Código Penal brasileiro. Neste sentido, esclarece-se que termo abandono tem significado de desamparo, descuido. De modo que se considera, para fins de caracterização do delito, o abandono físico e de cuidado. Ao revés, não se considera o abandono material como apto a ensejar a aplicação deste artigo, tendo em vista ser elemento de outro delito, nos termos do art. 244 também do Código Penal. (MASSON, 2018, p. 167).

Em relação ao dono da conduta do agente de abandono, ainda que seja óbvio, é necessário esclarecer que deve limitar-se ao próprio abandono, sendo que, de outra forma, se a vontade do agente buscasse a morte do incapaz, deveria o autor ter sua conduta amoldada ao artigo 121. Esclarece-se, outrossim, que por ausência de previsão legal, não se faz possível a imputação na modalidade culposa. Deste modo, cumpre trazer à baila o entendimento de Rogério Greco, vejamos:

O delito de abandono de incapaz encontra-se no rol das infrações penais de perigo, previstas no Capítulo III do Título I do Código Penal. Considerando esse fato, a primeira conclusão a que devemos chegar, quando do estudo do mencionado delito, é de

que o agente, com a conduta de abandonar, não poderá ter por finalidade causar a morte ou mesmo lesão corporal na vítima, pois seu dolo, necessariamente, deverá ser o *dolo de perigo*, e não o *dolo de dano*. Assim, se o abandono, por exemplo, é dirigido finalisticamente a causar a morte da vítima, o agente, gozando do *status* de garantidor, deverá responder pelo homicídio, consumado ou tentado. (GRECO, 2017, p. 279)

Acerca da necessidade de perigo concreto, tem-se assim a jurisprudência atual:

EMENTA: CRIME DE ABANDONO DE INZAPAZ. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PERIGO CONCRETO. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. Tratando-se o tipo penal previsto no art. 133 do CP de crime de perigo concreto, não havendo comprovação inequívoca da situação de perigo decorrente do abandono do incapaz, há que ser mantida a sentença absolutória. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, 2017)

Relativamente ao termo “incapaz”, tomaremos o conceito do diploma civilista para entendimento preliminar. Assim, considera-se incapaz, via de regra, por força do art. 3º do Código Civil, os menores de 16 anos. Além deles, conforme art. 4º do mesmo diploma, outras pessoas que, por força de idade ou condição, serão consideradas relativamente incapazes e, portanto, também poderão ser sujeito passivo do crime em comento. Todavia, para fins penais, o sujeito passivo deste delito não se limita à incapacidade civil, de modo que, para Rogério Sanches Cunha, citando Magalhães Noronha, a vítima deve ser incapaz apenas de se cuidar contra os riscos a que o abandono possa se submeter, ainda que seja civilmente capaz. O autor esclarece que:

A incapacidade, pois, a que o texto alude não é a de direito privado, mas, sim, a que se traduz na impossibilidade de proteção ou preservação própria. Além dos casos apontados (tutelados, curatelados, anciões, enfermos), apresentam-na os ébrios, os paráliticos, os depauperados, os emotivos etc. O próprio sono, conforme a hipótese, pode proporcionar o crime, pela impossibilidade da defesa. (CUNHA *apud* NORONHA, 2017, p. 150)

Quanto ao sujeito ativo, entretanto, se nota apenas uma limitação legal. Para ensejo do artigo, é necessário que o autor seja detentor do dever de guarda, cuidado, vigilância ou autoridade, conforme menciona o próprio artigo, de modo que, caso não o seja, a depender do caso concreto, poderia incorrer em delito diverso. Sobre o sujeito ativo do delito, Cleber Masson explica que o sujeito ativo:

É somente a pessoa que tem o dever de zelar pela vida, pela saúde ou pela segurança da vítima. Cuida-se de crime próprio, pois apenas pode ser praticado por aquele que tem o incapaz sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade. Destarte, é imprescindível a especial vinculação entre os sujeitos do delito, caracterizada pela relação jurídica estabelecida entre o agente e a vítima. (MASSON, 2018, p. 167)

Com efeito, Damásio de Jesus corrobora este posicionamento:

Tendo a qualificação de crime próprio, o abandono de incapaz exige especial vinculação entre os sujeitos ativo e passivo. Deve existir relação especial de custódia ou autoridade exercida pelo sujeito ativo em face do sujeito passivo. Essa relação jurídica pode advir de preceitos de lei, de contrato ou de certos fatos lícitos ou ilícitos. (JESUS, 2020, p. 247)

Assim, temos esclarecidos os sujeitos do delito, bem como a vontade delitiva do agente que abandona pessoa de quem tem a responsabilidade, seja por força legislativa ou por convenção pessoal.

No que tange ao momento de consumação, o delito ocorrerá no momento em que a vítima é submetida a risco que, caso não estivesse em condição de desamparo pelo autor, não ocorreria. Neste sentido, ignora-se a duração ou extensão do abandono desde que o perigo percebido pela vítima seja concreto e real. A tentativa, entretanto, se é possível de forma comissiva, o que ocorrerá quando o agente abandona a vítima, mas o risco iminente e concreto não se efetiva pela atuação superveniente de terceiros. Assim é o posicionamento de Cesar Roberto Bitencourt, senão, veja:

Consuma-se esse crime com o abandono efetivo do incapaz, desde que este corra perigo real, efetivo, isto é, *concreto*, ainda que momentâneo, pois é irrelevante a duração do abandono, ou melhor, da situação de perigo provocada pelo abandono. S e o

agente, eventualmente, reassumir, mesmo após alguns instantes, o seu dever de assistência, socorrendo a hipotética vítima, ainda assim o crime já estará consumado; o máximo que poderá acontecer será beneficiar-se com a *minorante* do arrependimento posterior (art. 16 do CP). É indispensável que fique demonstrado que a vítima efetivamente ficou exposta a perigo, pois o perigo abstrato ou meramente presumido não tipifica esse crime. A eventual superveniência de dano não é abrangida pelo dolo, sob pena de configurar outra infração penal. (...)O agente pode abandonar alguém, por exemplo, nas circunstâncias descritas pelo tipo penal, mas a pronta e imediata intervenção de terceiros pode impedir que o risco se concretize. (BITENCOURT, 2018, p. 259)

Em resumo, temos que o delito de abandono de incapaz visa a penalização do agente que, de forma dolosa, deixa de prestar assistência à pessoa incapacitada, expondo-a a risco concreto e efetivo. Contudo há ainda a elevação de patamares mínimos e máximos de pena em razão de condições pessoais, da vítima e/ou do autor, assunto que passaremos a tratar no próximo tópico do presente estudo.

2.1 Formas qualificadas do delito

O delito abandono de incapaz, na sua modalidade simples, tem pena de detenção de seis meses a três anos. Contudo, nos termos do parágrafo 1º, a pena será de reclusão de 01 a 05 anos, caso do abandono resulte lesão corporal de natureza grave; caso resulte na morte da vítima, a pena aplicada será de reclusão de 04 a 12 anos (art. 133, §2º). Ora, o bem jurídico penalmente tutelado pelo art. 133 como um todo é a integridade física da vítima. Assim, o que se nota é a preocupação do legislador em elevar os patamares mínimos e máximos de pena caso o risco submetido à vítima leve a lesões de natureza grave.

Neste sentido, cumpre tomar por empréstimo os termos do art. 129 §§ 1º e 2º, que nos informam quais lesões são consideradas graves/ gravíssimas. Assim, tendo em vista que o delito ocorre com o mesmo abandono, extrai-se que a elevação da pena não ocorre por uma conduta mais grave e sim por um resultado mais penoso que aquele pretendido, ensejando, assim, a punição na modalidade preterdolosa. Este é o entendimento de Cleber Masson:

São crimes qualificados pelo resultado e estritamente **preterdolosos** (dolo no crime de perigo e culpa na lesão corporal ou na morte), conclusão que se extrai da análise das penas cominadas em abstrato. Quando resulta lesão corporal de natureza grave, a pena é igual à da lesão corporal grave e inferior à da lesão corporal gravíssima; quando resulta morte, a pena é inferior à atribuída ao homicídio simples. (MASSON, 2018, p. 169)

Assim também informa os ensinamentos de Rogério Greco de que as qualificadoras do delito

(...)traduzem hipóteses de crimes eminentemente preterdolosos. Isso significa que o agente que criou a situação de perigo concreto para a vida ou saúde da vítima não pode, em qualquer situação, ter querido a produção do resultado morte ou lesão corporal. Assim, o dolo diz respeito à efetiva colocação em perigo, ou seja, o agente não pretende, com seu comportamento, causar a morte ou mesmo lesão corporal na vítima. Entretanto, dada a situação de perigo a que foi exposta, era previsível que tais resultados pudessem acontecer. Dessa forma, existe dolo no antecedente – quando o agente abandona a vítima, expondo-a a uma situação de perigo concreto – e culpa no consequente – quando do abandono à que foi submetida a vítima resulta lesão corporal de natureza grave ou morte. Faz-se mister ressaltar que, para fins de aplicação dos mencionados parágrafos, que, como dissemos, preveem delitos de natureza preterdolosa, é fundamental que os resultados narrados tenham sido previstos ou, ao menos, sejam previsíveis para o agente, pois, caso contrário, por eles não poderá ser responsabilizado criminalmente, conforme a regra contida no art. 19 do Código Penal. (GRECO, 2017, p. 284)

Em suma, caso o resultado mais gravoso seja, ao menos, previsível, deverá o autor ter suas penas qualificadas nos termos dos parágrafos 2º e 3º do art. 133. Do contrário, caso não se vislumbre a possibilidade de previsão do dano, o agente terá sua pena base aplicada nos moldes do caput do art. 133. Outrossim, caso o agente tenha agido com dolo em prol da morte da vítima, deverá sofrer sanção relativa ao art. 121, conforme já mencionado anteriormente.

3. ABANDONO DE INCAPAZ MAJORADO

Se os parágrafos 1 e 2 do art. 133 apresentam qualificadoras do delito, fica a cargo do parágrafo 3º a majoração de pena. Porém, ao revés das circunstâncias qualificadoras que punem o resultado gravoso, a majoração de pena ocorrerá em razão das características pessoais da vítima, do agente, ou da conduta do mesmo.

Em primeira monta, o artigo majora a pena caso o abandono ocorra em local ermo. Tal majoração tem sentido em proteger a integridade do incapaz, ao considerar o local ermo, isolado como potencialmente mais perigoso e que oferece mais riscos à vítima do abandono. Quanto à configuração do que se considera local ermo, Fernando Capaz explica que:

Lugar ermo é aquele que não é frequentado, é solitário, isolado, o que representa um perigo maior para o incapaz que é nessas circunstâncias abandonado, ante a maior dificuldade de ser socorrido. Para a incidência dessa causa de aumento exige a doutrina que o lugar seja habitualmente, e não acidentalmente, solitário. Desse modo, se o local é muito frequentado por pessoas, mas, no momento da realização do crime de abandono de incapaz, estava ermo, não incide a majorante em tela (p. ex., uma rua do centro urbano a certas horas da noite) 42. Da mesma forma, afasta-se a majorante se no local habitualmente ermo encontravam-se frequentadores. (CAPEZ, 2012, p. 237)

No mesmo sentido, Cezar Roberto Bitencourt complementa:

Lugar ermo é o local, geograficamente considerado, habitualmente solitário. Não basta que eventualmente o lugar se encontre isolado ou não frequentado. Tratando-se de um elemento normativo, é fundamental ser cauteloso em sua análise, pois as circunstâncias fático-temporais e espaciais é que deverão indicar se o lugar pode ser tido como ermo. Não o caracterizará, certamente, o fato de o incapaz ser abandonado durante a noite ou enquanto chove. O fundamento da majoração da pena, em se tratando de lugar ermo, reside na maior dificuldade ou, quem sabe, até impossibilidade de o incapaz encontrar socorro. O isolamento do local aumenta a

probabilidade de dano e intensifica a situação de perigo.
(BITENCOURT, 2018, p. 260)

Ainda acerca das características de lugar ermo, cumpre destacar que o referido local não poderá ser deserticamente distante ou vazio, de modo que beire o impossível a presença de qualquer pessoa, por distância ou impossibilidade de acesso pois, nestes casos, a conduta do agente não possui dolo específico de abandonar a vítima, mas sim de causar-lhe a morte, devendo ao agente ser imputada a conduta referente ao art. 121 do C.P. (GRECO, 2017, p. 285)

De outra forma, o inciso segundo do parágrafo 3º apresenta características do agente, que terá sua pena majorada em razão de ser ascendente ou descendente, cônjuge, irmão, tutor ou curador da vítima. Neste caso, a majoração da pena tem fulcro na proteção da confiança e da relação preexistente entre autor e vítima que transcende à mera obrigação de cuidado. Nas palavras de Rogério Sanches Cunha: *o inciso II aumenta a pena daquele que carrega maior dever de assistência. A enumeração é taxativa, não comportando analogias (fica excluída da majorante, por exemplo, a união estável)*. (CUNHA, 2017, p. 152).

Ensino análogo e complementar tem o autor Cleber Masson, ao afirmar que:

Fundamenta-se o aumento na maior reprovabilidade da conduta praticada quando presentes laços de parentesco ou de maior proximidade entre o autor e a vítima, os quais devem ser provados, e jamais presumidos. O rol é taxativo. Não admite analogia, por se tratar de norma prejudicial ao réu. Destarte, não alcança quem vive em união estável. (MASSON, 2018, p. 170)

Por fim, apresenta-se a majorante relativa ao inciso 3º, que majora a pena do agente nos casos em que a vítima for idosa, possuindo, ao tempo do crime, mais de 60 anos de idade.

4. ABANDONO DE RECÉM-NASCIDO

Trata-se de um delito com uma figura privilegiada, com pena máxima inferior à do abandono de incapaz, em razão do elemento subjetivo do tipo, o fim de "ocultar desonra própria". A pena do abandono de incapaz é de 6 meses a 3 anos, e a deste crime é de 6 meses a 2 anos. É certo que pouca diferença haverá na prática, pois a fixação da pena parte do mínimo legal, sendo muito frequente a fixação da pena mínima. Em face

dos valores predominantes neste momento em nossa sociedade, parece insustentável um tipo que beneficie quem abandona o próprio filho, para ocultar desonra. Se outrora a mãe solteira era estigmatizada, sofrendo forte segregação, atualmente isso não mais ocorre.

O **bem** jurídico **tutelado** é a vida e a saúde do recém-nascido.

Por se tratar de crime que tem como elemento subjetivo o fim de ocultar a própria desonra, há quem sustente que o sujeito ativo é apenas a mãe (Delmanto, Celso. et. al. **Código Penal Comentado**. 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 492). No entanto, como não é expressamente consignado no tipo, é possível dizer que é a **mãe**, nas hipóteses de gravidez extramatrimonial, incestuosa ou adulterina, bem como o **pai**, se o filho for adulterino ou incestuoso (QUEIROZ, Paulo. Et. Alli. Curso de Direito Penal: parte especial. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 127).

Obviamente, por força do art. 30, CP, qualquer outra pessoa pode ser condenada por esse crime, como partícipe, desde que tenha induzido, instigado ou auxiliado a mãe a cometer o crime.

Já o sujeito passivo é o recém-nascido. Esse tipo contém duas condutas, **expor** e **abandonar**. Há quem sustente que os verbos têm significados idênticos (Delmanto, Celso. et. al. **Código Penal Comentado**. 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 492. QUEIROZ, Paulo. Et. Alli. Curso de Direito Penal: parte especial. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 127. RÉGIS PRADO, Luiz. **Comentários ao Código Penal**. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 532). Para Bitencourt, porém, há diferença. Expor significa "exercer uma *atividade* sobre a vítima, transportando-a, no espaço, da situação de segurança em que se encontrava para lugar onde ficará sujeita a risco contra a sua incolumidade pessoal." Por sua vez o abandono é "um não-fazer", em que o agente se afasta da vítima, "deixando-a ao desamparo" (Bitencourt, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte especial. vol. 2. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 248). De qualquer modo, quem expõe, levando a vítima para um outro lugar, na sequência, abandona, deixando o recém-nascido desprotegido. Tanto isso é verdade, que o crime de abandono de incapaz não contém o verbo *expore*, nem por isso, deixa de haver crime, caso a vítima seja levada a outro lugar.

O crime em questão é de **perigo concreto**, o que significa dizer que não existe o delito se não houver a real situação de perigo. Do ponto de vista processual, será imprescindível que se demonstre o efetivo perigo.

Além do dolo de expor ou abandonar, que pode ser direto ou eventual, é imprescindível o elemento subjetivo do tipo, fim de "ocultar desonra própria".

Caso exista o abandono de recém-nascido, sem que essa seja a finalidade do agente, o crime será o de abandono de incapaz. O crime se consuma com o perigo concreto, decorrente do abandono; sendo viável a tentativa, na modalidade comissiva. Já a forma classificada se dá em razão do abandono houver o resultado lesão corporal grave a pena será de 1 a 3 anos de reclusão (§ 1º) Se resulta morte, a pena será de 2 a 6 anos de reclusão (§ 2º). Observe-se que essa figura privilegiada do art. 134, traz pena bem mais branda, na hipótese de qualificadora pela morte, em comparação com o art. 133, CP.

As duas formas qualificadas são crimes preterdolosos, de modo que é preciso que exista culpa no resultado. Se, apesar do abandono, for imprevisível o resultado, não se aplica a qualificadora por força do art. 19, CP (Delmanto, Celso. et. al. **Código Penal Comentado**. 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 492.).

A pena prevista é de detenção, de 1 a 3 anos.

Caso resulte em morte, a pena aumenta para 2 a 6 anos. Para a configuração do crime, é indispensável que a atitude tenha sido motivada pelo objetivo de esconder ato que causou desonra. O referido crime é muito parecido com o crime de abandono de incapaz, descrito no artigo 133 do mesmo Código, que também tem a finalidade de dar segurança à integridade física de todos os incapazes, incluindo os recém-nascidos. Todavia, para que esse crime se configure, não há necessidade de intenção específica, basta que ocorra o abandono.

Trata-se de um delito de ação penal pública incondicionada, que independe de representação do ofendido ou de seu representante legal. O *caput* desse artigo é considerado infração de menor potencial ofensivo e, por essa razão, está submetido ao procedimento dos Juizados Especiais Criminais. Em face das penas mínimas previstas no *caput* (detenção, de 6 meses a 2 anos) e no § 1º (detenção, de 1 a 3 anos), é cabível a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95).

5. CONCLUSÃO

Diante exposto neste artigo, que o abandono de incapaz é um delito próprio que tem que ser cometido por uma pessoa com vínculo especial com a vítima, que tem um dever de guarda, de autoridade, de vigilância, de cuidado, e consiste na conduta de abandonar a criança, o adolescente ou o incapaz e deixa-lo ao desamparo, expondo-o em situação de risco. O seu preceito secundário, insculpido no art. 133 do Código Penal traz a evolução da lei em relação ao delito de abandono de incapaz, isto porque, o primeiro Código penal chamado Código Criminal de 1830 não trazia qualquer punição ao crime de abandono de incapaz; sendo trazido apenas no Código de 1890, chamado de Código penal dos Estados Unidos do Brasil que passou a ser delimitado como o crime de

abandono de incapaz, mesmo assim limitado a criança menor de 7 (sete) anos. Desta forma, sendo que nenhum ser humano pode estar à frente de não ter seus devidos cuidados e proteção, muito menos quando se torna incapaz de se defender de riscos e atos que despreze.

O que caracteriza abandono como algo que deixa de ser assistido, impossibilitado de se cuidar, a pessoa que fica sujeita de repassar a autoridade deve ter responsabilidade e a devida assistência quando necessário, caso contrário, deve-se haver a devida punição quando se fizer o ato infracionário. No caso dos idosos, a lei do Estatuto do Idoso fará a proteção cabível, resguardando todos os seus direitos também previstos na *Constituição Federal de 1988*. Já no abandono do recém-nascido embora haja previsão legal ao referido crime, a imputação de pena não é fator suficiente para coibir sua prática pois, os genitores, não desejando manter consigo o recém-nascido e objetivando preservarem sua honra, acabam buscando e encontrando, outras maneiras de “abandonar” a criança; sendo fundamental um trabalho social para conscientizar e orientar os genitores de uma gravidez indesejada com alternativas legais para quando não puderem criar seu filho, encontrarem uma família que os tenha, possibilitando assim a salvação destas crianças por meio da adoção.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas. **NBR 14724**: Informação e documentação. Trabalhos Acadêmicos - Apresentação. Rio de Janeiro: ABNT, 2002;

BRASIL. **Decreto-Lei 2848 de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm, acesso em out. 2020.

_____. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em nov. 2020.

_____. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em out. 2020

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal : parte especial 2 : crimes contra a pessoa**. – 18. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

Bittencourt, Cezar Roberto - Tratado de Direito Penal, Vol. 2, Pt. Esp., 21ª Ed. 2021
- <https://amzn.to/3agd27p>

Brasil. Presidência da República Federativa do Brasil. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Brasil. Presidência da República Federativa do Brasil. Lei 12.010, de 03 de agosto de 2009. Dispõe sobre o aperfeiçoamento da sistemática prevista para garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes, na forma prevista pela Lei 8.069, Estatuto da Criança e do Adolescente.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, vol. 2, parte especial: dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212) / Fernando Capez. — 12. ed. — São Paulo : Saraiva, 2012. 1. Direito penal I. Título. 1. Direito penal I. Título.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte especial (arts. 121 ao 361) I Rogério Sanches Cunha 9. ed. rev., ampt e atual.- Salvador: JusPODIVM. 2017;

Capez, Fernando, **curso de Direito Penal, parte especial**. Ed. 13º, Saraiva - <https://amzn.to/38PJwEO>

DELMANTO, Celso. Código penal comentado, 2a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1988.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa / Rogério Greco. – 14. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

GRECO, Rogério. **Curso direito penal: parte especial**. Introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa. 5. ed. Niterói, RJ: Impetus: 2008.

Greco, Rogério, Direito Penal, Pt. Especial, Ed. 17ª - <https://amzn.to/3bU1gAu>

JESUS, Damásio de. **Parte especial: crimes contra a pessoa a crimes contra o patrimônio – arts. 121 a 183 do CP**; atualização André Estefam. – Direito penal vol.2 – 36. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

Legislação brasileira sobre pessoas portadoras de deficiência. 5. ed. Brasília: Câmara dos Deputados. Edições Câmara, 2019.

MASSON, Cleber. **Direito penal**: parte especial: arts. 121 a 212 / Cleber Masson. –

11. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018.

Masson, Cleber, Direito Penal, parte especial. Ed. 14º, Metodo - <https://amzn.to/30QbITT>

NETO, João Clemente de Souza. **Crianças e adolescentes abandonados: estratégias de sobrevivência**. São Paulo: Arte Impressa, 2001.

NASCIMENTO, José Flavio B. **Direito penal : parte especial**: arts. 121 a 183 : dos crimes contra a pessoa, dos crimes contra o patrimônio. São Paulo : Atlas, 2000.

NORONHA, E. Magalhães. Direito penal. São Paulo: Saraiva, 2001. 63 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 20. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019. _____. **Manual de direito penal**. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PEREIRA, Gisele Mendes. **Direito penal I**. Caxias do Sul : Educs, 2014. _____. Direito penal II. Caxias do Sul : Educs, 2014.

PRADO, Luiz Regis, **Curso de direito penal brasileiro: parte especial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Direito penal: crimes contra a pessoa**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTOS, Sheila Daniela Medeiros dos. **Um novo olhar sobre o conceito de abandono de crianças**. p. 66.

SILVEIRA, Euclides Custódio da. **Direito penal: crimes contra a pessoa**, 2ª ed. São Paulo: RT, 1973.

SIQUEIRA, Galdino. **Tratado de direito penal**, v. 3. Rio de Janeiro: José Konfino, 1947.

STOCO, Rui (cf. FRANCO, Alberto Silva).

TAVARES, Juarez. **As controvérsias em torno dos crimes omissivos**. Rio de Janeiro: Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal, 1996.

TELES, Ney Moura. **Direito penal**, v. 2. São Paulo: Atlas, 2004. Saraiva, 1986.

FEMINICÍDIO E A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: AUMENTO NOS CASOS DURANTE A PANDEMIA COVID-19

ISAMARA NASCIMENTO DUARTE:

Graduanda do curso de direito pela
Universidade Brasil, campus
Fernandópolis.

ELOISA DA SILVA COSTA

(orientadora)

RESUMO: O presente artigo tem como uma de suas principais finalidades expor o aumento no número de casos de Femicídio em diferentes regiões do Brasil durante a Pandemia COVID-19, avaliando assim os números desde o primeiro ano de quarentena. Expõe também debates no Senado e Câmaras sobre o tema abordado no trabalho, mostrando o quão machista ainda é considerada a sociedade na qual vivemos que mesmo em décadas de evolução, se mantém presa à uma abordagem patriarcal e ultrapassada onde na maioria dos casos de crimes de violência contra a mulher ou feminicídio o crime ocorre pelo sentimento de propriedade do companheiro ou pai com a vítima. O Brasil está em 4º lugar no ranking mundial de países com mais números de feminicídios e violência contra a mulher. Nas décadas atuais tal crime se tornou um problema social e estrutural, tornando-se o objetivo de políticas internacionais e nacionais quando o assunto é violência.

Palavras-chave: Femicídio; Abuso; Legislação Penal; Violência contra a mulher; Pandemia COVID-19.

ABSTRACT: This article has as one of its main purposes to expose the increase in the number of cases of Femicide in different regions of Brazil during the COVID-19 Pandemic, thus evaluating the numbers since the first year of quarantine. It also exposes debates in the Senate and Chambers on the topic addressed at work, showing how macho is still considered the society in which we live that even in decades of evolution, is stuck with a patriarchal and outdated approach where in most cases of crimes of violence against women or femicide crime occurs by the feeling of ownership of the partner or father with the victim. Brazil ranks 4th in the world ranking of countries with the most numbers of femicides and violence against women. In the current decades such a crime has become a social and structural problem, becoming the goal of international and national policies when it comes to violence.

Keywords: Femicide; Abuse; Criminal Law; Violence against women; COVID-19 pandemic;

1 INTRODUÇÃO

Feminicídio é o homicídio cometido contra MULHERES tendo como motivação a violência doméstica ou discriminação de gênero (misoginia e desprezo pela condição feminina). A Lei do feminicídio não se enquadra em tal crime qualquer de assassinato a mulher.

Tal falta de conhecimento levou várias partes principalmente conservadoras a questionarem sua existência e prática. A seguir veremos os casos nos quais aplica-se a Lei de Feminicídio: Violência doméstica e familiar: Quando o crime é resultado da violência doméstica ou praticado juntamente com a mesma.

O que nos leva a entender que o criminoso é um familiar ou alguém com quem a vítima já teve algum tipo de laço afetivo. Sendo esse o mais comum no Brasil, de forma contrária com outros países latinos onde o crime é cometido por desconhecidos que também praticam no mesmo ato a violência sexual.

Menosprezo e discriminação contra a condição da mulher: Quando o crime resulta pela discriminação de gênero manifestada pela objetificação da mulher. Somente qualificará o feminicídio nos casos acima citados. Violência contra a mulher: Qualquer conduta com base no gênero, que possa causar morte ou dano físico, psicológico ou sexual contra a mulher. Segundo Luiz Flávio Gomes o Feminicídio é um termo novo para crimes vindos de várias gerações, que se tornou um problema cultural. A Lei que reconheceu o crime como homicídio qualificado foi a Lei 13.104/15, a mesma que no dia 10 de março de 2015 também o incluiu no rol dos crimes hediondos no Brasil, tal Lei também é conhecida como Lei do Feminicídio.

2 A IMPORTÂNCIA DA LEI DE FEMINICÍDIO E LEI MARIA DA PENHA

Em decorrência dos altos números de crimes cometidos que fazem o Brasil estar em 4º lugar no ranking mundial da violência contra a mulher, faz com que haja uma enorme necessidade de leis rígidas contra tal crime. Dados apontam que somente no ano de 2017 houve 60.000 estupros no Brasil. Além de tantos outros

problemas, o país ainda discrimina a mulher por meio da prática misógina e patriarcal, causando a objetificação da mulher resultando em casos mais graves de feminicídio.

O enorme número de crimes contra mulher e o aumento rápido nos números de casos por si só já justificam a existência da Lei 13.104/15, sendo também necessária

implementação de políticas públicas sobre igualdade de gênero por meio da educação nas escolas, da valorização da mulher e aumento na proteção quando ocorre denúncias antes que o crime se consuma pois, são muito fracas as que ocasiona a falta de respeito dos criminosos com tal lei e medo das vítimas de efetuar denúncias.

Nosso sistema é muito fraco nesse requisito pois além de não darem conforto às vítimas na hora do depoimento, também não dão a proteção necessária fazendo com que as vítimas quando retornam à sua casa sejam mais uma vez violentadas e agredidas de forma ainda mais brutal pelos seus agressores, fazendo também com que as vítimas sejam ainda mais ameaçadas e mortas pois o “companheiro” não foi mantido distante para sua segurança. Não havendo monitoramento, deixando o criminoso solto logo após a denúncia, o crime acaba se consumindo por culpa das falhas do Estado.

Foi sancionada em 7 de agosto de 2006, pelo ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Mais conhecida como Lei Maria da Penha tem 46 artigos que são distribuídos em 7 títulos, tem como finalidade a criação de métodos de prevenção e coibição da violência doméstica e família em acordo com a Constituição Federal (art. 266, § 8º) e tratados internacionais sancionados pelo Estado Brasileiro: Convenção de Belém do Pará, Declaração americana dos direitos e deveres do homem, Pacto de San José da Costa Rica e Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher).

Os quatro artigos do título I, tem como finalidade a determinação sobre a quem se direciona a Lei, a importância da família, sociedade e poder público para que as mulheres consigam ter o pleno poder de exercer seus direitos. O título II aborda os espaços de configuração das agressões e as definições de todas as formas de violência: patrimonial, psicológica, verbal, física e moral. Já o título III compõe-se por três capítulos, tratando da assistência da mulher, destacando as medidas de prevenção, atendimento da autoridade policial e assistência social para com as vítimas.

Por sua vez, o título IV possui quatro capítulos e 17 artigos, trata dos procedimentos processuais, assistência judiciária e atuação do MP. Já no seu segundo capítulo aborda medidas protetivas de urgência. No título V está prevista a criação de juizados, podendo esses conter uma unidade multidisciplinar de atendimento formada por profissionais capacitados na área psicossocial, jurídica e saúde, assim como seu orçamento e manutenção.

O artigo VI aborda uma regra de transição onde as varas criminais tem legitimidade para julgar violência de gênero enquanto os juizados da violência doméstica e familiar contra a mulher não estão estruturados.

O último artigo trata de 13 artigos que estabelecem que as instituições dos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher podem ser integradas a outros equipamentos de âmbito nacional, estadual e municipal. Trata-se também sobre as estatísticas sobre a violência contra a mulher nas bases de dados dos órgãos oficiais.

3 MULHERES TRANSGÊNERO

É aquela que nasceu com o sexo biológico masculino, mas se auto identifica como mulher, podendo passar por transição de gênero por sentir desconforto com seu sexo biológico. O processo de transição inclui: terapia, terapia de substituição hormonal e até mesmo cirurgia de ressignificação de gênero. A cirurgia de ressignificação pode resolver por completo o desconforto que a pessoa sente para com seu gênero, trazendo consigo um alívio, mulheres transexuais como todas as outras podem ter como sua orientação sexual: heterossexual, bissexual, homossexual, pansexual, assexual ou identificar-se de outra forma.

A mulher transgênero, mesmo com características masculinas geneticamente, sente-se como uma mulher e se comporta como a sociedade entende que uma mulher deve se comportar. Então elas também estão sob proteção das Leis Maria da Penha e Feminicídio, uma vez que mesmo carregando cromossomos masculinos é também submetida a violência de gênero.

Há algumas sustentações incoerentes onde afirmam que não haveria distinção de força entre ela e seu agressor, porém a violência baseada no gênero não decorre da superioridade da força física do homem e sim da superioridade ocupada pelo homem na sociedade. Vale ressaltar que a aplicação das normas à mulher transgênero não decorre da cirurgia de resignação sexual ou alteração nos registros civis e sim que ela assume seu gênero como feminino e haja de acordo com pessoas desse gênero.

4 FEMINICÍDIO E VIOLÊNCIA CONTRA MULHER: problema cultural ou estrutural? Como resolver?

No momento o problema são ambos: cultural e estrutural, uma vez que o Brasil se trate de uma sociedade machista e patriarcal onde a mulher é tratada como objeto do homem, onde ele afirma ter sua posse e faz o que quiser com a mesma.

A mulher não está em patamar igualitário ao homem tanto na vida pessoal quanto na profissional sendo assim o mesmo sempre esteve em patamar mais elevado.

Isso ocorre por conta da educação familiar e estatal que sempre ensinam a mulher como ela deve agir e fazer não deixando a mesma ser independente. Aqui vai uma pergunta: em quantos estados ainda se vê possível que a mulher se case obrigada pela família e não por sua vontade? Por incrível que pareça em vários estados, principalmente cidades pequenas do interior isso ainda acontece. A mulher não tem o direito de tomar suas próprias decisões tornando-as dependentes emocionalmente e financeiramente e tornando o homem ainda mais abusivo.

Por que ensinar as mulheres em como se vestir, o que falar e como agir para crimes não ocorrerem ao invés de ensinar aos homens o que não se deve fazer? Por que já está se tornando normal mulheres sendo estupradas, assediadas e mortas. Na maioria dos casos de estupro o criminoso culpa a roupa da vítima e como isso mexeu com ele tornando e fazendo com a mesma se sinta culpada.

Um ótimo exemplo disso é o caso Mari Ferrer, onde o crime foi causado por um homem de classe alta, em uma festa quando ela estava “embriagada” depois do mesmo ter colocado algo em sua bebida, em uma festa a mulher foi estuprada perdendo sua virgindade de uma forma monstruosa. Depois, como se não fosse o suficiente na audiência onde só haviam homens, a mesma foi humilhada por todos, foi humilhada por postar fotos de biquíni pois estava se insinuando, foi humilhada por seu trabalho de influenciadora uma vez que o trabalho necessita de exposição principalmente corporal.

O aumento seria dimensional se todas as vítimas denunciasses, há muitas e muitas mulheres que passam pelo mesmo que Mari Ferrer diariamente, no caminho pra casa, em sua casa, pelo marido ou namorado e até mesmo pelos familiares onde logo após denúncias as mesmas são mortas. Todos os dias centenas de mulheres são mortas, mortas por hora, mortas por querer ser livre, por usar uma roupa, por dizer não, mortas por desejarem decidir suas vidas e mortas por que os homens as tratam como propriedade.

Há muitos que perguntam por que ela não foi embora na primeira vez em que foi violentada? A resposta mais simples por medo e por dependência, os agressores ameaçam suas famílias, o estado não faz com que se sintam seguras, ambos são culpados por todas as vidas arrancadas. A melhor forma para resolução desse “problema” é educação, tratamento psicológico mais presente nas escolas e aumento em medidas drásticas de proteção as vítimas, mais fortes de manter o agressor longe. A proteção e a educação são as melhores formas para mudar esse problema estrutural que mantém o Brasil em um grotesco 4º lugar no ranking mundial de violência contra mulher e subindo mais e mais.

5. O AUMENTO DURANTE A PANDEMIA COVID-19

No ano de 2020 o Brasil teve um total de 105.821 denúncias o que equivale a 209 por dia, apenas os casos que foram denunciados contabilizaram esse total que cada vez vem aumentando, ainda mais durante a pandemia quando as vítimas passam mais tempo em casa com seus agressores, mesmo com todas as leis implementadas tal crime nunca esteve em baixa durante anos.

R.S é uma mulher de 40 anos, professora universitária, vítima da violência doméstica. As agressões começaram de forma sutil com algumas cobranças pela manutenção dos cuidados do lar. Apesar de trabalhar fora, assim como o marido, ela era a única responsável pelas tarefas de casa. Após engravidar e sofrer as mudanças do corpo devido a gestação, as cobranças aumentaram. O companheiro exigia que ela mantivesse o peso. R. só se identificou como vítima de violência doméstica quando foi agredida fisicamente ao dizer que iria pedir a separação. (CNN, 07 de março de 2021)

Como podemos observar acima, nem mesmo a gravidez pode salvar algumas mulheres, mesmo trabalhando de forma igual o reconhecimento nunca será o mesmo, em muitas famílias mesmo a mulher trabalhando fora o mesmo tempo do homem, a mesma quem deve manter a casa e os filhos de forma impecável, enquanto seu companheiro permanece sendo bajulado e reconhecido apenas com seu trabalho fora de casa.

Percebe-se também o quanto o padrão de beleza imposto pela sociedade pode influenciar na maioria dos casos, além de agredida fisicamente e psicologicamente, os agressores ainda destroem qualquer resquício de auto estima e amor próprio que possa existir ali. Há uma pequena parte desse relato da vítima onde comprova tudo que foi dito logo acima sobre o homem se sentir dono da mulher quando foi agredida fisicamente ao dizer que iria pedir a separação." ela simplesmente foi agredida por querer tomar uma decisão, por querer não mais passar por tais humilhações.

6. PERFIL DAS VÍTIMAS E AGRESSORES

Na maior parte dos casos as vítimas são aquelas que se autodeclaram pardas e negras, com idade entre 35 e 45 anos, possuem salário mínimo e ensino médio completo. Segundo o Setor psicossocial da Defensoria Pública também é grande o aumento nos casos de violência psicológica e esse seria um dos grandes motivos das vítimas passarem anos nesse meio de agressão e relacionamentos abusivos.

Por ser de difícil identificação a violência doméstica vem sendo negligenciada por todos e até mesmo pelas vítimas, a mesma vem mascarada em um

relacionamento abusivo por meio dos fatos: ciúmes, humilhações, xingamentos e controles.

Percebemos que elas já passaram por todo o contexto agressivo de uma violência psicológica e moral, estão cansadas de seguir com o relacionamento, e tomam a decisão pela separação. Mas aí, o homem não entende isso, porque sempre se viu como dono da sua companheira, em uma relação de posse. E isso é preocupante, porque em muitos casos de feminicídio divulgados pela imprensa, você escuta dos familiares da vítima ou das autoridades que a violência ocorreu porque o companheiro não se conformava com a separação, detalha Úrsula Góes ao O Estado.

De acordo com a Defensora Jeritza Braga para uma melhor evolução da Defensoria Pública é necessário que seja reconhecido o perfil da vítima, sendo cada vez mais necessário pessoas capacitadas e grande suporte para que elas passem por tal sofrimento uma vez que cada vez que a vítima vai relatar o ocorrido tudo vai se repetindo em sua mente várias e várias vezes e com isso causando ainda mais sofrimento, tudo isso deve ocorrer respeitando cada vez mais sua identidade e privacidade, pois além de humilhada em sua própria casa a vítima não precisa de uma humilhação pública.

Constituem a maior taxa dos perfis de agressores aqueles com faixa etária acima de 35 anos, raça branca, com ensino fundamental completo, com 47% e 36% da consumação dos crimes os Ex- companheiros e cônjuges das vítimas, sendo em 42% dos casos os mesmos foram vítimas de algum tipo de agressão na infância. A estatística dos perfis dos agressores se mantém no mesmo percentual tendo quase nenhuma variação nos anos anteriores. Normalmente o agressor apresenta características comuns como o alcoolismo, desemprego. Quanto à relação entre o agressor e a vítima, em grande parte dos casos a relação era/é duradoura tendo mais de 10 anos de relacionamento. Os agressores mais denunciados viviam em união estável com suas vítimas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo mostra o que acontece diariamente e não sabemos, nos faz recordar de alguns problemas estruturais que o Brasil tem mas nós não nos lembramos com frequência. O número de mulheres que são mortas é exorbitante, como considerar isso normalmente? Como podemos apenas olhar isso acontecer e simplesmente nem reagir ou sequer ter a consciência de repensar nossos atos.

Os fatores predominantes para tais acontecimentos, são fatores comuns diariamente que não “justificam” a execução de tal crime, os homens fazem o que querem

e quando querem e as mulheres quando tentam são mortas é um mar de injustiça e desequilíbrio. Observamos também que os métodos jurídicos nem sempre são eficazes, temos as leis, temos quem quer cumprir, mas por algum motivo isso ainda ocorre com frequência.

Diariamente vemos casos, onde as mulheres precisam arriscar suas vidas para se livrarem dos agressores, algumas tentam pular de prédios, outras de carros em movimento. É desanimadora a sociedade na qual vivemos, a objetificação da mulher brasileira no Brasil e em outros países, onde somente são conhecidas pelo corpo, por serem “abertas e receptivas”, onde nós somos mortas ou agredidas por tentar viver.

REFERÊNCIAS

ASSASSINATOS de mulheres sobem 78% em Mato Grosso em 2021, diz Sesp | Mato Grosso | G1. Disponível em: <globo.com>

DESDE o início do ano, o Brasil registra, em média, 4 feminicídios por dia. Pandemia agrava situação. Disponível em: <metropoles.com>

FEMINICÍDIO (art. 121, § 2º, VI, do CP). Disponível em: <jusbrasil.com.br>

FEMINICÍDIO - lei nº 13.104, de 9 de março de 2015. Disponível em: <Jus.com.br>

L13104. Disponível em: planalto.gov.br. Acesso em: 17 nov. 2021.

VIOLÊNCIA Contra a Mulher: cresce o número de feminicídios no Brasil. Disponível em: <cpers.com.br>

UMA MULHER é vítima de feminicídio a cada 9 horas durante a pandemia no Brasil – Eco Nordeste. Disponível em: <agenciaeconordeste.com.br>

ESTACIONAMENTO. VAGA RESERVADA À PESSOA COM DEFICIÊNCIA. VIOLAÇÃO À LEI DE TRÂNSITO. DANO MORAL COLETIVO. NÃO CONFIGURAÇÃO. JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA-STJ.

LIVIO ARAUJO BRITO: Bacharel em Direito (URCA-CE) e servidor público federal.

Resumo: O estudo ora apresentado cuida da não configuração de dano moral coletivo quando alguém estaciona em vaga de estacionamento reservada para deficientes. De início, será abordada a previsão legal da vaga de estacionamento reservada para deficientes, além do próprio conceito de deficiente. Em seguida, analisará o conceito de dano moral coletivo e seus pressupostos. Por fim, será exarado o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça-STJ.

Palavras-chave: Estacionamento. Vaga reservada à pessoa com deficiência. Dano moral coletivo. Não configuração. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça-STJ.

1. INTRODUÇÃO

O direito constitucional à acessibilidade para as pessoas com deficiência está assentado, de forma expressa, no art. 227, § 2º, da Constituição Federal de 1988-CF/88, sendo que a lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir o acesso adequado para as mesmas.

Ademais, nos termos do art. 2º da Lei nº 13.146/2015, Estatuto da Pessoa com Deficiência-EPD, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Outrossim, o EPD em seu art. 47 prevê ainda que, em todas as áreas de estacionamento aberto ao público, de uso público ou privado de uso coletivo e em vias públicas, devem ser reservadas vagas próximas aos acessos de circulação de pedestres, devidamente sinalizadas, para veículos que transportem pessoa com deficiência com comprometimento de mobilidade, desde que devidamente identificados, sendo que a utilização indevida das vagas reservada sujeita os infratores às sanções previstas Código de Trânsito Brasileiro-CTB.

2. CONCEITO DE DANO MORAL COLETIVO E SEUS PRESSUPOSTOS

O dano moral coletivo é categoria autônoma de dano, independente de atributos da pessoa humana (dor, sofrimento etc.), e que se configura nos casos em que há lesão à esfera extrapatrimonial de determinada comunidade e fique demonstrado que a conduta agride, de modo ilegal ou intolerável, os valores fundamentais da sociedade, causando repulsa e indignação na consciência coletiva.

Dessarte, preenchidos esses requisitos, o dano configura-se "in re ipsa", dispensando, portanto, a demonstração de prejuízos concretos ou de efetivo abalo moral.

3. POSICIONAMENTO ATUAL DO STJ

A propósito, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça-STJ exarou o seu entendimento de que o estacionamento de veículo em vaga reservada à pessoa com deficiência não configura dano moral coletivo (AREsp 1.927.324-SP, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, por unanimidade, julgado em 05/04/2022, DJe 07/04/2022).

No caso julgado pelo STJ, o pedido era de condenação do réu condutor de veículo automotor ao pagamento de compensação por dano moral coletivo, em razão de ter estacionado em vaga reservada à pessoa com deficiência; ausentes peculiaridades do caso, como reincidência ou maior desvalor na conduta da pessoa natural.

Em casos tais, a Segunda Turma do STJ não tem acolhido a pretensão condenatória, considerando a ausência de elementos que, não obstante a relevância da tutela coletiva dos direitos da pessoa com deficiência ou idosa, evidenciem que a conduta agrida, de modo intolerável, os valores fundamentais da sociedade.

Dessarte, para o STJ, não há como afirmar que tal conduta tenha infringido valores essenciais da sociedade ou que possua atributos da gravidade e intolerabilidade.

Portanto, o caso trata, pois, de mera infringência à lei de trânsito, o que é insuficiente para a caracterização do dano moral coletivo.

4. CONCLUSÃO

O presente estudo objetivou demonstrar que o mero ato de estacionar veículo em vaga reservada à pessoa com deficiência não configura dano moral coletivo, nos termos da jurisprudência consolidada do STJ.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 28 Abr. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.146/2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm

Acesso em: 28 Abr. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em:
<https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>

Acesso em: 28 Abr. 2022.



UNIVERSIDAD DEL MUSEO SOCIAL ARGENTINO

DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

ROGÉRIA MARIA ALMEIDA FREITAS NOGUEIRA:
Graduada em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande - Paraíba. Doutorado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade del Museo Social Argentino. Ex Procuradora Jurídica da Prefeitura Municipal de Monte Horebe - Paraíba.

RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑO CAUSADO AL AMBIENTE ANTE LA CONTAMINACIÓN DE LOS RESIDUOS SÓLIDOS DOMÉSTICOS EN BRASIL Y ARGENTINA.

Tesis de Doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales,
presentada al Departamento de Pos-Graduación de la
Universidad del Museo Social Argentino – UMSA

Orientadora: Prof^a. Dr^a Sandra Sharry.
Traducctora: Sr^a. Graciela Rita Del Rizzo.

BUENOS AIRES

RESUMEN

En Brasil entre los años 50 y 60 el aumento de la producción industrial ocasionó un crecimiento avasallador de las ciudades aumentando consecutivamente la producción de residuos así como la toxicidad de los mismos. El hecho se convirtió en preocupación para todos debido al crecimiento de la contaminación causada por la basura y su mal destino y mala disposición. El desarrollo económico no podía ser cortado, entonces la producción tuvo que aliarse al desarrollo en forma sustentable. Con la promulgación de la Constitución de la República Federal de Brasil de 1988 se mostró la efectiva preocupación del legislador sobre el medio ambiente que dispuso un capítulo entero al tema. La Ley nº 6.938\81 la cual instituyó la Política Nacional del Medio Ambiente consagró la responsabilidad objetiva para los casos de reparación de daños ambientales lo que generó posiciones controvertidas pues aún no existe consenso por parte de la doctrina con respecto a la aplicación de este tipo de responsabilidad. Sobre este aspecto es que recae la problemática de este trabajo: ¿es razonable responsabilizar civilmente a los causantes de daños ambientales decurrentes de la contaminación por residuos sólidos domiciliarios? En este sentido se pretende hacer un análisis detallado de la contaminación causada por residuos sólidos domésticos bajo el aspecto de la responsabilidad civil por daños ambientales, los puntos favorables y desfavorables así como de las disposiciones legales referentes al

tema para posteriormente concluir sobre la posibilidad o no de este tipo de responsabilidad y en su afirmación la forma como se efectivizaría la misma. Los métodos de investigación utilizados fueron el exegético-jurídico, deductivo, histórico evolutivo y el bibliográfico. Donde se puede constatar que es posible la responsabilidad civil en la forma objetiva sin necesidad de comprobación de culpa para las personas físicas o jurídicas de derecho público o privado que causaren daños al medio ambiente decurrente de la contaminación por la mala destinación o mala gestión de los residuos sólidos urbanos por ellos descartados o producidos.

Palabras-clave: *Environment*; Polución. Derecho Ambiental. Derecho al medio ambiente. Derecho fundamental.

ABSTRACT

In Brazil, between the 1950s and 1960s, the industrial boom of the country led to an enormous growth of the cities, which resulted in higher levels of garbage and pollution. This increasing pollution caused by the garbage was object of great concern for everyone because of its wrong destination in the environment and its poor packaging. The industrial development of the country should continue, and production had to be aligned with development in a sustainable way. Legislators demonstrated to be worried about the environment when editing the Brazilian Federal Constitution in 1988, by devoting one whole chapter to the theme on it. The Law nº 6.938\81 instituted the National Politics for the Environment, which proclaimed the civil responsibility of individuals and entities for repairing environmental damage, has given rise to controversial points of view, in such a way that so far the doctrine has not achieved a consensus on how to apply the civil responsibility in practical terms, due to controversial opinions on the topic. The research problem of this thesis addresses this topic: is it possible to declare the civil responsibility of those who damage the environment by polluting it with solid domestic residues? In this sense, this thesis intends to make a detailed analysis of pollution caused by solid domestic residues under the aspect of civil responsibility for environment damage, including positive and negative aspects, as well as the laws regarding the theme. At the end, it will be concluded whether civil responsibility is possible or not, and, if possible, how it can be applied in practical terms. The research

methods used were the exegetical juridical, deductive, historical evolution and the bibliographical. The conclusion is that objective civil responsibility is possible for all individuals and public/private entities, without the need to proof that they are guilty, once they have polluted the environment by giving wrong destination to, or by not managing well, the urban solid residues that they have discarded or produced.

Keywords: *Environment; Pollution; Environmental law: The right to the environment; Fundamental right.*

No Brasil, entre os anos 50 e 60, o aumento da produção industrial ocasionou um crescimento avassalador das cidades, aumentando consecutivamente a produção de lixo bem como a toxidade do mesmo. O fato tornou-se preocupação de todos devido ao crescimento da poluição causada pelo lixo e sua má destinação e má disposição. O desenvolvimento econômico não poderia ser ceifado, então, a produção teria que ser aliado ao desenvolvimento de forma sustentável. Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, mostrou-se efetiva preocupação do legislador com o meio ambiente, que disponibilizou um capítulo inteiro ao tema. A Lei nº 6.938/81, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente consagrou a responsabilidade objetiva para os casos de reparação de danos ambientais, o que gerou posições controversas, pois ainda não ha um consenso por parte da doutrina a respeito da aplicação desse tipo de responsabilidade. Sobre este aspecto que recai a problemática deste trabalho: é cabível responsabilizar civilmente os causadores de danos ambientais decorrentes da poluição por resíduos sólidos domésticos? Neste sentido, se pretende fazer uma análise detalhada da poluição causada por resíduos sólidos domésticos sob o aspecto da responsabilidade civil por danos ambientais, os pontos favoráveis e desfavoráveis, bem como das disposições legais referentes ao tema, para posteriormente concluir sobre a possibilidade ou não desse tipo de responsabilização e em afirmativo, a forma como se efetivaria

a mesma. Os métodos de pesquisa utilizados foram o exegético-jurídico, dedutivo, histórico evolutivo e o bibliográfico. Onde se pode constatar que é possível a responsabilização civil na forma objetiva, sem a necessidade de comprovação de culpa, para as pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado que causarem danos ao meio ambiente decorrente da poluição pela má destinação ou má gestão dos resíduos sólidos urbanos por eles descartados ou produzidos.

Palavra-chave: *Environment; Poluição. Direito Ambiental. Direito ao meio ambiente. Direito fundamental.*

RESÚMEN	VIII
ABSTRACT	X
RESUMO	XII
INTRODUCCIÓN	21
CAPÍTULO 1 ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO AMBIENTAL	32
1.1. La definición de medio ambiente.....	33
1.1.1. Medio ambiente natural	37
1.1.2. Medio ambiente artificial	39
1.1.3. Medio ambiente laboral.....	40
1.1.4. Medio ambiente cultural.....	43
1.1.5. La definición de medio ambiente en el derecho brasileiro y argentino.....	45
1.1.6. Bien ambiental.....	52
1.1.7. Concepto de derecho ambiental.....	54
1.2. Medio ambiente en el derecho internacional	56
1.2.1.La Conferencia de Estocolmo y el medio ambiente como derecho humano	58
1.2.2.La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo y el concepto de desarrollo sustentable	61
1.2.3. El Protocolo de Kioto y el calentamiento global	61

1.2.4. La Agenda 21 y el principio de solidaridad.....	65
1.2.5. Tendencias y reflexiones acerca del medio ambiente en el derecho internacional	66
1.3. Medio ambiente en la legislación infraconstitucional brasileira	69
1.4. La constitucionalización del medio ambiente en el mundo	76
1.5. La constitucionalización del medio ambiente en Brasil	80
CAPÍTULO 2 PRINCIPIOS ESTRUCTURALES DEL DERECHO AMBIENTAL	84
2.1. Principio de precaución	85
2.2. Principio de prevención	94
2.3. Principio de responsabilidad y del contaminador- pagador.....	98
2.4. Principio de democracia, de ciudadanía, de información, de educación y de participación ambiental.....	105
2.5. Principio de prohibición de retroceso ecológico	119
2.6. Principio del mínimo existencial ecológico	121
2.7. Principio da razonabilidad	125
2.8. Colisión de derechos fundamentales al medio ambiente y a la protección de su contenido esencial.....	130
2.8.1. La restricción del derecho fundamental al medio ambiente y la	

protección de su contenido esencial	132
2.8.2. El principio de equilibrio y de ponderación	139
2.8.3. El principio da proporcionalidad	146
CAPÍTULO 3 COMPETENCIA DEL MEDIO AMBIENTE EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL	152
CAPÍTULO 4 DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.....	167
4.1. Esbozo histórico	168
4.2. Concepto de responsabilidad civil y naturaleza jurídica	172
4.3. Especies de previsión legal	175
4.3.1. Responsabilidad contractual y extracontractual	175
4.3.2. Responsabilidad objetiva (o teoría del riesgo) y subjetiva (o teoría de la culpa.....)	177
4.4 Presupuestos de la responsabilidad civil.....	178
4.4.1. Acción u omisión del agente.....	179
4.4.2. La culpa como fundamento de la responsabilidad civil.....	180
4.4.3. Daño	182
4.4.4. Relación de causalidad.....	185
4.5. Excluyentes de la responsabilidad civil.....	186
4.6. Responsabilidad civil ambiental en el derecho brasileiro ... y argentino.....	190
4. 7. Responsabilidad Civil del Estado	195
CAPÍTULO 5 DEL DAÑO AMBIENTAL	199

5.1. La cuestión ambiental en Brasil	200
5.2. El daño ambiental.....	206
5.3. Clasificación del daño ambiental	215
5.3.1. En cuanto a la amplitud del bien protegido	215
5.3.2. En cuanto a la reparación y al interés involucrado	217
5.3.3. En cuanto a su extensión	218
5.4. Características	219
5.4.1. Víctimas de pulverización.....	220
5.4.2. Difícil reparación	220
5.4.3. Difícil valoración	221
5.5 Reparación del daño ambiental.....	222
CAPÍTULO 6 DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO POR DAÑO CAUSADO AL MEDIO AMBIENTE.....	228
6.1. El medio ambiente como derecho fundamental de cuarta generación.....	229
6.2. Responsabilidad civil del Estado frente al daño ambiental	233
6.3. Excluyentes de la responsabilidad civil del Estado por daño causado al medio ambiente.....	240
CAPÍTULO 7 DE LOS RESIDUOS SÓLIDOS.....	247
7.1. Concepto y clasificación	248
7.2. Diferencia entre basura y residuos.....	253
7.3. Tratamiento y destino final de los residuos.....	255
7.3.1. Depósito a cielo abierto.....	258

7.3.2. Relleno sanitario	259
7.3.3. Incineración	260
7.3.4. Compostaje	261
7.3.5. Reciclaje.....	262
7.3.6. Recolección selectiva	264
7.4. Residuos sólidos domésticos	265
CAPÍTULO 8 RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DAÑO AMBIENTAL CAUSADO POR RESIDUOS SÓLIDOS DOMÉSTICO EN BRASIL Y ARGENTINA.....	268
8.1. Contaminación causada por los residuos sólidos domésticos.....	269
8.2. Formas de reparación por daño ambiental causado por residuos sólidos domésticos	274
8.3. Responsabilidad civil por los daños causados por la contaminación por residuos sólidos domésticos.....	276
8.3.1. Teoría del riesgo integral.....	278
8.3.2. Del agente activo y del agente pasivo.....	280
8.3.3. Responsabilidad civil de las personas jurídicas de derecho privado.....	281
8.3.4. Responsabilidad civil de las personas jurídicas de derecho público	282
8.3.5. Acumulación de las sanciones de naturaleza civil, penal y administrativa.....	284
8.3.6. Imprescindibilidad de la reparación de los daños ambientales...	285

8.3.7. Formas de reparación del daño ambiental	285
8.4. Eficacia de la responsabilidad.....	286
CAPÍTULO 9 INSTRUMENTOS PROCESALES DE DEFENSA DEL MEDIO AMBIENTE	288
9.1. Acción Civil Pública.....	289
9.2. Acción Popular Ambiental.....	291
9.3. Interdicto Colectivo.....	293
9.4. Acción Directa de Inconstitucionalidad de la Ley o Acto Normativo	295
9.5. Interdicto de Mandato Ambiental	296
10. CONCLUSIÓN	298
11. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	305

LISTAS DE SIGLAS Y ABREVIATURAS

§ - Párrafo

ABNT – Asociación Brasileira de Normas Técnicas

ART – Artículo

CF – Constitución Federal

CONAMA – Consejo Nacional del Medio Ambiente

CDC – Código de Defensa del Consumidor

EIA – Estudio de Impacto Ambiental

EPIA – Estatuto Previo de Impacto Ambiental

GEE – Gases do Efecto Invernadero

IBAMA – Instituto Brasileiro de Medio Ambiente

Nº - Número

P. – Página

PNAMA – Política Nacional de Medio Ambiente

RIMA – Informe de Impacto Ambiental

SEMA – Secretaría Especial de Medio Ambiente

INTRODUCCIÓN

El derecho al medio ambiente es un derecho colectivo que pertenece a todos y cada uno a mismo tiempo pues todos tienen el derecho de vivir en un medio circundante ecológicamente equilibrado, un *hábitat* que aunque sea natural le proporcione al hombre la mejor calidad de vida posible. Este medio ambiente será imposible si no reina en la conciencia de cada ciudadano y del Poder Público la preservación y reparación de este medio natural y artificial debiendo aquellos que provocan una acción dañosa a este bien ser debidamente responsabilizados.

Actualmente el medio ambiente ha sido el centro de debates por parte de toda una sociedad, los estudiosos, legisladores, grupos de ambientalistas y la sociedad como un todo vienen demostrando mayor preocupación con lo que hoy es considerado uno de los grandes problemas de la humanidad: la preservación de los recursos naturales no renovables y terminados.

La vida en la tierra comenzó a estar comprometida luego del inicio de un crecimiento y consumismo desenfrenado y sin límites donde innumerables problemas ambientales son el reflejo de esta actuación humana generadora de descontroles ambientales a nivel global

comprobando que la naturaleza está quedando saturada y no aguanta más tantos desmanes.

Los casos ecológicos, como se ve, no ocurren solamente en países pobres sin un planeamiento urbano adecuado. Muy por el contrario. Son varios los Estados-nación que están sufriendo las consecuencias por el desrespeto a la naturaleza aún sabiendo que muchas veces no han contribuido directamente al impacto negativo del medio ambiente habida cuenta del riesgo que es inherente a la problemática ambiental. No se sabe con exactitud cómo la naturaleza se manifestará en relación a las actitudes del hombre habida cuenta que la sociedad contemporánea produce riesgos que pueden ser controlados y otros que escapan o neutralizan los mecanismos de control típicos de la sociedad industrial.

Se inaugura por consiguiente una sociedad de riesgo, modelo teórico que marca la falencia de la modernidad, emergiendo un período pos-moderno en la medida en que las amenazas producidas a lo largo de la sociedad industrial comienzan a tomar forma. Los pilares de la concepción moderna de civilización ya no consiguen más explicar los desarrollos de la ciencia y de la sociedad.

No importa si tan solo un país, un Estado o una región tienen conciencia ambiental en la orientación de sus políticas públicas y de apoyo a la iniciativa privada. Es preciso que todos estén unidos y solidarios pues no existen fronteras cuando se trata de daño ambiental.

Los impactos del hombre en el medio ambiente extrapolan el concepto geopolítico de territorio y las limitaciones de la soberanía. Un daño ambiental no queda circunscripto al lugar de su realización habida cuenta que ocurre la desaparición de las fronteras nacionales pues los Estados no consiguen ya limitar las actividades de los individuos.

La Constitución Nacional de la República Argentina se preparó para el proceso de integración admitiendo que los Tratados poseen jerarquía sobre las leyes e inferior a la Constitución refiriéndose a la delegación de poderes a los organismos supranacionales en su art. 75. El artículo 31 aún establece que la Constitución, las leyes dictadas por el Congreso y los tratados son la Ley Suprema de la Nación Argentina.

Es de vital importancia el acuerdo entre la República Argentina y la República Federal de Brasil sobre la Cooperación en Materia Ambiental hecha en Buenos Aires el nueve de abril de 1996, aprobado por la Ley 24.930 y promulgada en enero de 1998.

En su parte introductoria habla de la protección del medio ambiente y de la investigación por una mejor calidad de vida recordando así mismo los compromisos asumidos por ambos países en la Conferencia de Río de 1992.

El acuerdo se firmó como marco dentro del cual se desarrollaría la coordinación, consulta y cooperación bilateral en materia ambiental entre Argentina y Brasil (art.1).

Para solucionar tales problemas todos los países vienen adoptando medidas cautelares con el fin de al menos disminuir la destrucción de componentes de la naturaleza vitales para el ser humano, su saludable calidad de vida para el buen funcionamiento de los ecosistemas del planeta y preservación de un medio ambiente saludable para las generaciones futuras que sufran los reflejos de este problema a largo plazo.

En Brasil no podría ser diferente a pesar de encontrarse un poco retrasado con respecto a otros países el ordenamiento patrio pasó a adoptar medidas más incisivas de protección a la naturaleza principalmente luego de la promulgación de la Constitución de la República Federal de Brasil de 1988 que previó un capítulo exclusivo para el tratamiento de las cuestiones ambientales considerando al Medio Ambiente como bien de uso común de todos, derecho fundamental y difuso en el cual a todos incumbe el deber de cuidar y de preservar.

Un gran problema que permea a las sociedades urbanas es la basura, el nivel de consumo aumenta cada día y las personas ya no tienen control sobre sus propios residuos producidos, el aumento de la generación de residuos sólidos domésticos se tornó en un gran desafío para los gobernantes como para todos los miembros de la sociedad. Los productos tienen una vida útil cada vez más corta y el estímulo al consumismo sin responsabilidad ni conciencia ambiental son factores causales de esta discusión.

El tratamiento y disposición final de estos residuos, en especial de los domésticos están en desacuerdo con la armonía deseada para un desarrollo sustentable basado en la conservación de los recursos naturales.

El medio ambiente es propiedad de todos y responsabilidad de todos, surge entonces el cuestionamiento en lo referente a la responsabilidad de aquellos que desobedecen los preceptos y normas ambientales en favor del uso y descarte indiscriminado de materiales en el medio ambiente.

Los residuos sólidos domésticos con el pasar del tiempo y el aumento de las tecnologías paradójicamente se tornaron cada vez más tóxicos y perjudiciales para la salud, además de ésto el gran volumen de producción va en contra de la falta de espacio suficiente para el destino final de los mismos, tornándose en concretos daños ambientales sujetos a responsabilidad.

De esta forma, las preguntas que guían a la búsqueda de respuestas son las siguientes:

¿Cuál es la importancia de la responsabilidad Civil por daño causado al medio ambiente enfrentando la contaminación por residuos sólidos domésticos en Brasil y Argentina?

¿Es posible responsabilizar civilmente a aquellos que destinan y disponen los residuos sólidos domésticos en forma inadecuada en el medio ambiente comprometiendo así el desarrollo sustentable y la calidad

de vida humana? La hipótesis recogida fue afirmativa en virtud de preceptos legislativos que son utilizados para la conservación del bien mayor de toda la humanidad: la vida saludable basada en la calidad de vida en equilibrio con la naturaleza.

La importancia de esta tesis es científica, profesional y social.

La relevancia científica de la tesis consiste en la producción de conocimientos de manera metódica y sistemática contribuyendo para el avance y actualización del Derecho como ciencia en la medida que demuestra la nueva interpretación acerca de la responsabilidad Civil por daño causado al medio ambiente como consecuencia de residuos sólidos domésticos vinculándola al cumplimiento de los objetivos trazados por la Constitución de la República Federal de Brasil de 1988 como también por la Constitución Argentina de 1994.

El ordenamiento patrio pasó a adoptar medidas más incisivas de protección a la naturaleza principalmente luego de la promulgación de la Constitución de la República Federal de Brasil de 1988 que previó un capítulo exclusivo al tratamiento de las cuestiones ambientales considerando al medio ambiente como bien de uso común a todos, derecho fundamental y difuso en el cual todos están involucrados en el deber de cuidar y de preservarlo.

La relevancia profesional consiste en posibilitar la injerencia del Poder Judicial en los abusos y equívocos de las políticas públicas ordenadas por el Estado-Administración posibilitando que los agentes

legitimados a defender la sociedad puedan juzgar acciones que presenten un resultado práctico, es decir a la efectiva concreción de los derechos elencados en la Constitución de la República Federal de Brasil de 1988 y de la Constitución de la República Argentina de 1994.

La contribución social de la investigación se hace presente en el hecho de poner a disposición de la sociedad la mejora de las condiciones de existencia al medio ambiente. Con este trabajo se busca colaborar con una mejora en la calidad de vida. Así, con la nueva interpretación que propone esta investigación la sociedad tendrá un instrumento efectivo para hacer valer sus derechos garantizados constitucionalmente.

Se muestra, así, el debate de la legitimidad constitucional de las leyes que se alejan de la directriz final establecida en el principio de justicia y la inquebrantable responsabilidad del Poder Judicial de ejercer el correspondiente control jurisdiccional con miras a salvaguardar el imperio de la Constitución.

Pero si, como se ha visto, los daños causados al medio ambiente tienen naturaleza constitucional la verificación de su obediencia o violación por los demás poderes no puede escapar al poder encargado de velar por la observancia de la propia Constitución.

Es cierto que del efectivo control jurisdiccional ahora expuesto derivará un profundo efecto disuasivo sobre el Legislador determinando la promulgación de leyes Civiles y Ambientales más justas y orientadas a

atender por los daños causados al medio ambiente por la contaminación de residuos sólidos domésticos.

Debido a la relevancia del tema y a la actualidad del mismo fue necesario establecer un estudio profundizado de cuáles serían esos residuos y las formas más adecuadas de disposición final de los mismos en consonancia con las reglas ambientales así como la responsabilidad en la esfera civil de aquellos que desobedecieren las normas reguladoras generando perjuicios a terceros y principalmente a la colectividad.

Para dar soporte argumentativo a la presente investigación se utilizaron los métodos exegético-jurídico, deductivo y a través de consultas en la doctrina, en la legislación, en la jurisprudencia y en sites relacionados al tema. La evaluación de lo histórico evolutivo y de los dispositivos legales referentes al tema en cuestión también van a ser abordadas.

Las hipótesis de la Tesis fueron investigadas a través de la investigación del tipo Dogmático-Jurídico (Bibliográfico), donde fueron investigadas las obras de los mayores nombres del Derecho Civil y del Derecho Ambiental en Brasil y también obras de los autores Argentinos así como artículos, textos y legislaciones sobre el asunto extraídos de revistas y sites en internet.

A través de la bibliografía tradicional se encontraron posiciones encontradas, conceptos y definiciones, imprescindibles para el buen desarrollo de la investigación así como en los textos más recientes

encontrados en los sites nos dan las variables necesarias para la polémica, para la investigación que nos darán las variables necesarias para la polémica de la investigación.

Según la utilización de los recursos la investigación es pura. Según el abordaje la investigación es cualitativa y según los objetivos la investigación es exploratoria y descriptiva.

Objetivo general:

Analizar la responsabilidad civil por daño causado al medio ambiente frente a la contaminación por residuos sólidos domésticos en Brasil y Argentina;

Objetivo específico:

Identificar cuál es la importancia de la responsabilidad Civil por daño causado al medio ambiente frente a la contaminación de los residuos sólidos domésticos en Brasil y Argentina;

Analizar si es posible responsabilizar civilmente a aquellos que destinan y disponen residuos sólidos domésticos en forma inadecuada en el medio ambiente comprometiendo el desarrollo sustentable y la calidad de vida humana;

Verificar si existe la posibilidad de responsabilidad civil derivada de la mala destinación de los residuos sólidos domésticos y si existe un aspecto positivo y cómo se da este proceso.

La tesis fue dividida en nueve capítulos. En el primero se analiza la historicidad de la protección jurídica ambiental por medio del estudio

de las variadas definiciones de medio ambiente discutiéndose también el fenómeno de la constitucionalización de la tutela ambiental en el mundo y en el derecho brasileiro. Se intensifica además el realizar una breve evolución de los principales tratados internacionales que abordan la problemática ambiental en la medida en que los desafíos ecológicos no pueden permanecer restringidos tan sólo a un Estado, región o país.

En el segundo capítulo de esta tesis se utilizan los principios con el fin de ofrecer al intérprete que trata con el derecho ambiental instrumentos en busca de un fundamento lógico, racional y coherente en los procesos decisivos en general. Ha servido como guía para el intérprete en miras a buscar sentidos que sean convenientes para la afección y efectivización del Derecho Ambiental.

El tercero refiere a la evolución histórica y a la protección constitucional del medio ambiente.

En el cuarto capítulo se trata la responsabilidad civil en sus aspectos generales analizando la evolución histórica desde Roma Antigua hasta los días actuales y como está regulada en Brasil luego de la vigencia del Nuevo Código Civil (Ley 10. 402\2002), procurando analizar sus conceptos y sus especies, los presupuestos esenciales para su caracterización como así también se analiza en forma sucinta la responsabilidad civil por daño causado al medio ambiente y trayendo resumidamente la responsabilidad civil del Estado en cuanto causante.

A continuación en el quinto capítulo se analiza la cuestión ambiental en Brasil realizando una breve evolución histórica procurando visualizar la protección al medio ambiente desde antes de los años ochenta hasta llegar a los días actuales, introduciéndose en el contexto el concepto de daño ambiental, cómo éste se encuentra clasificado por la doctrina y cuáles son sus principales características tratando la cuestión de la reparación de esta especie de daño.

En el sexto capítulo, se analiza la responsabilidad del Estado por el daño causado al medio ambiente así como la adecuación de los excluyentes de la responsabilidad cuando se trata del Estado como agente causante del daño haciendo una breve síntesis de las acciones a ser utilizadas por los ciudadanos para efectuar la tutela ambiental y clasificando al medio ambiente como un derecho fundamental de cuarta generación.

El séptimo capítulo trata sobre los residuos sólidos en general, sus conceptos, clasificación, diferenciación y la problemática del tratamiento y destinación final, basado en los residuos sólidos domésticos. Bajo el análisis de la forma de disposición final y del tratamiento de estos residuos en las sociedades contemporáneas y en especial en Brasil y en Argentina que en manera general son inadecuadas si son analizadas bajo la égida del desarrollo sustentable.

En el octavo capítulo, el abordaje es acerca de los daños causados al medio ambiente derivado de la mala destinación de los

residuos sólidos domésticos así como de la contaminación generada y la cuestión de la responsabilidad civil basada en la teoría del riesgo integral de la responsabilidad objetiva y de las formas de reparación de los daños.

En el noveno capítulo se tratan los instrumentos procesales de defensa del medio ambiente.

CAPÍTULO 1 ASPECTOS GERALES DEL DERECHO AMBIENTAL

Hasta hace poco tiempo atrás el hombre veía al medio ambiente como un recurso ilimitado de donde podría retirar lo que le fuera necesario dejando en el lugar los residuos, basura y restos del proceso de producción. Al pasar del tiempo esta visión cambió, la humanidad percibió que el crecimiento avasallador de las ciudades y la globalización trajeron como consecuencia la contaminación que generó grandes desastres naturales, surge entonces la necesidad de cambio en la manera como estaba siendo tratado nuestro medio ambiente. En fin, comienza a emerger una preocupación real para con el medio ambiente y a partir de esto llegaron los conceptos y dispositivos legislativos a fin de proteger a la naturaleza de los desmanes cometidos por el propio hombre.

Difícilmente se podría realizar un estudio sobre un tema tan importante como la destinación de los residuos sólidos que en la mayoría

de los casos es responsable de gran parte de la contaminación en el ámbito urbano sin tomar en consideración los aspectos reales del Derecho Ambiental, sus conceptos, principios, evolución histórica y legislativa.

1.1. LA DEFINICIÓN DE MEDIO AMBIENTE

La expresión “medio ambiente”¹ que fue adoptada por el derecho brasileiro y por varios otros países además de instrumentos internacionales se revela en forma redundante. Ésto se debe al hecho de que “medio” y “ambiente” son sinónimos habida cuenta que ambos significan aquello que incluye el entorno donde se vive²⁻³.

¹ Milare explica que a expressão “meio ambiente” (*milieu ambiant*) parece ter sido utilizada pela primeira vez pelo naturalista francês Geoffroy de Saint-Hilaire na obra *Études progressives d'un naturaliste*, de 1835, tendo sido perfilhada por Augusto Comte. Acerca do sentido do citado termo, ressalta o autor que o meio ambiente pertence “a uma daquelas categorias cujo conteúdo é mais facilmente intuído que definível, em virtude da riqueza e complexidade do que encerra”. Referida observação é de suma importância, como será visto em momento oportuno, uma vez que o raciocínio indutivo exerce forte influência na questão ambiental e na interpretação de suas normas jurídicas. (MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco*. Doutrina, jurisprudência, glossário, 5. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007, p. 109).

² A Declaração de Estocolmo, instrumento internacional assinado na Convenção de Estocolmo, em 1972, proclamou, pela primeira vez, o direito humano ao “meio ambiente”. Utilizou-se, portanto, o binômio vocabular, até mesmo com o intuito de reforçar o significado.

³ De acordo com Machado a expressão “meio ambiente”, embora seja “bem sonante”, não é, entretanto a mais adequada, pois envolve em si mesma um pleonasma. ³ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 126-127. Já Rodrigues, ao contrário, não vê “redundância como sói a maioria da doutrina, senão porque cuida de uma entidade nova, autônoma e diferente dos simples conceitos de *meio* e de *ambiente*. O alcance da expressão é mais largo e mais extenso do que o de simples ambiente” (RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito ambiental: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 64).

En países como Italia y Francia el constituyente adoptó sólo “ambiente”⁴⁻⁵. Ya España⁶ hizo la misma opción que la brasileira y argentina al utilizar la nomenclatura “medio ambiente”. Entretanto, a pesar de la redundancia del término en la diferencia de opción por los Estados tal hecho se trata de aspectos meramente formales no influenciando en el alcance jurídico brasileiro, el término “medio ambiente” será adoptado en esta obra⁷. Acerca de su definición, Antunes (2008) explica que:

(...) meio ambiente compreende o humano como parte de um conjunto de relações econômicas, sociais e políticas que constroem a partir da apropriação dos bens naturais que, por serem submetidos à influência humana, transformam-se em recursos essenciais para a vida humana em quaisquer de seus aspectos⁸.

⁴ O art. 177, s, da Constituição da República Italiana, de 1º de janeiro de 1948, prevê que compete ao Estado legislar sobre a tutela “dell’ambiente”. No mesmo sentido, a França estabelece “l’environnement” para tratar de questões ambientais, assim como os países de língua inglesa optaram pelo “environment”.

⁵ FERRARA, Rosario; FRACCHIA, Fabrizio; RAZON, Nino Olivetti. *Diritto dell’ambiente*. 3. ed. Roma: Laterza, 2000, p. 3.

⁶ A Constituição espanhola, de 27 de dezembro de 1978, preconiza em seu art. 45 que todos têm direito de desfrutar de um “medio ambiente” adequado para o desenvolvimento da pessoa.

⁷ Meio ambiente não se confunde com ecologia. Esta se refere, segundo Soares, a “um ramo da biologia no qual os seres vivos são estudados na sua interação recíproca com outros seres vivos e na dependência destes em relação ao mundo inorgânico que o cerca”. Explica, ainda, o autor que por conta da concepção rigorosa de ciência do *habitat*, a ecologia não tem nenhuma vinculação com a ética e o Direito, pois nesses campos prevalece o comportamento livre do homem, o que inexistente no mundo da ecologia. Apesar de o conceito de meio ambiente ser menos preciso que ecologia, é ele que alcança proteção jurídica (SOARES, Guido Fernando Silva. *Proteção internacional do meio ambiente*. São Paulo: Manole, 2003, p. 2-4).

⁸ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 9.

El concepto de medio ambiente es por lo tanto, según Silva (2007), globalizante. Al entender del autor, medio ambiente es “a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”⁹⁻¹⁰.

La concepción de medio ambiente engloba no sólo al conjunto sino a todos los factores involucrados. Del mismo modo como es un bien de vida su contenido acaba siendo variable en el tiempo y en el espacio. Tienen que ser verificadas las leyes y las interacciones que permiten el equilibrio entrópico sin el cual no existiría la vida. Se trata de la idea de macrobien defendida por Leite (2003)¹¹.

Grigaravicius M.D (2001), señala hacia el concepto de “*medio ambiente*” se mueve entre una acepción demasiado estricta – de la protección de la *naturaleza* – y un enfoque demasiado global – el conjunto de los problemas referentes a *calidad de vida*, “*a felicidad*”-¹² .

⁹ SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 20.

¹⁰ Perrini sustenta que o “ambiente pode ser definido como o conjunto de elementos naturais e culturais que integrados, compõem o meio em que vivemos. Destarte, o conceito de meio ambiente deve abarcar toda essa gama de elementos, entre os quais se incluem as riquezas naturais (como, v.g., a água, o ar, o solo, a fauna), artificiais e os bens culturais correspondentes (patrimônio, histórico artístico etc.)” (PERRINI, Raquel Fernandes. A ação popular como instrumento de defesa ambiental. *Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 11, abr./jun., p. 183-207, 1995, p. 197).

¹¹ “A doutrina prevaiente no direito brasileiro posiciona-se com visão globalizante e abrangente do conceito jurídico do meio ambiente, a partir da posição doutrinária de Gianini”. E, posteriormente, destaca-se que “o bem ambiental (macrobem) é um bem de interesse público, afeto à coletividade, entretanto a título autônomo e como disciplina autônoma” (LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 79 e 84).

¹² Grigaravicius, Maria Delia Pereiro de. *Dano Ambiental en el Medio Ambiente Urbano*. Um Nuevo Fenómeno Económico en el Siglo XXI. La Ley. Buenos Aires: Fondo Editorial Derecho y Economía. 2001, p. 2.

En Argentina, conforme a la postura mayoritaria de la doctrina, las normas constitucionales de art. 41 adoptan un concepto amplio de medio ambiente comprendiendo los recursos naturales y culturales que directa o indirectamente conforman el hábitat del ser humano¹³. En tal sentido se consideran como objetos de protección a los recursos naturales la biodiversidad, el patrimonio natural y el cultural (art. 41, párrafo 2º)¹⁴.

En Argentina la Ley General del Ambiente 25.675 establece los presupuestos mínimos para conseguir una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y de la implementación del desarrollo sustentable (art.1º), comprende los recursos ambientales tanto naturales como culturales, de los sistemas ecológicos, de la diversidad biológica (art. 2º), protegiendo el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas y de los bienes o valores colectivos (art. 27).

¹³ Informe de la convencional Elba Roulet en el Plenario de la Convención Constituyente, véase Garcías Pullés, *Vías procesales en la protección de los derechos al ambiente*, LL, 1995-A-861. En el mismo sentido Scotti, *La preservación del ambiente y el derecho urbanístico en la reforma constitucional*, ED, 160-737; Castelli, *La obligación de recomponer el daño ambiental en la Constitución Nacional*, LL, ejemplar Del 5\4\95, p. 1; Tawil, *La cláusula ambiental en la Constitución Nacional*, LL, ejemplar Del 15\05\95, p.10; Natale, *Protección del medio ambiente en la reforma constitucional*, LL, 1994-E- 1387. La opinión más difundida incluye en el concepto de medio ambiente no solo a los bienes naturales sino también a los culturales y, aun, a los problema de política social. Estos autores concluyen en el concepto de calidad de vida. Se señala que el objetivo fundamental de la normativa ambiental es lograr y mantener la calidad de vida (Flahsmayevsky, *La regulación procesal en el derecho ambiental americano*, LL, 1993-E-935; Bellorio, *La normatividad ambiental latinoamericana*, ED, 102-918; Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela, *La responsabilidad civil en la era tecnológica*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989, p. 112; Bustamante Alsina, *Derecho ambiental*, p. 41).

¹⁴ Gelli, *La competencia de las provincias en materia ambiental*, LL ejemplar, del 21\10\97, p. 1; Jiménez, *Consideraciones acerca de un interesante fall reciente y la ratificación de un camino irreductible en materia medioambiental*, LL, Suplemento de Derecho Ambiental", ejemplar de 26\8\97, p. 4.

Jose Afonso da Silva (1981), al tratar la materia ha sostenido que “el medio ambiente” de este modo es “a interação de conjunto de elementos naturais, artificias e culturais que propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida humana”¹⁵.

Se percibe por consiguiente que el medio ambiente involucra varias dimensiones no sólo el natural. Destaca José Afonso da Silva (1981) que la doctrina clásica señala tres aspectos los cuales son natural o físico, artificial o construido y cultural¹⁶. Ya el medio ambiente de trabajo para el mismo autor estaría inserto dentro del artificial.

A pesar de que la doctrina mayoritaria¹⁷ señala el carácter globalizante y amplio del concepto jurídico de bien ambiental (macrobien) es menester analizar las peculiaridades de sus dimensiones en la idea de microbien¹⁸, conforme será analizada en los próximos tópicos.

1.1.1. MEDIO AMBIENTE NATURAL

¹⁵ Silva, Jose Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*, São Paulo, 1981, p. 435.

¹⁶ SILVA, ob. cit., p. 21.

¹⁷ É importante destacar que a indicação dos três aspectos do meio ambiente demonstra apenas uma visão jurídica, que reside no fato de que estão submetidos a regime jurídicos diversos. No entanto, “a doutrina tem se debruçado sobre da questão da unidade ambiental, com algumas divergências que tende a desaparecer” (SILVA, ob. cit., p. 22). Ainda sobre o tema, tal divisão é criticada por conta da “própria unidade do meio ambiente, também pelo fato dos princípios do direito ambiental aplicam-se tanto à proteção global do meio ambiente como à proteção dos elementos que o constituem, sejam eles naturais, culturais ou artificiais” (SILVA, Solange Teles da. *Direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 227-228).

¹⁸ LEITE, ob. cit., p. 85.

En un primer momento, cuando se habla de medio ambiente inmediatamente se vincula a los objetos naturales, es decir aquellos que existen independientemente de la actuación humana pero que sufren repercusiones de sus actividades contaminantes.

El medio ambiente natural o físico, de acuerdo con Fiorillo (2008):

(...) é constituído pela atmosfera, pelos elementos da biosfera, pelas águas (inclusive pelo mar territorial), pelo solo, pelo subsolo (inclusive recursos minerais), pela fauna e flora. Concentra o fenômeno da homeostase, consistente no equilíbrio dinâmico entre os seres vivos e meio em que vivem¹⁹.

Está por consiguiente formado por el aire, la atmósfera, el agua, el suelo, el subsuelo, la fauna, la flora y la biodiversidad²⁰. Comprende los elementos naturales del medio ambiente más comúnmente conocidos por las personas en general. Consecuentemente sus elementos poseen una mayor visibilidad fáctica adquiriendo elevada disciplina jurídica²¹.

Las primeras normas ambientales dieron un enfoque utilitarista de la naturaleza en la medida en que era considerada como un bien

¹⁹ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva 2008, p. 20.

²⁰ Dentre os recursos naturais, encontram-se o da biodiversidade, que segundo o art. 2º da Convenção sobre a Diversidade Biológica é a “variabilidade de organismos vivos de todas as origens, compreendendo, dentre outros, os ecossistemas terrestres, marinho e outros ecossistemas aquáticos e os complexos ecológicos de quem fazem parte; compreendendo ainda a diversidade dentro de espécies, entre espécies de ecossistemas” (LEUZINGER, Márcia Dieguez; CUREAU, Sandra. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 5).

²¹ BARROS, Wellington Pacheco. *Curso de direito ambiental*. 2. ed. São Paulo; Atlas, 2008, p. 124.

inagotable²². Nunca habría el hombre imaginado que el agua, las plantas, o el aire, en fin, los bienes naturales podrían tornarse escasos.

Es de concluir que el medio ambiente natural sirve de base para las demás dimensiones ambientales. Sin embargo nunca se debe olvidar el tener a la naturaleza como matriz para otras vertientes del medio.

1.1.2. MEDIO AMBIENTE ARTIFICIAL

El ambiente artificial, consonante según Fiorillo (2008), es comprendido como “pelo espaço urbano construído, consistente no conjunto de edificações (chamado espaço urbano fechado), e pelos equipamentos públicos (espaço urbano aberto)”²³. Su estudio se retrotrae al inicio de la vida humana y de la consecuente necesidad de la naturaleza de adecuarse a la convivencia entre los hombres. Dice Seguin (2006):

O Meio Ambiente Artificial começa quando o homem pré-histórico aprisiona um volume espacial, dentro das cavernas, para fugir da imensidão dos espaços abertos, protegendo-se das intempéries e das feras. Desta adaptação da natureza às necessidades humanas surge o Meio Ambiente Construído ou Artificial, onde as relações sociais se desenvolvem²⁴.

²² SÉGUIN, Elida. *O direito ambiental: nossa casa planetária*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 20.

²³ FIORILLO, ob. cit., p. 21.

²⁴ SÉGUIN, ob. cit., p. 21

En una forma resumida, “o meio ambiente artificial é aquele estruturado através da cidade e a possibilidade de nela se viver com qualidade de vida, contexto que é disposto através da lei”²⁵.

Un cuestionamiento interesante a pesar de la tridimensionalidad del medio ambiente reposa en el hecho de que el ambiente cultural no ha sido en un primer momento artificial o viceversa existiendo así redundancia de los aspectos. Fundamentalmente como ya se ha resaltado la referida división es jurídica; aún existiendo una base común las dimensiones están sujetas a un régimen jurídico diferenciado (microbien). Por ello es que viene aumentando el número de adeptos con una visión integradora del ambiente (macrobien)²⁶.

1.1.3. MEDIO AMBIENTE LABORAL

El medio ambiente laboral es el lugar donde se desarrolla buena parte de la vida del trabajador cuya calidad de vida está por consiguiente en íntima vinculación con la calidad de este ambiente. En el entender de José Afonso da Silva (2007), es un ambiente que se inserta en el artificial mereciendo un tratamiento especial²⁷⁻²⁸.

²⁵ BARROS, ob. Cit., p. 144.

²⁶ SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 22.

²⁷ Ibidem, p. 22.

²⁸ Na lição de Barros, “o homem passou a integrar plenamente o meio ambiente no caminho para o desenvolvimento sustentável preconizado pela nova ordem ambiental mundial; consequência disto é a consideração de que o meio ambiente do trabalho

A pesar de la preocupación respecto al medio ambiente en general, recientemente se ha reportado el surgimiento en la sociedad de masa de un fenómeno observado en la segunda mitad del siglo XVIII que es la presencia de problemas relacionados a la salud del trabajador que sin embargo son muy antiguos teniendo origen en el período greco- romano²⁹.

Se ha encontrado que el medio ambiente laboral es consecuencia del derecho a la salud que se revela en las Constituciones modernas como derecho fundamental del trabajador³⁰. Acerca del tema la Convención n. 148 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT regula al medio ambiente laboral al disponer sobre contaminación del aire, ruido, vibraciones etc., teniendo la posibilidad cada Estado-miembro en el momento de su ratificación verificar la compatibilidad de acuerdo con el orden local.

En la doctrina laboral, Barros (2008) explica que “a utilização de procedimentos, substâncias ou materiais que exploram os trabalhadores a esses riscos, deverá ser comunicada à autoridade competente, que

também faz parte do conceito mais amplo de ambiente, de forma que deve ser considerado como bem a ser protegido pelas legislações para que o trabalhador possa usufruir de melhor qualidade de vida” (BARROS, ob. cit., p. 145-146).

²⁹ FIORILLO, ob. cit., p. 339.

³⁰ Carlesso defende que o meio ambiente do trabalho ecologicamente equilibrado é um direito fundamental não só dos empregados (que mantêm vínculo formal de emprego, de acordo com o art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT), mas de todos os trabalhadores. Aponta que deve ser buscada uma solução que não distinga duas classes de seres humanos, quais sejam, “os que têm direito a um ambiente digno preservando sua saúde e segurança e aqueles que, não tendo a mesma sorte de estarem vinculados sob subordinação, podem ficar sujeitos a toda sorte de agravos sem direito à intervenção estatal protetiva desses mesmos bens” (CARLESSO, Luciano Arlindo. Direito humano a um meio ambiente de trabalho ecologicamente equilibrado: um direito de todos os seres humanos trabalhadores. *Revista LTr*, v. 72, n. 2, fev. 2008, p. 209-219).

poderá autorizá-las com cautela ou proibi-las, fixando limites de exposição”³¹.

Aún en la misma línea se manifiesta Séguin (2006) en el sentido de que el medio ambiente laboral “faz a relação entre a ocupação do indivíduo e as doenças decorrentes dos riscos ambientais assumidos no processo de produção, objetivando preveni-las, com a utilização de recursos da engenharia e da medicina, preservando o Meio Ambiente e a saúde do trabalhador”³².

Como se vé el ambiente laboral está vinculado a la cuestión de la seguridad y salud del trabajador reflejándose en los grados de peligrosidad e insalubridad conforme a la legislación específica de cada país.

La discusión en torno al medio ambiente laboral, entretanto, no viene ocupando la debida importancia entre los operadores del derecho laboral toda vez que el discurso se centra en la visión patrimonialista del ambiente. Como forma de intentar revertir tal contexto, explica Carlesso (2008):

A dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, os princípios informativos da atividade econômica e da ordem social, e o próprio direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado são argumentos recorrentes que

³¹ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 1025.

³² SÉGUIN, ob. vit., p. 43.

são lançados na tentativa de sensibilizar todos os operadores do direito do trabalho para mudar o enfoque tradicional, de cunho essencialmente patrimonialista-reparador³³.

Los trabajadores y sus entidades representativas así como los órganos de fiscalización precisan tener prácticas educativas y preventivas a fin promover resistencia a los procesos productivos degradantes del medio ambiente y consecuentemente de la dignidad humana.

1.1.4. MEDIO AMBIENTE CULTURAL

En una forma objetiva cultura es toda modificación que el hombre hace en la naturaleza con algún propósito. Pero cuando se trata de un medio ambiente cultural su definición es diferenciada. Según Séguin (2006):

É constituído do patrimônio artístico, histórico, turístico, paisagístico, arqueológico, espeleológico e cultural, que englobam os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos (...)³⁴.

³³ CARLESSO, ob.cit., p. 209-219.

³⁴ SÉGUIN, ob. cit., p. 37.

Es menester percibir la grandeza del concepto de ambiente cultural lo que implica una protección jurídica amplia. El establecimiento de los vínculos con las diferentes fases culturales relacionadas con las generaciones humanas hace nacer un patrimonio cultural³⁵⁻³⁶.

Observa Mancuso (2004) que “parece que há certa aproximação ou interação entre os conceitos de patrimônio ambiental e patrimônio cultural, se interpretados um tanto à larga, como é desejável em tema de tutela de interesses difusos”³⁷.

Es interesante destacar a Barros (2007), quien expresa que en manera diferente al medio ambiente natural que es (*ser*), el ambiente natural en su antología no necesita de ningún tipo de interacción del Estado mientras que el ambiente cultural para adquirir el referido *status* necesita de la declaración del Poder Público. Así, el medio ambiente cultural *debe ser*³⁸.

Acerca de la concepción cultural de los bienes ambientales, José Afonso da Silva (2007) resalta la importancia de reflejar el sentido de lo humano, su valor colectivo y la visión unitaria del ambiente en todos sus aspectos. Entretanto, advierte el autor “o risco de perdermos o sentido da Natureza como *natura*, o risco de cairmos em um ambientalismo abstrato,

³⁵ MACHADO, ob. cit., p. 916.

³⁶ Leuzinger e Cureau explicam que existe um vínculo estreito entre patrimônio e identidade culturais. Segundo as autoras, “falar de patrimônio cultural é falar de valores e sua conservação ou de sua degradação são significativas da atitude das sociedades em relação à sua própria história e aos seus próprios valores culturais” LEUZINGER; CUREAU, ob. cit., p. 123.

³⁷ MANCUSO, Rodolfo e Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores (Lei 7.347/85 e legislação complementar)*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 173.

³⁸ BARROS, ob. cit., p. 143.

formal (...)"³⁹. Por ello la naturaleza con sus leyes estables ha de ser considerada como una importante referencia o sea un punto de partida.

Es relevante destacar la dimensión pluralista que debe ser dada al medio ambiente cultural habida cuenta que cada grupo social tiene realidades distintas debiendo tal hecho ser considerado tanto por el legislador al elaborar las normas infra constitucionales como por el aplicador pues se debe respetar la autonomía de los patrones culturales locales cuando se trata en especial de las disposiciones constitucionales del art. 225 que dicen en relación a la caza, la pesca y la fauna⁴⁰.

Se percibe pues que el patrimonio cultural revela la historia de un pueblo, su formación, la cultura, en fin, trata de los elementos que constituyen su ciudadanía.

1.1.5. LA DEFINICIÓN DE MEDIO AMBIENTE EN EL DERECHO BRASILEÑO

El art. 3º, inc. I, de la Ley n. 6.938\81 (Política Nacional del Medio Ambiente) trae la definición legal de medio ambiente en el derecho brasileño correspondiendo “ao conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

³⁹ SILVA, ob. cit., p. 23.

⁴⁰ CASTILHO, Ela Wiecko V. de; CASTILHO, Manoel Lauro V. de. A diversidade cultural no conceito constitucional de meio ambiente. In: CARLIN, Volnei Ivo (org.) *Grandes temas de direito administrativo*; homenagem ao Professor Paulo Henrique Blasi. Campinas: Millenium, 2009, p. 230-231.

Por la lectura del dispositivo se constata que el legislador no menciona sólo el medio ambiente natural. Al crear su definición legal se visualiza que todos los aspectos de orden físico, químico y biológico relativos a la vida en general están incluidos en el medio ambiente. Según Rodrigues (2005):

Não retrata apenas a ideia de espaço, de simples ambiente, mas pelo contrário, vai além, para significar, ainda, o conjunto de relações (físicas, químicas e biológicas) entre os fatores vivos (bióticos) e não vivos (abióticos), ocorrentes nesse ambiente e que são responsáveis pela manutenção, abrigo e regência de todas as formas de vida existentes nesse ambiente⁴¹.

Aún sobre la temática Mirra (1994) resalta la amplitud de la definición de medio ambiente conferida por la Ley n. 6.938\81 al cubrir al medio natural, el cultural y el artificial. O sea, la mejor interpretación para el medio ambiente y aquella que le confiere el máximo de protección de los elementos y factores debiendo ser vinculados en *lato sensu*⁴².

La Constitución de la República Federal de Brasil de 1988, trató de la cuestión ambiental en varios momentos teniendo como núcleo el art. 225 cuando invoca la “calidad de vida saludable”. Por consiguiente el concepto de medio ambiente dado por el art. 3º de la ley que establece la

⁴¹ RODRIGUES, ob.cit., p. 65.

⁴² MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Fundamentos de direito ambiental no Brasil. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 7, p. 170-179, 1994, p. 180.

Política Nacional de Medio Ambiente fue recepcionado por la Carta Magna en la medida en que el constituyente originario buscó tutelar no sólo al medio ambiente natural sino también al artificial, al cultural y al laboral⁴³.

Al analizar el art. 3º de la Ley n. 6.938\81 en conjunto con el art. 225 de la Constitución de la República Federal de Brasil de 1988, son compatibles con la tesis defendida por Leite (2008) al aseverar que el ordenamiento jurídico patrio adoptó el antropocentrismo extendido⁴⁴, o sea, ya no limitado al ser humano “porque considerou o ambiente como bem de uso comum do povo, atribuindo-lhe inegável caráter de macrobem”⁴⁵.

Por ello al defenderse el antropocentrismo, (que puede ser económico-céntrico o antropocéntrico extendido) se dice que la ética debe estar centrada y dirigida a los hombres: al tratarse de la ecología profunda, la ética y en torno a los animales (zoocentrismo) o de todas las formas de vida (biocentrismo).

Como se vé depende de la visión adoptada acerca de la concepción de medio ambiente (antropocéntrica o de ecología profunda), la repercusión del referido posicionamiento es enorme no sólo para el

⁴³ FIORILLO, ob. cit., p. 19.

⁴⁴ Benjamim prefere chamar de antropocentrismo mitigado ou reformado, como forma de abrandamento do antropocentrismo tradicional. BENJAMIN, Antonio Herman. A natureza no direito brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso. In: CARLIN, Volnei Ivo (org). *Grandes temas de direito administrativo: homenagem ao professor Paulo Henrique Blasi*. Campinas: Millennium, 2009, p. 56

⁴⁵ LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 141.

Derecho sino para varias ramas del conocimiento. A pesar de la importancia de la discusión sobre el tema se entiende que los animales no humanos y la naturaleza en general ya están amparados en la tutela jurídica del medio ambiente en los moldes previstos por la Carta Magna y por la legislación específica.

Es igualmente importante destacar que la definición del medio ambiente en el derecho brasileiro prevista inicialmente en la Ley n. 6.938\81, y amparada en la Constitución de 1988 y tan solo según Barros (2007), “emoldural”, necesita de contornos más nítidos⁴⁶. Se revela pues como un concepto jurídico indeterminado⁴⁷ creando un espacio positivo de incidencia de la norma⁴⁸⁻⁴⁹.

⁴⁶ BARROS, ob. cit., p. 123.

⁴⁷ Sobre os conceitos jurídicos indeterminados, Lamy explica que “todos os conceitos revelam uma zona fixa (um núcleo) e uma zona periférica. No domínio do núcleo conceitual são estabelecidas as certezas; onde se inicia a zona periférica, as dúvidas começam. A doutrina, debruçando-se sobre este problema, identifica-se como *indeterminados* quando suas zonas periféricas apresentam-se de forma extensa e difusa, e as zonas nucleares de forma reduzida (assim ocorre, em nosso sistema, v. g., com *notória especialização, notável saber, significativa degradação do meio ambiente, conduta irrepreensível etc.*)”. E continua, ao dispor que “diante de qualquer conceito jurídico indeterminado, apesar de sua indeterminação, há sempre uma zona de certeza negativa (o que não é) e positiva (o que é) onde é possível o controle para afastar as interpretações e aplicações incorretas, embora sempre permaneça uma zona de penumbra, de incerteza, que é insindicável” (LAMY, Marcelo. Conceitos indeterminados: limites jurídicos de densificação e controle. *Revista Internacional d' Humanitats*, v. 11, p. 43-58. CEMOrOCFeusp \ Núcleo de Humanidades ESDS \ Univ. Autônoma de Barcelona, 2007, p. 43-44).

⁴⁸ Há uma estreita ligação entre conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa, uma vez que, muitas vezes, o órgão administrativo deve lançar mão da discricionariedade para preencher o conteúdo dos conceitos indeterminados. Ao fazer o estudo comparado do tema entre o Brasil e a Alemanha, Krell explica que o direito brasileiro “a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados pode bem servir como instrumento para a melhoria da sistematização do controle da discricionariedade” Ou seja, são institutos que não se confundem. Já no direito alemão, boa parte da doutrina atual “já não aceita mais uma diferença substancial entre os fenômenos da discricionariedade e dos conceitos jurídicos indeterminados” (KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais - um estudo comparativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 33-37).

Afirmar que el medio ambiente es un concepto jurídico indeterminado significa decir que cabe al intérprete el llenar su contenido, ya que sus elementos y factores están en constante transformación, de impronta meramente ejemplificativa. Hasta porque el “bem ambiental e dinâmico, envolvendo sempre novas conformações, como, por exemplo, as novas tecnologias, tais como os OGMs”⁵⁰. El concepto, de esta forma, debe ser abierto y promover una dimensión integrativa del ambiente. Se verifica pues que es inevitable una zona periférica gris en torno de su definición.

El concepto de medio ambiente patrio no se reduce sólo al natural conforme lo verificado en la legislación específica, resta saber como el constituyente trató las referidas dimensiones en el orden jurídico magno. De acuerdo con Bulos (2007), la Ley Mayor distribuyó la materia ambiental en cuatro partes distintas (microbienes) a pesar de existir entre ellas una interdependencia de intenciones (macrobien). La primera cuida del medio ambiente natural o físico (tierra, agua, aire, flora, fauna biodiversidad); en un segundo momento trata del medio ambiente cultural (patrimonios históricos, artísticos, paisajísticos, arqueológicos, y turísticos); la tercera regula el medio ambiente artificial (patrimonio urbano

⁴⁹ Fiorillo resalta que “o termo meio ambiente é um conceito jurídico indeterminado, cabendo, dessa forma, ao intérprete o preenchimento do seu conteúdo” (ob. cit., p. 20).

⁵⁰ LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Maria Leonor Paes Cavalcanti Ferreira. As novas funções do direito administrativo em face do Estado do Direito Ambiental. In CARLIN, Volnei Ivo (org) *Grandes temas de direito administrativo: homenagem ao Professor Henrique Blasi*. Campinas: Millenium, 2009, p. 439.

construido – edificaciones y equipamientos públicos); y finalmente el medio ambiente laboral⁵¹.

El medio ambiente natural fue regulado por el constituyente en forma mediata en el art. 225, *epígrafe*, e inmediata, en el § 1º, incisos I, II, III y VII, del mismo art. 225.

Ya el medio ambiente artificial tiene tratamiento constitucional no sólo en el art. 225 sino también en el art. 182, al reglamentar el capítulo referente a política urbana; en el art. 21, XX, que dispone sobre competencia material de la Unión para instituir directrices para el desarrollo urbano; así como en el art. 5º, XXIII, entre otros⁵².

El concepto de medio ambiente cultural se encuentra en el art. 216 en la Constitución de la República Federal de Brasil de 1988, tratando sobre los “bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”⁵³. El patrimonio cultural según Machado (2002), “é recebido sem o mérito da geração que o recebe, mas não continuará a existir sem seu apoio”. Debe ser llevado a buen término por la generación presente sin perjudicar a generaciones futuras para que puedan gozar también de él⁵⁴.

⁵¹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1261.

⁵² Legislação importante referente ao meio ambiente artificial é o Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257\2001).

⁵³ Oportuno o entendimento de Machado, ao asseverar que “o fato de existir na Constituição da República um conjunto de normas sobre o patrimônio cultural não garante, por si só, sua sustentabilidade; mas não deixa de ser um potente farol para guiar a ação dos poderes públicos e da sociedade civil” (ob. cit., p. 918).

⁵⁴ MACHADO, ob. cit., p. 918.

En lo que concierne al medio ambiente laboral, Fiorillo (2008) explica que la regulación constitucional está hecha en dos niveles: “la protección inmediata (art. 200, VII) y la mediata (art. 225, *epígrafe*, IV, VI y § 3º)”^{55,56}. El autor también trata en el art. 7º, XXII y XXIII⁵⁷, de la Constitución de la República Federal de Brasil de 1988, dispositivos que abordan la salud y la seguridad laboral aún previendo adicionales en la remuneración para aquellos que realizan sus actividades en ambientes con tales características⁵⁸.

Las disputas laborales que involucran el ambiente de trabajo han sido cada vez más frecuentes llevando a la doctrina a hablar inclusive de huelga ambiental⁵⁹ como instrumento de autodefensa conferido al empleado para reclamar la salubridad del ambiente laboral a fin de

⁵⁵ FIORILLO, ob. cit., p. 339-340.

⁵⁶ “Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

(...)

VIII – colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o direito do trabalho.

⁵⁷ “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social;

(...)

XXII – redução dos riscos inerente ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

XXIII – adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei.”

⁵⁸ FIORILLO, ob. cit., p. 340.

⁵⁹ Por conta do art. 114, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, com nova redação dada pela Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, houve um aumento da competência material da Justiça do Trabalho. Assim, ainda reforçada pelo art. 81, parágrafo único, I, II, III, da Lei n. 8.078\90, bem como pela Lei n. 7.347\85, compete à justiça trabalhista conciliar, processar e julgar as demandas que envolveram trabalhadores, inclusive, no que concerne ao direito de greve, não obstante seja o fator causador. Ou seja, greves ambientais devem ser julgadas pela referida justiça especializada.

garantizar su derecho fundamental a la salud y al medio ambiente ecológicamente equilibrado⁶⁰.

A pesar de que la mayoría de la doctrina jusambiental brasilera defiende que el concepto jurídico de bien ambiental no se reduce al natural se debe tener bastante cautela en la efectividad del derecho ambiental, rama que aún está en faz de maduración científica. Jurídicamente parece que todo el medio ambiente es de contenido esencial como derecho fundamental ya que todo termina vinculándose de una forma u otra con la calidad de vida saludable

1.6. BIEN AMBIENTAL

Bien ambiental es definido constitucionalmente por el art. 225, *epígrafe*, como de uso común del pueblo y esencial para la calidad de vida de las presentes y futuras generaciones. Bien de uso común del pueblo consiste en el bien que puede ser disfrutado por toda y cualquier persona dentro de los límites de la propia Constitución Federal además de esto tenemos los bienes esenciales para la calidad de vida saludable, son los bienes fundamentales para garantizar la dignidad de la persona humana o sea tener una vida saludable es tener una vida con dignidad.

Esta nueva concepción de bien ambiental sólo fue hecha por la Constitución de la República Federal de Brasil de 1988 pues los

⁶⁰ FIORILLO, ob., p. 345.

ordenamientos anteriores siempre le dieron tratamiento por el régimen de derecho público pues hasta entonces los bienes ambientales eran definidos por el Código Civil como bienes de la Administración.

Lo que se observa es que hasta la promulgación de la Constitución de la República Federal de Brasil de 1988 sólo había dos especies de bienes, los bienes de naturaleza pública y los bienes de naturaleza privada, los bienes ambientales fueron tratados como deben serlo como bienes de naturaleza difusa pues se trata de bienes inherentes al ser humano para la calidad de vida esencial del mismo, bienes indispensables, o sea, especie de bienes que no pertenecen al Estado como el bien público y no son susceptibles de apropiación por un particular como el bien privado.

De acuerdo con el profesor Rodrigues (2005),⁶¹ se tiene que:

[...] o art. 225 cuida dos bens de natureza difusa e não de bens públicos. Essa conclusão se dá pelo fato de que, como já tivemos oportunidade de mencionar, tanto o bem previsto no artigo 225, quanto aqueles arrolados nos supra citados inciso do art. 20 da Carta Magna (assim como quaisquer outros que possuam natureza ambiental) eram, até o advento do CDC, encartáveis sob o rótulo de bens públicos [...] Portanto, vislumbram no nosso ordenamento jurídica a existência de três distintas categorias de bens: público, privado e difuso. |

⁶¹RODRIGUES, Marcelo Abelha. Instituições de direito ambiental. São Paulo: Max Limoad, 2005, p. 244.

En cuanto a la naturaleza jurídica de bien del ambiente o bienes ambientales como prefiere decir la doctrina ambiental dominante no existen divergencias. Se trata de un bien difuso, un bien protegido por un derecho que tiene como propósito el asegurar un interés más allá de lo individual, de naturaleza indivisible del cual son titulares personas indeterminadas.

Así, la Constitución de la República Federal de Brasil de 1988 por medio de su artículo 225 asegura a todos los brasileros y extranjeros residentes en el país el uso de una tercera especie de bien, el ambiental, bien de naturaleza difusa, o sea, más allá de lo individual e indivisible, estando limitado constitucionalmente para sólo uso, teniendo por lo tanto carácter totalmente distinto al de las otras especies de bienes conocidos hasta entonces.

1.7. CONCEPTO DE DERECHO AMBIENTAL

Con el desarrollo industrial y el crecimiento urbanístico surgió la necesidad de creación de una rama de derecho específica en protección del medio ambiente que se considera como la del derecho difuso y colectivo esencial para la supervivencia del ser humano.

Principalmente luego de los años 60 en el siglo XX, además de las preocupaciones antropocéntricas el derecho pasó a preocuparse por la naturaleza, los animales, la contaminación y el desarrollo en forma

sustentable mezclando varias ciencias como la Ecología, la Biología, la Antropología e incluyendo también otras áreas del derecho, Derecho Penal, Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, Derecho Civil, entre otras para así alcanzar el objetivo único de protección al ambiente.

De acuerdo con Machado (2002)⁶² :

Nosso ambiente está ameaçado, o Direito deve poder vir em seu socorro, imaginando sistemas de prevenção e reparação, adaptadas a uma melhor defesa contra as agressões da sociedade moderna [...] não é surpreendente que o Direito seja um Direito do ambiente seja um Direito de caráter horizontal, que recubra os diferentes ramos clássicos do Direito [...]

Por lo tanto, el derecho ambiental es un derecho autónomo transversal que presenta normas y principios propios interconectando todas las áreas del derecho y de otras ciencias buscando regir las relaciones entre los hombres y la naturaleza y garantizando que la explotación de los recursos naturales sea hecha en forma ordenada para preservar el ambiente para las generaciones actuales así como para las generaciones futuras instituyendo instrumentos jurídicos de reparación, prevención, monitoreamiento, participación e información.

De hecho en Brasil tuvo inicio una preocupación taxativa con elementos constitutivos circundantes de materia estatal sobre el medio

⁶² MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. P. 91.

ambiente que fue introducida en el ordenamiento jurídico brasileiro posibilitando tornar al derecho ambiental en una ciencia autónoma.

Además de ésto, la Rio-92 sacramentó la preocupación mundial con respecto al problema ambiental reforzando principios y reglas para combatir la degradación ambiental del documento titulado “Agenda 21” el cual consolida la directriz del desarrollo sustentable.

1.2. MEDIO AMBIENTE EN EL DERECHO INTERNACIONAL

En el ámbito de la Teoría General del Estado la soberanía y el territorio aparecen como elementos constitutivos del Estado⁶³. En lo enseñado por Dallari (2007):

(...) a ordem jurídica estatal, atuando soberanamente em determinado território, está protegido pelo princípio da impenetrabilidade, o que significa reconhecer ao Estado o monopólio de ocupação de determinado espaço, sendo impossível que no mesmo lugar e ao mesmo tempo convivam duas ou mais soberanias⁶⁴.

⁶³ Para a teoria clássica, desde a sua primeira abordagem pela doutrina alemã até sua generalização posterior, são três os elementos que constituem o Estado: soberania, território e povo (SOARES, Mario Lúcio Quintão. *Teoria do Estado: novos paradigmas em face da globalização*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 88). No entendimento de alguns autores, como Dallari, há, ainda, um quarto elemento que seria a finalidade (DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria Geral do Estado*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.72).

⁶⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 90.

Sin embargo no se puede representar al referido elemento en forma absoluta en manera de aislar al Estado. Las políticas neoliberales, la globalización y la problemática ambiental son fenómenos que imponen una relectura del propio concepto de Estado. El daño ambiental producido en un territorio según Teixeira (2006)⁶⁵, puede ultrapasar sus fronteras generando así contaminación en otros Estados o en espacios internacionales. Ésto se debe al hecho de que la atmósfera es una unidad global no reconociendo las barreras creadas por el hombre. Ante ésto es que Shaw (2003)⁶⁶ sustenta que es indiscutible la cooperación entre los Estados soberanos para que se pueda combatir la contaminación transfronteriza. Por consiguiente se pasa por una crisis de gobernabilidad del medio ambiente en el mundo contemporáneo conforme observa Leis (1999):

Os processos transnacionalização tendem a esvaziar simultaneamente os espaços domésticos e o sistema internacional, à medida que os Estados-nações perdem sua importância tradicional para intervir nos fenômenos em curso. Precisamente, os fenômenos da transnacionalização supõem o movimento de bens, informações ideias, fatores ambientais e pessoas, através das fronteiras nacionais, sem uma

⁶⁵TEIXEIRA, Orci Paulino Bretanha. *O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 30- 31.

⁶⁶ SHAW, Malcolm N. *International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 771.

participação ou controle importante dos atores governamentais⁶⁷.

En este sentido, la tutela del medio ambiente gana espacio relevante en el ámbito internacional exigiendo cada día más deberes y obligaciones de los Estados en lo que concierne a la protección ambiental⁶⁸.

1.2.1. LA CONFERENCIA DE ESTOCOLMO Y EL MEDIO AMBIENTE COMO DERECHO HUMANO

En todo el mundo se tomó conciencia de que las acciones antrópicas demuestran riesgos indiscutibles para la comunidad de un medio ambiente ecológicamente equilibrado lo que llevó a los Estados- nación a buscar alternativas para reducir la emisión de gases de efecto invernadero (GEO) como una de las acciones para la conservación del medio ambiente⁶⁹.

⁶⁷ LEIS, Héctor Ricardo. *A modernidade insustentável: As críticas do ambientalismo à sociedade contemporânea*. Petrópolis, Florianópolis: Vozes, UFSC, 1999, p. 19.

⁶⁸ Trindade destaca que a humanização das questões ambientais resulta em um “processo de internacionalização” da proteção, tanto do direito ao ambiente quanto da proteção aos direitos humanos (TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direitos humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 38-39.

⁶⁹ O problema ambiental que mais tem causado polêmica nos últimos tempos é o aquecimento global. O fenômeno ocorre quando gases de efeito estufa (GEE) se acumulam na atmosfera terrestre e impedem que os raios solares sejam refletidos de volta para o espaço. A queima de combustíveis fósseis lança ainda mais esses gases na atmosfera, contribuindo para aumentar a temperatura, o que pode gerar desequilíbrios climáticos e causar, dentre outros, inundações, secas, furacões, extinção de espécies animais e vegetais, além de desencadear enormes prejuízos sócio-econômicos para as sociedades de todo planeta (BARBOSA, Ragel; OLIVEIRA, Patrícia. O princípio do

Ante la existencia de un interés común de la humanidad en relación a las cuestiones ambientales globales, la Asamblea General de las Naciones Unidas – ONO convocó en 1972 a un encuentro mundial acerca del ambiente humano: la Conferencia de Estocolmo. Se trata según Silva (2002), del “ponto de partida do movimento ecológico, muito embora a emergência dos problemas ambientais tenha sido bem anterior”⁷⁰.

La Declaración de Estocolmo, editada en julio de 1972, estableció que el hombre tiene el derecho fundamental a la vida saludable en un ambiente de calidad, o sea, derecho a la vida digna como bienestar. Además de ésto, es la primera vez que el medio ambiente saludable goza de protección como un derecho humano⁷¹. En el entender de Capella (1994), en ocasión de este instrumento el medio ambiente es equiparado a la libertad o a la igualdad, ambos derechos fundamentales siendo además un derecho inalienable en pro de las presentes y futuras generaciones⁷².

poluidor-pagador no Protocolo de Quioto. *Revista de Direito Ambiental*. a. 11. n. 44, p. 112-132, out.\nov., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 113).

⁷⁰SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento. *Direito ambiental internacional: meio ambiente, desenvolvimento sustentável e os desafios da nova ordem mundial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Thex, 2002, p. 27.

⁷¹FERRARA; FRACCHIA; RASON, ob. cit., p. 10-11.

⁷² CAPELLA, Vicente Bellver. *Ecología: de las razones a los derechos*. Granada: Comares, 1994, p. 194.

Además en la oportunidad fue creado el Programa de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente – PNEUMA, estableciendo así los principios que objetivan la protección del medio ambiente⁷³.

Se manifiesta Medeiros (2004) el sentido de que a partir de la Convención de 1972, “as nações passaram a compreender que nenhum esforço, isoladamente, seria capaz de solucionar os problemas ambientais do Planeta”⁷⁴. El nuevo paradigma llevó a la humanidad a no considerar al medio ambiente ecológicamente equilibrado como una cuestión local sino como de ámbito global o planetario⁷⁵.

Es importante resaltar que antes de Estocolmo la mayoría de los tratados internacionales en materia ambiental tenían como objetivo defender los intereses económicos y comerciales (visión económico-centrista), considerando las más variadas especies de fauna y flora como simples mercaderías y no para la protección de un ecosistema equilibrado⁷⁶.

Por lo tanto a partir de Estocolmo se intensifica la actividad diplomática de los Estados tomando en cuenta la presión de la opinión pública interna cada vez más consiente de los desequilibrios ambientales en el ámbito local de los respectivos Estados y consecuentemente de la

⁷³ CALSING, Renata de Assis. *O Protocolo de Quioto e o direito ao desenvolvimento sustentável*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 35-36.

⁷⁴ MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *Meio ambiente: direito e dever fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 44.

⁷⁵ TEIXEIRA, ob. cit., p. 32.

⁷⁶ Silva salienta que o I Congresso Internacional para a Proteção da Natureza, realizado em Paris, em 1923, “representa o primeiro passo importante no sentido de abordar o problema no seu conjunto”. Aborda, ainda, o caráter meramente econômico dos tratados de proteção de algumas espécies, como o acordo de pesca sobre focas e baleias (SILVA, ob. cit., p. 25).

esfera internacional en razón de las relaciones necesarias entre el medio ambiente local, nacional y global⁷⁷.

1.2.2. LA CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL MEDIO AMBIENTE Y DESARROLLO Y EL CONCEPTO DE DESARROLLO SUSTENTABLE

Posteriormente se realizó la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo en 1992 en Rio de Janeiro intitulada ECO-92⁷⁸. Como consecuencia fue firmada la Declaración de Río que expresó un nuevo concepto de desarrollo: el desarrollo sustentable⁷⁹.

Aún en la Cúpula de la Tierra fueron firmadas la Convención sobre Diversidad Biológica que “busca esencialmente la compatibilización entre la protección del patrimonio biológico y el desarrollo socio

⁷⁷ SOARES, Guido Fernando Silva. *Dieito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 37.

⁷⁸ A Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento ou Cúpula da terra (*Earth Summit*) – ECO-92 contou com a representação oficial de 178 países e a participação maciça da sociedade civil organizada em todo o mundo como o objetivo de discutir formas de conter a degradação mundial do meio ambiente e promover o desenvolvimento sustentável. Segundo Teixeira (2006), “a ECO-92 foi o ponto culminante do ambientalismo internacional com efeitos que não se esgotaram” (ob.cit., p. 32).

⁷⁹ Destaca Soares três consequências importantes visualizadas após a ECO-92, quais sejam: “a introdução do conceito de ‘sustentabilidade’, que passou a adjetivar todos os posteriores atos internacionais adotados após a ECO-92; a noção de futuridade, ou seja, as preocupações com as gerações futuras, e, tendo-se transformado em direito intergerencial, o Direito Internacional do Meio Ambiente passaria a dar ênfase especial ao princípio da prevenção, em reforço aos tradicionais princípios da reparação; e, por fim, o definitivo espraiamento da temática do meio ambiente, em todos os campos do Direito Internacional, selando as características de ser o Direito Internacional do Meio Ambiente uma verdadeira manifestação da globalidade de nossos dias” (SOARES, ob. cit., p. 37-38).

económico”⁸⁰, y la Convención sobre Cambios Climáticos⁸¹. Esta última establece metas y acciones para reducir la liberación no sólo de dióxido de carbono en la atmósfera sino de todos los gases de efecto invernadero (*greenhouse gases*) responsables por la elevación de la temperatura del clima terrestre⁸².

1.2.3. EL PROTOCOLO DE QUIOTO Y EL CALENTAMIENTO GLOBAL

En relación a la contaminación transfronteriza es importante destacar las emisiones de gases contaminantes conocidos como gases de efecto invernadero (GEE), que crean una especie de película entre la atmósfera terrestre y el espacio lo que imposibilita el reflejo de la irradiación, provocando así el calentamiento global.

Reconociendo la naturaleza global del cambio climático la Convención sobre el Clima afirma que es imperativa la cooperación internacional entre los Estados pero en forma diferenciada. Además de

⁸⁰ LANGE, Mario Bernadete Ribas. A conservação da natureza: conceito e breve histórico. In: RIOS, Aurélio Veiga, IRIGARAY, Teodoro Hugueney (org.). *O direito e o desenvolvimento sustentável*: curso de direito ambiental. São Paulo: Peirópolis, 2005, p. 22.

⁸¹ A Convenção-Quadro passou a integrar o ordenamento jurídico brasileiro por força do Decreto Legislativo n. 1, de 3 de fevereiro de 1994, advindo a posterior promulgação pelo Decreto n. 2.652, de 1º de julho de 1988.

⁸² A fórmula do desenvolvimento sustentável foi enunciada pela primeira vez no Relatório Nosso Futuro Comum, também conhecido como Relatório Brundtland (1987), definindo-o como “Aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem as suas próprias necessidades. Ele contém dois conceitos chaves: o conceito de ‘necessidades’, sobretudo as necessidades essenciais dos pobres do mundo, que devem receber a máxima prioridade; a noção das limitações que o estágio da tecnologia e da organização social impõe no meio ambiente, impedindo-o de atender as necessidades presentes e futuras”. (Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento. *Nosso futuro comum*. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991, p. 46).

ésto las principales responsabilidades fueron imputadas a los países industrializados reconocidos expresamente en su art. 1º, como contaminantes.

En relación a los países en pleno desarrollo como es el caso de Brasil y Argentina se declara como legítimo su derecho a buscar su desarrollo económico y social. Entretanto no se podría imponer por lo menos en aquel momento la reducción de emisión de estas Naciones bajo pena de perjudicar la competitividad de sus productos además de aumentar los problemas socioeconómicos. Así los países en desarrollo fueron estimulados a aplicar nuevas tecnologías en la búsqueda de un desarrollo sustentable.

El 11 de diciembre de 1997, en la tercera reunión de la Conferencia entre las Partes (CoP3)⁸³, realizada en Kioto, Japón, fue firmado el Protocolo de Kioto⁸⁴, que prevé el compromiso de las partes en implementar y luchar por la salubridad con un conjunto de medidas objetivando asegurar el desarrollo limpio del planeta por medio de conductas que conforme al art. 3º, implicasen la reducción de la emisión de GEE, en por lo menos 5% por debajo de los niveles de 1990, en el período de compromiso de 2008 al 2012.

Es importante destacar que para que el protocolo entre en vigor 55 países deberían ratificarlo y además de ésto la suma de los niveles de

⁸³ Os debates foram iniciados na Alemanha pelo Grupo *Ad Hoc* do Mandato de Berlim, com o intuito de definir medidas de consenso sobre esforços a serem enviados para combater as alterações climáticas.

⁸⁴ O Protocolo de Quioto foi itegralizado ao sistema brasileiro por meio do Decreto Legislativo n. 144, de 20 de Junho de 2002.

emisiones de estos países debería alcanzar por lo menos el 55% de los niveles de emisiones verificados en 1990⁸⁵.

Entretanto, recién el 16 de febrero de 2005, el Protocolo entró en vigor, 90 días después de su firma por Rusia cuando entonces fue posible cumplir con los requisitos para tal en los términos del art. 25, convirtiéndose así de observancia obligatoria para los países signatarios que lo ratificaron⁸⁶.

Brasil se encuentra situado en el cuadro de los países en desarrollo o menos industrializados, sea en la Convención-Cuadro de Cambios Climáticos o en el del Protocolo de Kioto a pesar de no tener obligaciones en la reducción de Gases de Efecto Invernadero (GEE), viene desempeñando un importante papel en la implementación de metas en la defensa del medio ambiente y en el mercado de carbono, no sólo por el Poder Público sino por la sociedad en general por medio de Organizaciones No Gubernamentales y empresas privadas.

Finalmente se insta a destacar la preocupación en la mera comercialización de las Reducciones Certificadas de Emisiones (RCSr), regulando la protección ambiental a un segundo plano lo que desvirtuaría la principal finalidad propuesta por el Protocolo de Kioto que es la conservación de un medio ambiente saludable en sintonía con el desarrollo sustentable.

⁸⁵FUJIHARA, Marco Antônio; DUARTE, Leonardo Ciuffo. Iniciativas envolvendo créditos ambientais. *Revista Brazilian Business*, Rio de Janeiro: Amcham Brasil, n. 210, 2005, p. 28.

⁸⁶ Atualmente, são mais de 140 países signatários que ratificaram o Protocolo de Quioto em todo o mundo, correspondendo a 61,6% das emissões globais.

1.2.4. LA AGENDA 21 Y EL PRINCIPIO DE SOLIDARIEDAD

Otro resultado extraño de la ECO-92 fue la creación de la Agenda 21, oportunidad en que la comunidad internacional presentó un planeamiento destinado a solucionar los principales problemas ambientales que conforme la nomenclatura debería entrar para el siglo XXI⁸⁷. De acuerdo con Lange (2005):

A agenda está estruturada em quatro grandes temas: desenvolvimento, desafios ambientais que tratam da conservação e gestão dos recursos naturais, papel dos atores e dos grupos sociais na organização da sociedade humana e os meios de implantação das iniciativas e projetos que revelam os conflitos e os riscos da fragmentação social⁸⁸.

Se trata pues de un documento extenso que busca auxiliar a los Estados⁸⁹ con soluciones para las cuestiones de cambio climático, contaminación, tala de bosques, desertificación además de otros infortunios ambientales de cuño global. Prevé además el intercambio

⁸⁷ SILVA, ob. cit., p. 38-39.

⁸⁸ LANGE, ob. cit., p. 22.

⁸⁹ No âmbito da normatização infraconstitucional do meio ambiente, Zsögön explica ser provável que o primeiro instrumento tenha sido editado pelos Estados Unidos, por meio do *Clean Water Act, de 1948*, no período da administração de Truman, por conta da poluição dos rios. E, de forma mais recente, foi criado *The National Environmental Policy Act*, de 1970, intitulada de Lei Fundamental do Ambiente nos Estados Unidos (ZSÖNGÖN, Silva Jaquenod. *El derecho ambiental y sus principios rectores*. Madrid: Dykinson, 1991, p. 162).

tecnológico en la búsqueda de un cooperativismo internacional en la elaboración de políticas públicas en el siglo actual.

Además de los tratados y encuentros internacionales aquí destacados existen varios otros que tienen como objetivo la tutela específica de temas ambientales. En verdad el rol de los instrumentos internacionales sobre medio ambiente crece en forma latente⁹⁰.

En este sentido la comunidad internacional viene tratando de elaborar formas de concretizar una manera de desarrollo ecológicamente correcto como medio de estimular financiamientos económicos y de mercado conforme se ha verificado en las transacciones de crédito de carbono e implementación de la Agenda 21, en búsqueda de un desarrollo sustentable.

1.2.5. TENDENCIAS Y REFLEJOS ACERCA DEL MEDIO AMBIENTE EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Las causas ecológicas, como se vé, no ocurren sólo en países pobres sin un planeamiento urbano adecuado. Muy por el contrario. Son varios los Estados-nación que están sufriendo las consecuencias por la falta de respeto a la naturaleza, aún sabiendo que muchas veces no contribuirían directamente para el impacto negativo al medio ambiente.

⁹⁰ VARELLA, Marcelo Dias. *Direito internacional econômico ambiental*. Belo horizonte: Del Rey, 2004, p. 63-66.

No importa si tan sólo un país tiene conciencia ambiental en la orientación de sus políticas públicas y de apoyo a la iniciativa privada. Es preciso que todos estén unidos y solidarios pues no existen fronteras cuando se trata de daño ambiental. No existe economía que soporte un desarrollo que no sea ecológicamente correcto.

No se puede ir contra el medio ambiente. Entretanto se debe considerar el actual régimen capitalista y globalizado. Los Estados precisan buscar formas de compatibilizar el desarrollo económico y social con el equilibrio ambiental hasta porque no existe riqueza de no existir vida. Y no existe vida de no existir planeta.

Ante esto, es preciso reflexionar acerca de la efectividad del derecho internacional público ambiental⁹¹. Cuando se trata de cuestiones ambientales no existe discusión en que quede limitado a una región, un Estado o un país. Es preciso que exista solidaridad de todos los Estados para superar los efectos de la crisis ambiental⁹².

Cada día aumenta el número de adeptos a un derecho planetario. A pesar de existir varios acuerdos internacionales ambientales, como se ha visto anteriormente la tutela jurídica internacional del medio ambiente

⁹¹ NEUFRAY, Jean-François. *Droit de l'environnement*. Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 35.

⁹² Aponta Ferrajoli que "(...) a crise dos Estados pode ser, portanto, superada em sentido progressivo, mas somente se for aceita sua crescente despotencialização e o deslocamento (também) para o plano internacional das sedes do constitucionalismo tradicionalmente ligadas aos Estados: não apenas as sedes da enunciação dos princípios, como já aconteceu com a Carta da ONU e com as Declarações e Convenções sobre direitos, mas também as de suas garantias concretas" (FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. Tradução de Carlos Coccioli: São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 53).

aún es frágil. Existe de acuerdo con Leis (1999), un fuerte impasse para tratar sobre la crisis ecológica global:

Esta crise está associada à anarquia do sistema internacional e à complementar inexistência de autoridades com poderes reais para assumir a responsabilidade da gestão dos bens naturais comuns da humanidade. A política internacional encontra-se dominada por autores (políticos e econômicos) orientados por uma realidade individualista e competitiva, que dificilmente poderiam encontrar motivos para colocar a cooperação acima do antagonismo dos interesses particulares⁹³.

Como se vé pueden ser leantados muchos cuestionamientos además de la eficacia de los instrumentos internacionales ambientales oriundos de una gobernabilidad global ambiental. ¿Existe el cumplimiento de los tratados? ¿En caso de violación del pacto existe la posibilidad de una sanción efectiva? ¿Hasta qué punto rige el principio de no intervención? La crisis ambiental global no provocaría su rediscusión⁹⁴.

Una idea sería la creación de un organismo internacional ambiental o de un tribunal ambiental internacional dentro de los moldes, por que no, del tribunal penal internacional. El problema (en verdad, el gran problema es que los Estados firmen y ratifiquen tal propuesta habida

⁹³ LEIS, ob, cit., p. 24.

⁹⁴ Observa, ainda, Leis que os desafios ambientais da governabilidade global podem ser vistos sobre três aspectos: "a perda da crescente soberania dos Estados-nações; a multiplicação de atos não estatais (ONGs e corporações econômicas); e a disseminação de novas tecnologias de comunicação (que permitem a geração de imagens e opiniões de forma quase instatânea em todo o planeta)" (LEIS, ob. cit., p. 229).

cuenta que sería crear un instituto contra ellos, en la medida en que los Estados se revelan como los grandes contaminantes). Pero la construcción de una ciudadanía planetaria podría forzar internamente a los Estados a tomar actitudes más efectivas así como la presión externa ejercida por países más conscientes con la complejidad ambiental. La temática es delicada pues involucra cuestiones atinentes a la soberanía, a la política y a los principios básicos del derecho internacional público. Queda aquí de todos modos para la reflexión.

1.3. MEDIO AMBIENTE EN LA LEGISLACIÓN INFRACONSTITUCIONAL BRASILEIRA

El extenso territorio brasileiro se refleja en gran variedad de aspectos con ecosistemas diferenciados además de población con hábitos y costumbres de hecho plurales. Cuán rico es el ambiente patrio hoy ya tan desgastado...Pero no siempre fue así. Es necesario reflexionar acerca de las raíces históricas aunque rápidamente para analizar su evolución en el ordenamiento infraconstitucional.

En Brasil la preocupación ambiental se remonta al inicio de la colonización. Se creía que los recursos naturales eran infinitos y renovables. Para Séguin, “os sucessivos ciclos econômicos, baseados no extrativismo ou em monoculturas, desempenhavam papel decisivo no

desmatamento, na degradação e na postura brasileira de descaso ante as questões ambientais”⁹⁵.

Las primeras normas civiles y administrativas de cuño ambiental conforme observa Teixeira fueron importadas de Portugal, país que ya detentaba leyes ambientales por motivos económicos en virtud de la escasez de los bienes, en modo especial los no renovables como bosques, petróleo, etc⁹⁶.

Como Portugal estaba en el auge de su expansión marítima era conveniente la prohibición del corte deliberado de árboles frutales brasileiros habida cuenta que la madera era imprescindible para la construcción naval y consecuentemente para el desarrollo económico lusitano. Las referidas medidas fueron compiladas en las Ordenanzas Afonsinas y traídas al ordenamiento brasileiro⁹⁷.

Entretanto vale destacar que la primera ley forestal brasileira fue el “Regimento sobre o Pau-Brasil” que trajo innumerables reglas sobre la explotación, el corte y la venta de esta madera, inclusive con normas de cuño penal, erigidas por los legisladores portugueses como un bien común de los habitantes de aquella isla que en el caso sería Brasil⁹⁸.

⁹⁵ SÉGUIN, ob. cit., p. 9.

⁹⁶ TEIXEIRA, ob. cit., p. 45.

⁹⁷ Segundo Leite e Ferreira, “as Ordenações Afonsinas, por exemplo, proibiam o corte deliberado de árvores frutíferas, e as Ordenações Filipinas, por sua vez, protegiam as águas, punindo com multa quem jogasse material que a sujasse ou viesse a matar os peixes” (LEITE; FERREIRA, ob. cit., p. 430-431).

⁹⁸ WAINER, Ann Helen. *Legislação ambiental brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 24.

Por ésto el período colonial brasileiro es considerado el embrión del derecho ambiental patrio a pesar de las normas eran de naturaleza meramente económica⁹⁹. Regía, pues, el carácter utilitarista del medio ambiente a la luz del antropocentrismo clásico.

Durante la época imperial surgieron varios intelectuales y autoridades con iniciativas en defensa de lo ambiental. Como ejemplo se puede citar a Don João VI quien el 13 de junio de 1808 fundó el Jardín Botánico y posteriormente fue responsable por la plantación del Bosque de Tijuca, el bosque urbano más grande del mundo ¹⁰⁰.

Con la transición hacia el régimen republicano el medio ambiente pasó a ser tratado como una vertiente del derecho administrativo. Explica Morales (2006) que ésto se debe a que la implementación del medio ambiente “começou como regra secundária nas autorizações e licenças outorgadas, de forma a confundir a regra ambiental como mais um requisito ao licenciamento, como se fosse uma variante do Direito Administrativo”¹⁰¹.

Un instrumento normativo de suma importancia es el Código Civil brasileiro, Ley n. 3.071, del 1º de enero de 1916 que hace algunas referencias al medio ambiente pero no como objeto autónomo y sí como limitaciones administrativas al uso y goce del derecho de propiedad.

⁹⁹ MAGALHÃES, Juraci Perez. *A evolução no direrito ambiental no Brasil*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 3.

¹⁰⁰ WAINER, ob. cit., p. 24.

¹⁰¹ MORAIS, Luís Carlos Siva de. *Curso de direito ambiental*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 13.

El 10 de julio de 1934, fue editado el Decreto n. 24. 643, titulado Código de Aguas, que aún está en vigor. En el mismo año, se creó el Decreto n. 23.793, trayendo a primer plano el Código Forestal Brasileiro el cual tuvo una nueva redacción por la Ley n. 4.771, del 15 de septiembre de 1965¹⁰²⁻¹⁰³.

Ya en 1967, existió la elaboración de dos Decretos-ley: uno que trata de la protección y estímulo de la pesca, Decreto-ley n. 221, del 28 de febrero (Código da Pesca); y otro que cuida de la minería, Decreto-ley n. 227 (Código de Minería). En ambos, se encuentra una preocupación con la contaminación ambiental y con sus impactos negativos.

En la década de 1970, bajo la influencia de la Conferencia de las Naciones Unidas para el Ambiente Humano en Estocolmo, Suecia, fue creada la Secretaría Especial de Medio Ambiente – SEMA, por medio del Decreto n. 73.030, del 30 de octubre de 1973, objetivando según Pimenta, “a prática de políticas públicas sobre a questão ambiental (a poluição industrial e a proteção da natureza), e a conscientização da população a evitar ações depredatórias”¹⁰⁴.

En 1981, la Secretaría Especial de Medio Ambiente, órgano del Ejecutivo Federal crea la Política Nacional de Medio Ambiente por medio

¹⁰² TEIXEIRA, ob. cit., p. 50.

¹⁰³ Nas décadas seguintes foram criados diversos órgãos públicos para tratar de questões ambientais, como Departamento Nacional de Obras e Saneamento - DNOS; Departamento Nacional de Obras contra a Seca – DNOCS; patrulha Costeira e Serviço Especial de Saúde Pública – SESP. Ainda em 1948, criou-se a Fundação Brasileira para a Conservação da Natureza (PIMENTA, Eduardo Salles. O ambiente e a legislação brasileira. In: ARAÚJO, Gisele Ferreira de (org.). *Direito ambiental*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 4).

¹⁰⁴ PIMENTA, ob. cit., p. 5.

de la Ley n. 6.938\81. La referida norma dió luz, también, al Sistema Nacional de Medio Ambiente – Sisnama, al Catastro Técnico Federal de Actividades e Instrumentos para la Defensa Ambiental, al Sistema Nacional de Informaciones sobre el Medio Ambiente – Sinima y al Consejo Nacional de Medio Ambiente – Conama, éste último con poderes de regular y establecer patrones del medio ambiente.

La Ley 6.938\81 es, sin duda, la norma infraconstitucional de mayor importancia en lo que concierne a la tutela ambiental. La referida ley viene sufriendo algunas alteraciones además de resoluciones y regulaciones que están siendo editados por los órganos ambientales como en el caso del Conama, por ejemplo.

Ya como reflejó la Constitución de 1988 que vino a tutelar en forma inédita al medio ambiente como derecho además de las garantías y deberes a él inherentes, y de la ECO-92, realizada en Río de Janeiro, surgen innumerables leyes¹⁰⁵ con miras a concretar el sentimiento del constituyente.

¹⁰⁵ Eis algumas normas infraconstitucionais que tutelam aspectos relacionados ao meio ambiente nos últimos anos: *Lei n. 8.724*, de 28 de outubro de 1993, que dispõe sobre a redução de emissão de poluentes por veículos automotores, em cumprimento com a política nacional do meio ambiente; *Lei n. 9.966*, de 28 de abril de 2000, que dispõe sobre a proteção, a preservação, o controle e a fiscalização da poluição causada por lançamento de óleo e outras substâncias nocivas ou perigosas em águas sob jurisdição nacional; *Lei n. 10.308*, de 20 de novembro de 2001, que dispõe sobre a seleção de locais, a construção, o licenciamento, a operação, a fiscalização, os custos, a indenização a responsabilidade civil e as garantias referentes aos depósitos de rejeitos radioativos; *Decreto n. 4.339*, de 22 de agosto de 2002, que institui princípios e diretrizes para a implementação da Política Nacional da Biodiversidade; *Decreto n. 5.940*, de 25 de outubro de 2006, que institui a separação dos resíduos recicláveis descartados pelos órgãos e pelas entidades da administração federal direta e indireta; *Lei n. 11.445*, de 5 de janeiro de 2007, que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico; *Lei n. 11.460*, de 21 de março de 2007, que dispõe sobre o plantio de organismos

Entre las recientes leyes que tratan la cuestión ambiental es importante destacar el Proyecto del actual Código Civil que fue aprobado el día 15 de agosto de 2001. No se trata de una norma típicamente ambiental sino que invoca el crear una función ecológica de derecho de propiedad conforme preceptúa su art. 1.228, § 1^o¹⁰⁶.

Nótese, pues, que además de insertar la función social de la propiedad ya prescripta en el Código Civil de 1916 la actual ley civil prevé la función ecológica en la medida en que trata de sus elementos como la protección a la flora, la fauna, la preservación de las bellezas naturales, la conservación del equilibrio ecológico y la preservación de los patrimonios histórico y artístico así como del uso de la propiedad en consonancia con las determinaciones de la legislación ambiental.

La función ambiental es definida por Sant'Anna (2007) como el “conjunto de atividades que visam garantir a todos o direito constitucional de desfrutar um meio ambiente equilibrado e sustentável na busca da sadia e satisfatória qualidade de vida, para a presente e futuras gerações”¹⁰⁷.
Acerca de la ecologización, de la propiedad, expone

genericamente modificados em unidades de conservação. Legislação disponível em; <www.planalto.gov.br>. Acesso em 18 de março de 2012.

¹⁰⁶ “Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que seja injustamente a possua ou a detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercitado em consonância com suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas” (destacado).

¹⁰⁷ SANT'ANNA, Mariana Senna. Planejamento urbano e qualidade de vida: da Constituição Federal ao plano diretor. In: DALLARI, Adilson Abreu; DI SARNO, Daniela Campos Libório (coord.). *Direito urbanístico e ambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 153.

Benjamin (2007) que “com o novo perfil, o regime da propriedade passa do direito pleno de explorar, respeitado o direito dos vizinhos, para o direito de explorar, só e quando respeitado a saúde humana e os processos e funções ecológicas essenciais”¹⁰⁸.

Mediante la lectura del referido dispositivo se constata que el ambiente saludable no está dentro de la función social de la propiedad. El legislador fue más allá al imponer una función ambiental autónoma, nueva, generando otras obligaciones al propietario de cualquier bien además de aquellas ya previstas con función social¹⁰⁹.

El proceso legislativo ambiental está lejos de agotarse. En la medida en que un caos ambiental viene a flote en las más variadas formas posibles urge una política tecnológica, económica y fiscal cada vez más activa que venga a equilibrar los recursos naturales en pro de la

¹⁰⁸ BENJAMIN, Antonio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 72.

¹⁰⁹ Isso é de suma importância na medida em que o direito de propriedade vem se transformando para acompanhar a globalização e o desenvolvimento tecnológico. O novo dispositivo trata de uma norma geral do direito de propriedade. Assim, a propriedade intelectual, virtual, empresária etc, todas as formas de propriedade estão submetidas à função ecológica, em perfeita consonância com o direito fundamental ao equilíbrio ecológico e com o Estado Direito Ambiental. Outro ponto interessante é que o Código Civil traz uma cláusula aberta em prol do meio ambiente ao assegurar que a função ambiental deve ser assegurada também de acordo com a legislação especial e não apenas com os componentes trazidos na redação literal do diploma normativo (BELCHIOR, Germana Parente Neiva; MATIAS, João Luis Nogueira. A função ambiental da propriedade. XVII Congresso Nacional do Conpedi, 2008, Brasília. *Anais do XVII Congresso Nacional do Conpedi – Brasília*. Florianópolis: Fundação José Artur Boiteux, 2008).

sustentabilidad. Se trata de la dimensión horizontal y vertical del derecho ambiental que acaba invadiendo todas las ramas del Derecho¹¹⁰.

1.4. La CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN EL MUNDO

Después de la Declaración de Estocolmo de 1972, se desencadenó un proceso de discusión y elaboración de innumerables instrumentos internacionales que versan sobre la cuestión ambiental. Es a partir de esta preocupación en la comunidad internacional que los Estados pasaron a dar lugar al ambiente en sus respectivas constituciones.

Según dice Miranda (2000), entre los años 1940 y 1950 y la primer mitad de la década de 1970 (antes de Estocolmo), la tutela constitucional del medio ambiente era rara y dispersa de perfil típicamente utilitarista. Entretanto, consonante al autor lusitano la promulgación de la Constitución de Portugal de 1976 dió inicio a un segundo momento con la

¹¹⁰ Na lição de Machado, “o Direito Ambiental é um Direito sistematizador, que faz a articulação da legislação, da doutrina e da jurisprudência concernentes aos elementos que integram o meio ambiente. Procura evitar o isolamento dos temas ambientais e sua abordagem antagônica. Não se trata mais de construir um Direito das águas, um Direito da atmosfera, um Direito do solo, um Direito florestal, um Direito da fauna ou um Direito da biodiversidade. O Direito Ambiental não ignora o que cada matéria tem de específico, mas busca interligar estes temas com a argamassa da identidade dos instrumentos jurídicos de prevenção e de reparação, de informação, de monitoramento e da participação” (ob. cit., p. 151-152).

declaración de un derecho al medio ambiente vinculando a un conjunto de tareas del Estado y de la sociedad¹¹¹⁻¹¹².

¿Lo hizo finalmente con las Constituciones modernas en las que se destaca el medio ambiente en sus Textos Magnos? Para Benjamín (2007), esto se debe a la feroz crisis ambiental luego de la Segunda Guerra Mundial, “que libertará forças irresistíveis, verdadeiras correntes que levarão à ecologização da Constituição, nos anos 70 e seguintes”¹¹³.

Así bajo la influencia directa de la Declaración de Estocolmo, vieron las Constituciones de los países europeos que se liberaban de dictaduras como Grecia (1975), Portugal (1976) y España (1978)¹¹⁴. En un segundo momento aún con reflejos de Estocolmo surge un grupo de países que promulgaron Cartas Magnas con tutela ambiental como el caso de Brasil y Argentina. Y finalmente existe otro conjunto que luego la ECO-92, tuvo sus Constituciones promulgadas o reformadas que

¹¹¹ MIRANDA, Jorge, *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, v. 2, p. 533.

¹¹² Gavião Filho explica que a “Constituição da Bulgária de 1971 já trazia norma no sentido de que a proteção e a salvaguarda da natureza e das riquezas das águas, do ar e do solo, assim como dos monumentos da ordem cultural constituem uma obrigação para os órgãos do Estado, das empresas, das cooperativas e das organizações sociais, bem como um dever para todo cidadão” (GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. *Direito fundamental ao meio ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 22).

¹¹³ BENJAMIN, ob. cit., p. 59.

¹¹⁴ A Constituição da Grécia, de 1975, regulamenta de forma detalhada temas do meio ambiente, como art. 24, alínea I, a obrigação de o Estado adotar medidas especiais, preventivas e repressivas, com o objetivo de proteção do meio ambiente. Já a Constituição portuguesa de 1976 prevê, em seu art. 66, que todos são titulares de direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, incumbindo ao Estado prevenir e combater a contaminação do ambiente, bem como promover a exploração racional dos recursos naturais, favorecendo a qualidade de vida. O art. 45 da Constituição da Espanha, de 1978, no capítulo sobre “direitos e deveres fundamentais”, previu que todos têm o direito de desfrutar de um ambiente adequado para o desenvolvimento da pessoa, e, ao mesmo tempo, todos têm o dever de conservá-lo. Trata, ainda, o constituinte espanhol, da solidariedade coletiva em matéria ambiental (GAVIÃO FILHO, ob. cit., p. 23).

adoptaron en forma expresa nuevos institutos como el desarrollo sustentable, biodiversidad y precaución. Aquí, se puede citar a la *Charte de l'environnement*¹¹⁵ de Francia del 2005¹¹⁶.

Al analizar la perspectiva constitucional del medio ambiente en la dimensión comparada Sampaio resalta que las Constituciones actuales son un pacto intergeneracional amparado por la corresponsabilidad de los destinos mirando a la conservación de los procesos vitales y al uso sustentable de los recursos naturales¹¹⁷.

Sobre las características de los modelos constitucionales ambientales, Benjamín (2007) destaca cinco que son comunes y que de alguna forma o con pequeñas alteraciones fueron formuladas en sus normas. La primera sería “a compensação sistêmica (=orgânica ou holística) e legalmente autônoma do meio ambiente, determinando um tratamento jurídico das partes a partir do todo, precisamente o contrário do paradigma anterior”¹¹⁸. Una segunda característica sería una ética ambiental con la preocupación y el compromiso con la Tierra y su

¹¹⁵ A *Charte de l'environnement* invoca, inclusive, em seu preâmbulo, o desenvolvimento sustentável e a diversidade biológica.

¹¹⁶ BENJAMIN, ob. cit., p. 61-62.

¹¹⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite. Constituição e meio ambiente na perspectiva do direito constitucional comparado. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris, NARDY, Afrânio. *Princípios de direito ambiental: na dimensão internacional e comparada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 41. Conforme o autor, “o Direito Constitucional da humanidade é por conseguinte, também a Constituição do meio ambiente e o Direito Constitucional Ambiental seu grande e talvez principal alicerce. Não será por excesso constituinte que os novos textos constitucionais, originários ou reformados, se tingiram de verde e passaram a incorporar, tanto os princípios de direito ambiental, quando deram corpo ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Alguns até elevaram o meio ambiente a ‘valor fundamental da ordem constitucional’ (v.g. Macedônia – art. 8.1; Croácia – art. 3)” (SAMPAIO, ob. cit., p. 42).

¹¹⁸ BENJAMIN, ob. cit., p. 66.

biodiversidad al mantener opciones cuantitativas y cualitativas para las futuras generaciones¹¹⁹.

Como tercera tendencia, el autor destaca “a atualização do direito de propriedade, de forma a torná-lo mais receptivo à proteção do meio ambiente, Isto é, reescrevendo-o sob a marca da sustentabilidade¹²⁰. Por consiguiente se trata de un nuevo dominio de los recursos naturales en nombre de la reforma en algunas áreas de recursos del medio ambiente (como el agua, por ejemplo) y con la mitigación de la propiedad a través de la ecologización de su función social. Refiriéndose a la cuarta característica, Benjamin (2007) explica que el constituyente trae además una “clara opção por processos decisórios abertos, transparentes, bem- informados e democráticos, estruturados em torno de um devido processo ambiental (=due process ambiental)”¹²¹.

Y, finalmente, afirma que las Constituciones de hoy día vienen manifestando una preocupación con la implementación de las normas ambientales, o sea, con la indicación en el texto de derechos y deberes relacionados a la eficacia y efectividad del derecho ambiental y de sus instrumentos, “con miras a evitar que la norma mayor (pero también la infraconstitucional) función retórica– bonita a la distancia e irrelevante en la práctica¹²²⁻¹²³.

¹¹⁹ Ibidem, p. 67.

¹²⁰ Ibidem, p. 67.

¹²¹ Ibidem, p. 67.

¹²² Ibidem, p. 67.

¹²³ Nunca é demais refletir a doutrina de Benjamin. No entendimento do autor, “o Direito Ambiental tem aversão ao discurso vazio; é uma disciplina jurídica de resultado, que só

Analizadas las cuestiones atinentes al proceso de constitucionalización del medio ambiente en el globo insta a vislumbrar como tal fenómeno ocurrió en Brasil.

1.5. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN BRASIL

La protección jurídica del medio ambiente brasileiro se inició, como ya visto, en la legislación infraconstitucional¹²⁴. Las constituciones que precedieron a la de 1988 no se preocuparon de la tutela ambiental en forma específica y globalizante. No trajeron, por consiguiente, nada puntual sobre la protección del medio natural. Al analizar la historicidad de las Constituciones patrias, Milaré (2007) resalta que antes de la Carta de 1988, “nem mesmo uma vez foi empregada a expressão *meio ambiente*, dando a revelar total inadvertência, ou, até, despreocupação com próprio espaço em que vivemos”¹²⁵.

Aún en esta línea, Silva (2002) resalta que:

se justifica pelo que alcança, concretamente, no quadro social das intervenções degradadoras” (BENJAMIN, ob. cit., p. 67).

¹²⁴ Oprotuna, ainda, a lição de Benjamin ao vincular a constitucionalização do meio ambiente com o direito ambiental. Segundo o autor, “a ecologização da Constituição não é cria tardia de um lento e gradual amadurecimento do Direito Ambiental, o ápice que simboliza a consolidação dogmática e cultural de uma visão jurídica do mundo. Muito ao contrário, o meio ambiente ingressa no universo constitucional em pleno período de formação do Direito Ambiental. A experimentação jurídico-ecológica empolgou, simultaneamente, o legislador infraconstitucional e o constitucional” (BENJAMIN, ob. cit., p. 64).

¹²⁵ MILARÉ, ob. cit., p. 145.

Tratando das constituições das mais recentes, desde 1946, apenas se extraía orientação protecionista do preceito sobre a proteção da saúde e sobre a competência da União para legislar sobre água, florestal, caça e pesca, que possibilitavam a elaboração de leis protetoras, como o Código Florestal e os Código de Saúde Pública, de Água e de Pesca¹²⁶.

Brasil, siguiendo la tendencia mundial¹²⁷, realizó la constitucionalización del medio ambiente ocupando el segundo grupo de países en la evolución señalada anteriormente. Al entender de Milaré (2007):

(...) o Texto Supremo captou com indispútável oportunidade o que está na alma nacional – a consciência de que é preciso aprender a conviver harmoniosamente com a natureza -, traduzindo em vários dispositivos aquilo que pode ser considerado como um dos sistemas mais abrangentes e atuais do mundo sobre a tutela do meio ambiente¹²⁸.

Según Campos Junior (2008), “a Constituição brasileira de 1988, pela primeira vez, em toda a história do nosso constitucionalismo,

¹²⁶ SILVA, ob. cit., p. 46.

¹²⁷ Interessante destacar que nos Estados anglo-saxões, parece haver certa resistência à constitucionalização do meio ambiente por ser de difícil delimitação. Prova disso é que nas recentes Constituições da Nova Zelândia e Canadá não há referência ao direito ao meio ambiente (GAVIÃO FILHO, ob. cit., p. 23).

¹²⁸ MILARÉ, ob. cit., p. 145.

manifestou preocupação com o tema do meio ambiente, tanto que o elevou à proteção constitucional¹²⁹.

Analizando la carta de 1988, se percibe que en el art. 5º, LXXIII, el constituyente estableció en extenso el rol de los derechos y garantías individuales que cualquier ciudadano es parte legítima para proponer acción popular destinada a anular el acto lesivo al medio ambiente. No se verifica en otros incisos del art. 5º, una tutela específica del medio ambiente.

Recorriendo el Texto Constitucional se extrae en su art. 129, III, que la función institucional del Ministerio Público es promover la acción civil pública para la protección del ambiente.

Entre tanto, Gavião Filho (2005) observa que el núcleo esencial de la normativa constitucional en materia ambiental está en el art. 225, *epígrafe* al prever que “ todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial á 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”.

La Constitución de la República Federal de Brasil de 1988, se torna “verde” al adoptar una concepción holística y autónoma del medio ambiente distanciándose totalmente de los modelos anteriores. En la lección de Benjamin (2007), se pasó “da miserabilidade à apulência ecológico-constitucional”, al abordar que: 1) el medio ambiente alcanza

¹²⁹ CAMPOS JUNIOR, Raimundo Alves de. *O conflito entre o direito de propriedade e o meio ambiente*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 113.

reconocimiento jurídico expreso constitucional; 2) tal reconocimiento ocurre por medio de una visión ampliada y holística, o sea, “parte-se do todo (biosfera) para se chegar aos elementos”; 3) el todo y los elementos son valorizados jurídicamente en una perspectiva sistémica; 4) la valorización del medio ambiente se hace con fundamentos éticos explícitos e implícitos con una mixtura de argumentos antropocéntricos mitigados, biocéntricos y hasta ecocéntricos; 5) existe un nuevo discurso jurídico-ambiental que se torna dicotómico al desaparecer el *ius dispositivum* toda vez que el constituyente se expresa por dispositivos *ius cogens* e *ius interpretativum*, lo que convierte en imperativo general el carácter de las normas constitucionales y de orden público ambiental infraconstitucional; y finalmente, 6) la tutela ambiental pasa a ser viabilizada por instrumentos propios de implementación como la acción civil pública, la acción popular y las sanciones administrativas y penales además de la responsabilidad civil por daño ambiental¹³⁰.

Se extrae pues que el orden jurídico-ambiental brasileiro es moderno. Como se ha visto en el desarrollo de este capítulo son varias las leyes y los tratados internacionales además del art. 225 de la Constitución, matriz ecológica del sistema ambiental patrio los que tratan de la protección jurídica del medio ambiente. El gran y verdadero problema es la falta de efectividad de las normas ambientales, o sea, de su aplicación real cambiando los hechos sociales. En consonancia Krell

¹³⁰ BENJAMIN, ob. cit., p. 84-85.

señala (2004), “(...) torna-se imprescindível uma reflexão pragmática sobre o Direito Ambiente no Brasil, que ultrapasse os confins da norma legal e examine os complexos fenômenos jurídicos, políticos e socioeconômicos, os quais condicionam sua viabilidade e utilidade social”¹³¹.

De todos modos para una búsqueda de auténtica aplicabilidad de las normas ambientales es preciso tener como punto de partida el art. 225, de la Constitución de la República Federal de Brasil de 1988, toda vez que es parte de ella, que surgen otros dispositivos que componen el orden público ambiental, implicando una serie de derechos y deberes todos sucesivos a los principios de solidaridad a ser analizados en el momento oportuno.

CAPÍTULO 2 PRINCIPIOS DEL DERECHO AMBIENTAL

Los principios del Derecho Ambiental son la base fundamental de las dichas naciones civilizadas y son adoptadas internacionalmente como resultado de la necesidad de una ecología equilibrada. Estos principios apuntan a proporcionar a presentes y futuras generaciones las garantías de preservación de la calidad de vida en cualquier forma que ésta se presente conciliando elementos económicos y sociales de acuerdo con la idea de desarrollo sustentable.

¹³¹ KRELL, ob. cit; p. 90.

Son innumerables los principios elencados por los doctrinarios entre ellos los más citados: el principio de precaución, el principio de prevención, el principio de responsabilidad y de contaminador-pagador, los principios de democracia, de ciudadanía, de información, de educación y de participación ambiental así como los principios de prohibición de retroceso ecológico y del mínimo existencial ecológico. Algunos serán estudiados en forma conjunta en virtud de la intrínseca relación entre ellos.

Es importante resaltar que al discutir todos estos principios se nota que la solidaridad termina estando inserta ya sea en forma transversal o directa en todos los demás. Por ello es que el principio de solidaridad es el fundamento teórico-jurídico del Derecho Ambiental teniendo que ser analizado en el momento de su construcción teórica sin excluir por lo tanto a los demás que ahora se pasan a discutir.

2.1. PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN

La verdad científica tenida como inmutable y absoluta fue durante bastante tiempo el paradigma utilizado para justificar la intervención humana en el medio ambiente. Entretanto la crisis ecológica y la sociedad de riesgo cambiaron la parcialidad científica de los términos “certeza” y verdad.” Emerge, por consiguiente, la necesidad del principio de

precaución que tiene en miras actuar en defensa y protección del medio ambiente en lo que concierne a la difícil, incierta y costosa reparación.

Se señala que el principio de precaución surgió en el derecho alemán alrededor de 1960 habida cuenta de discusiones sobre políticas ambientales, positivándose en 1970. Ya la adopción expresa en el ámbito internacional según Aragão se dió en 1987, en la declaración adoptada por la Conferencia del Mar del Norte.^{132_133_134}.

Hoy no existe duda de que la precaución es uno de los postulados más importantes del derecho ambiental habida cuenta que su objetivo primordial es evitar el daño ambiental no siendo por lo tanto necesaria la comprobación científica de aquél por el hecho de o nexo causal de determinadas actividades al presentar incertezas científicas no dirimidas. De acuerdo con Leite (2003), "(...) devem-se considerar não só os riscos ambientais iminentes, mas também os perigos futuros provenientes de atividades humanas e que, eventualmente, possam vir a comprometer uma relação intergeracional e de sustentabilidade ambiental"¹³⁵.

En el ámbito del derecho internacional ambiental se verifica que el principio de precaución está previsto entre otros en el principio 15 de la Declaración de Río de Janeiro de 1992:

¹³² ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. *O Princípio do poluidor-pagador: pedra angular na política comunitária do ambiente*. Coimbra: Coimbra, 1997, p. 66-67.

¹³³ O francês Neufrey chama a precaução de princípio da prudência (NEUFREY, ob. cit., p. 74).

¹³⁴ Já Krämer afirma que o princípio da precaução foi introduzido pelo Tratado de Maastricht de 1993 (KRÄMER, Ludwing. *Manuale di diritto comunitario per l' ambiente*. Milano: Giuffrè, 2002, p. 82).

¹³⁵ LEITE, ob.cit, p. 47.

De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelo Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de *danos sérios ou irreversíveis, a ausência absoluta de certeza científica* não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental¹³⁶ (destacado).

Observa Sampaio (2003) que el referido principio por poseer carácter semánticamente abierto ha posibilitado diversas interpretaciones pudiendo agruparlas en dos grandes concepciones: una *fuerte*, otra *débil*. Entre las características comunes se destaca “o primado da dúvida sobre o impacto ambiental de qualquer atividade humana e a adoção de medidas destinadas a salvaguardar o meio ambiente”¹³⁷. La diferencia entre ellas según el autor, se produce en la dirección de estas medidas (instrumentos).

Una concepción fuerte defiende los impedimentos de actitudes lesivas y la máxima *in dubio pro naturaleza* al sustentar que “os sistemas naturais têm direitos e valores intrínsecos, que não podem ser apurados e postos na balança ao lado de outros intereses”, a la luz de una visión

¹³⁶ Existem outros instrumentos internacionais que prevêm referido princípio, como a Convenção da Diversidade Biológica (1992), Tratado da União Europeia (acrescido pelo Tratado de Maastricht), Carta Mundial da Natureza (1982) da ONU, Acordo sobre Medidas Sanitárias e Fitossanitárias da Organização Mundial do Comércio etc.

¹³⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite. Constituição e meio ambiente na perspectiva do direito constitucional comparado. *Princípios de direito ambiental: na dimensão internacional e comparada* In: SAMPAIO, José Adércio Leite, WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 59.

biocéntrica del medio ambiente¹³⁸. Una dimensión fuerte, por lo tanto, implica una orientación radical en el sentido de que el principio de precaución exige prueba absolutamente segura de que no habrá daño además de aquellos previstos para la liberación de una actividad tecnológica¹³⁹. Aquí es interesante hacer la siguiente reflexión: ¿cómo tener la “prueba absolutamente segura” de otros daños si la sociedad de riesgo constata no sólo el riesgo cierto sino también gira en torno de lo que aún no se tiene como prever en forma concreta? El riesgo es así abstracto, en potencial.

En esta línea observa Gullett (2000) que la precaución no defiende una “política de riesgo cero” sino que se orienta en que se preste atención a la protección de la salud pública y del medio ambiente siempre que la información científica sea insuficiente para una información segura¹⁴⁰. Ilustra, aún, Leite (2008) que el principio de precaución opera con “función anticipatoria, inhibitoria y cautelar frente al riesgo abstracto que puede ser considerado riesgo de daño pues muchas veces es de difícil visualización y previsión”¹⁴¹.

Ya la concepción débil, entretanto, considera todos los factores involucrados en la actividad tales como los riesgos, los costos financieros y los beneficios posibles partiendo según Sampaio (2003), “de uma ética

¹³⁸ SAMPAIO, ob. cit., p. 59.

¹³⁹ Ibidem, p. 59.

¹⁴⁰ GULLETT, Warwick. The precautionary principle in Australia: policy, law & potencial precautionary EIAs, *Risk: health, safety & environment*, v. 11, p. 93-124, 2000, p. 94.

¹⁴¹ LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, Jose Rubens Morato (orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 172.

ambiental antropocêntrica responsável”¹⁴². Se trata de la corriente mayoritaria en la medida en que la referida orientación es compatible con el antropocentrismo extendido e intergeneracional visión defendida en esta obra. Como adepto de esta corriente se resalta el entender de Machado (2006):

A implementação do princípio da precaução não tem por finalidade imobilizar as atividades humanas. Não se trata de precaução que tudo impede ou que tudo vê catástrofes ou males. O princípio da precaução visa à durabilidade da sadia qualidade de vida das gerações humanas e à continuidade da natureza existente no planeta¹⁴³.

Como se vé la precaución impone un medio de gerenciamento de riesgo cuyo control se aplica según Aragão (2004), se dá por medio de “princípios gerais de riscos: proporcionalidade, não discriminação, coerência, análise das vantagens e encargos e análise de evolução científica”¹⁴⁴. Se revela como “*uma garantia material de realização efetiva do princípio do nível mais elevado de proteção ecológica*”¹⁴⁵ (ênfasis en el original).

¹⁴² SAMPAIO, ob. cit., p. 61-62.

¹⁴³ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 65.

¹⁴⁴ ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. *O princípio de nível elevado de proteção ecológica: resíduos, fluxo de materiais e justiça ecológica*. Tese de doutoramento. Coimbra: FDUC. 2004, p. 264.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 265.

Además de la dimensión material el citado principio también conquista una tendencia instrumental al imponer la utilización de medidas y de técnicas disponibles para minimizar el daño ambiental a pesar de su previsibilidad. Se anticipa, por oportuno, que en el ámbito de la responsabilidad civil por daños causados al medio ambiente decurrente de residuos sólidos domésticos el principio de proporcionalidad es aplicado en asociación con el principio de precaución en virtud de ambos buscando medidas y medios equilibrados en la captación de una solución que sea más conveniente para efectivizar el Derecho Ambiental.

Al delinear el campo de actuación del principio en el caso concreto explica Sampaio (2003) que el aplicador debe identificar si el producto o actividad en cuestión “es bueno para nosotros’ (dimensión puramente ética y de identidad particularista) en cuanto que ‘es bueno para todos’ (dimensión moral y universalista)¹⁴⁶. Tal premisa resulta del hecho de que el medio ambiente es difuso y de uso común del pueblo.

A pesar de la prevalencia de la dimensión débil de la precaución en el ámbito doctrinario y jurisprudencial se sustenta en que a la luz de una hermenéutica jurídica ambiental es variable la utilización del *in dubio pro ambiente interpretación más antigua del ambiente*, expresión ésta utilizada por Canotilho (1995), lo que no conduce a una visión radical en defensa del medio ambiente. Señala el doctrinario lusitano que el principio de interpretación más amiga del ambiente es “como expressão ou *rátio* da

¹⁴⁶ SAMPAIO, ob. cit., p. 64-65.

maioria das normas jurídicas aplicáveis no caso, é inacatável, não goza, em termos apriorísticos e abstractos, de uma prevalência absoluta”¹⁴⁷. En la misma línea alerta Leite (2008) que el “*princípio in dubio pro ambiente* não é absoluto, pois poverá sempre ser otimizado com os demais princípios e as regras colidentes, e, ainda conforme as especificidades do caso concreto, devendo-se agir com ponderação”¹⁴⁸.

En otras palabras no significa decir que el derecho al medio ambiente saludable siempre prevalecerá en relación a los demás teniendo en cuenta que los principios fundantes (juridicidad, legitimidad y solidaridad) y los valores básicos (seguridad jurídica, justicia y sustentabilidad) deben estar equilibrados en el Derecho Ambiental. Basta pensar en el valor sustentabilidad el cual impone el equilibrio del trípode formado por el desarrollo económico, por la equidad social y por el medio ambiente saludable además de la concepción antropocéntrica extendida. Aquí se recurre al principio de razonabilidad a ser mencionado más adelante que guiará al intérprete en la utilización de la precaución y en especial en la interpretación *in dubio pro ambiente*. En este sentido defender una interpretación absolutamente *pro verde* o totalmente más antigua del ambiente no es el objetivo de esta tesis.

Si al analizar los principios, los valores y los bienes jurídicos involucrados en una actividad que sea potencialmente dañosa al medio ambiente, si aún luego de la utilización de las guías de la responsabilidad

¹⁴⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Protecção do ambiente e direito de propriedade: crítica de jurisprudência ambiental*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 83.

¹⁴⁸ LEITE, ob. cit., p. 175.

civil por daños causados al medio ambiente a consecuencia de residuos sólidos domésticos, si no fuera posible llegar a una solución se debe regresar nuevamente al principio de precaución con la aplicación de la interpretación más *amiga del ambiente o in dubbio pro ambiente*, orientación ésta captada en forma inductiva por el orden jurídico- ambiental.

O sea, la referida orientación sólo se efectivizará ante la imposibilidad de resolución por medio de los demás postulados hermenéuticos ecológicos en obediencia al antropocentrismo extendido bajo la orientación de los principios de razonabilidad y de proporcionalidad.

En el ámbito del ordenamiento jurídico brasilero el principio de precaución no se encuentra expresamente previsto en el Texto Constitucional pero es captado inductivamente en el orden jurídico- ambiental o sea es extraído del art. 225, § 1º, II, III, IV y V, de la Constitución de la República Federal de Brasil de 1988. Su fundamento es creado y fortalecido por la crisis ecológica y por la sociedad de riesgo.

Acercas del principio constitucional de precaución expone Fensterseifer que “a adoção do princípio em questão abre caminho para uma nova racionalidade jurídica, mais abrangente e complexa, vinculando

a ação humana presente a resultados futuros, sendo, portanto, um dos pilares da tutela do ambiente e também da saúde humana”¹⁴⁹.

Se puede afirmar, aún, que el principio de precaución es condición inamovible de la sociedad de riesgo conforme señala Leite (2008):

Com efeito, não é possível conviver, em nome da mínima segurança da coletividade, com catástrofes, a exemplo de Chernobyl e outras, oriundas da sociedade de risco. Por isso, impõem-se a implementação e a efetividade imediata do princípio da precaução, já implícito na norma jurídica ambiental, da política ambiental e em todos os setores interligados, como meio de combater o risco e a incerteza científica. Mais do que isso, o princípio da precaução, como estrutura indispensável ao Estado de justiça ambiental, busca verificar a necessidade de uma atividade de desenvolvimento e os potenciais riscos ou perigosos desta. Parte-se do pressuposto de que os recursos ambientais são finitos, e os desejos e a criatividade do homem, infinitos, exigindo uma reflexão através da precaução, se a atividade pretendida, ou em execução, tem como escopo a manutenção dos processos ecológicos e de qualidade de vida¹⁵⁰

En forma expresa, el principio de precaución fue abordado en el art. 54, § 3º, de la Ley nº 9.605\98 (Ley de Crímenes Ambientales), así

¹⁴⁹ FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos Fundamentais e proteção do meio ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.

¹⁵⁰ LEITE, ob. cit., p. 179.

como en el art. 5º del Decreto federal n. 4.297|2002, que regula el art. 9º, II, de la Ley n. 6. 938|81 (Ley que crea la Política Nacional del Medio Ambiente)¹⁵¹.

Se extrae, por lo tanto, que el referido principio está directamente ligado a una acción anticipatoria a la ocurrencia del daño ambiental cuando éste pueda ser detectado previamente alejando el peligro y manteniendo la seguridad de las generaciones futuras en pro de la sustentabilidad. En esta cuestión, en la evaluación del riesgo ambiental se debe actuar en “forma pró-ativa, anticipatória, inibitória e cautelar”¹⁵², siguiendo una actuación racional, lógica y razonable por cuenta del daño abstracto y potencial.

Un punto importante que merece ser observado es acerca del ámbito temporal de actuación del principio. No importa si antes, durante o después de la actividad potencialmente dañosa haya sido ejecutada en virtud de las incertezas científicas. La gestión del riesgo ambiental no siempre puede ser avalada antes de la conclusión de una actividad lo que impone su control frecuente.

2.2. PRINCIPIO DE PREVENCIÓN

Otro principio que estructura al Derecho Ambiental es el de prevención. Como el propio nombre sugiere su objetivo es la adopción de

¹⁵² Ibidem.

políticas de gerenciamento y la protección del medio ambiente en forma previa a los procesos de degeneración ambiental. Son varios los instrumentos internacionales que abordan el principio de prevención como la Convención sobre Diversidad Biológica y la Declaración de Estocolmo, ésta prevé en su sexto principio: “o despejo de substâncias tóxicas ou de outras substâncias e de liberação de calor em quantidades ou concentrações que excedam a capacidade do meio ambiente de absorvê-las, sem dano, deve ser interrompido com vistas a impedir prejuízo sério e e irreversível aos ecossistemas”¹⁵³.

En Argentina la Ley General del Ambiente 25.675 (LGA) recepta al principio de prevención como objetivo de política ambiental (art. 2º, *g, k*) y como criterio de interpretación y aplicación de las normas en esta materia (art. 4º).

Como se vé, es perceptible que prevención y precaución están íntimamente relacionadas. Milaré (2007) sustenta que el último se encuentra dentro del primero habida cuenta que la prevención por tener un carácter genérico engloba la precaución¹⁵⁴. En el mismo sentido se manifiesta Leite al afirmar que “ambos os princípios atuam na gestão antecipatória, inibitória e cautelar dos riscos, sendo ambos similares no gênero. Contudo, a atuação preventiva é mais ampla e genérica: já a

¹⁵³ Destaca Krümer que o princípio da prevenção foi amparado, inicialmente, pelo Tratado Internacional de 1987 (KRÜMER, ob, cit., p. 83).

¹⁵⁴ MILARÉ, ob. cit., 118.

precaução, mais específica e conecta com o momento inicial do exame do risco”^{155,156}.

Ilustra Kiss (1996) que la diferencia entre ellos se dá en la evaluación del riesgo toda vez que existe un riesgo alto en la precaución en cuanto la prevención es aplicada cuando el riesgo es posible, probable y determinado¹⁵⁷. Explica Antunes (2008):

É um princípio muito próximo ao princípio da precaução, embora não se confunda com aquele. O princípio da prevenção aplica-se a impactos ambientais já conhecidos e dos quais se possa, com segurança, estabelecer um conjunto de nexos de causalidade que seja suficiente para a identificação dos impactos futuros mais prováveis¹⁵⁸.

Se extrae que la prevención es pasible de aplicación cuando se saben las consecuencias antes de iniciar y de proseguir con determinada actividad. Se aplica en situaciones en que existe la comprobación científica del nexo causal, teniendo la finalidad de eliminar los peligros cuando éstos puedan ser verificados anticipadamente para cohibir la degradación del medio ambiente antes de que se concrete.

¹⁵⁵ LEITE, ob. cit., p. 172.

¹⁵⁶ Também é o entendimento de NEUFRAÏ, Jean-Fraçois. *Droit de l'environnement*. Bruxelles: Bruylant, 2001, p. 83.

¹⁵⁷ KISS, Alexandre; SHELTON Dinah. *Developments and trends in international environmental law*. Genebra: Unitar, 1996, p. 20.

¹⁵⁸ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 11. ed. São Paulo: Rio de Janeiro, lúmen Juris, 2008, p. 35.

Ya el principio de precaución se manifiesta cuando se sabe por cierto cual será el resultado de la práctica de determinado acto habida cuenta que no existe la certeza científica del resultado. Entre tanto la falta de certeza del nexo causal no puede ser motivo de excusa para que no se tomen actitudes eficaces con el objetivo de impedir la degradación ambiental.

En forma diferente al de precaución el principio de prevención está expresamente previsto en el orden constitucional brasileiro en su art. 225, § 1º, II, III, IV y V, además de innumerables estipulaciones en las legislaciones específicas. Son mecanismos importantes para la aplicación de la prevención el Informe Previo de Impacto Ambiental – EPIA, así como la concesión de la licencia ambiental pues son informaciones científicas imprescindibles para la instauración de determinados emprendimientos y proseguimiento de las respectivas actividades que se demuestren como efectivas o potencialmente devastadoras para el medio ambiente. De esta forma el principio es aplicado con miras a constatar y eliminar posibles daños ambientales debiendo éstos ser verificados y eliminados antes de ser concretados.

Es importante destacar que independientemente de ser prevención o precaución el intérprete debe de haber pautado una gestión de riesgos en forma previa, anticipatoria. Como dice el viejo dicho popular, “es mejor prevenir que curar”. De todos modos se defiende el carácter amplio de la prevención que incluye en consecuencia la

precaución. Se trata, en general, de una actuación preventiva del riesgo ambiental.

El Maestro resalta que ambos principios, prevención y precaución pueden ser aplicados en forma concomitante pues a pesar de los objetivos distintos ambos actúan como instrumentos anticipatorios en la gestión del riesgo ambiental.

2.3. PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD Y DE CONTAMINADOR-PAGADOR

Ante las hipótesis que ocupan la pre-comprensión del intérprete ambiental por el hecho de la existencia de una dimensión ecológica de la dignidad humana y por ser el medio ambiente un derecho difuso y un bien de uso común del pueblo perteneciente a las presentes y futuras generaciones, además de ser considerado un deber fundamental e imposible de alejar, la presencia del principio de responsabilidad se toma como estructurante del Derecho Ambiental. La premisa de este principio es básica: quien causa daño al medio ambiente debe responder por él. Véase, además, que la responsabilidad es el corolario de la gestión anticipatoria del riesgo ambiental habida cuenta que en caso de que no existiese posibilidad de reparación del daño igualmente habría lugar para las acciones preventivas y precautorias.

El principio se fortalece, también, en el hecho de que no existen fronteras ni límites políticos cuando se trata de daño ambiental. No existen fronteras en la atmósfera que controlen la entrada y salida de contaminación. Con este espíritu Leite afirma (2008): “(...) há que atualizar o instituto da responsabilização em seus vários tipos, civil, administrativo, penal e até intercomunitário, e ligá-lo aos efeitos transfronteiriços da poluição, visando a alcançar um Estado, interna e externamente, mais aparelhado e mais justo, do ponto de vista ambiental”¹⁵⁹.

Al hacer la defensa del principio de solidaridad como fundamento teórico-constitucional del Derecho Ambiental, siendo uno de los principios fundantes, se extrae que la solidaridad y la responsabilidad caminan de la mano. Explica Fensterseifer (2008)¹⁶⁰ que la solidaridad demanda responsabilidad en la medida en que ésta debe ligar a ciudadanos de diferentes Estados nacionales, a la generación presente con las futuras, así como un vínculo con las especies naturales.

La sociedad y el Poder Público como sujeto tienen el deber fundamental y son responsables de cuidar al medio ambiente saludable del daño ambiental ocurrido. La dimensión económica de la responsabilidad da lugar al principio de contaminador-pagador lo que justifica su análisis conjunto. Es considerado estructurante del Derecho Ambiental pues refleja directamente una imposición de responsabilidad

¹⁵⁹ LEITE, ob. cit., p. 180.

¹⁶⁰ FENSTERSEIFER, ob. cit., p. 111-119.

para aquél que asume el riesgo de la actividad económica desarrollada y quien proporciona directa o indirectamente daño ambiental. Tal principio, *polluter-pays* (contaminador-paga), impone al contaminador el deber de cargar con los costos necesarios para combatir la contaminación, costos éstos establecidos por el Poder Público para mantener la calidad del medio ambiente en estado saludable¹⁶¹.

Es importante destacar que no se trata de un principio de compensación de los daños causados, en el sentido de que si contaminó debe pagar como si fuese una fórmula matemática. Sería una excelente arma para los emprendedores. El alcance de este principio es mucho mayor pues incluye los costos de la prevención, reparación y represión al daño ambiental toda vez que “o direito ambiental possui três esferas básicas de atuação: a preventiva, a reparatória e a repressiva”¹⁶².

La acción preventiva debe ser la más importante ya que la sanción es aplicada a *posteriori* pudiendo ser inútil en la proporción en que ya fueron concretadas las consecuencias perjudiciales al medio ambiente y a la humanidad.

Se observa que los daños sufridos por el medio ambiente en la mayoría de los casos son irreparables lo que lleva a percibir que la defensa del medio ambiente debe ser sobretodo preventiva en vez de reparatoria. Ésto se debe al hecho de que la reparación trata sobre la

¹⁶¹ NEUFRAY, ob. cit., p. 85.

¹⁶² MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. 2. ed.. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2001, p. 419.

lesión concretada mientras que la prevención cuida sobre la posibilidad de impedir el daño.

El principio contaminador-pagador es además de un instrumento jurídico una herramienta económica para la protección ambiental. Destaca el economista alemán Altvater (2007) que:

(...) a totalidade holística da natureza ou sua respectiva integridade dissolvem-se em um conjunto de recursos naturais individuais e em um resto que não pode ser valorizado ou valorado. A natureza é, desse modo, transformada em uma entidade econômica; mas, além disso, a natureza permanece externa ao discurso econômico e à sua racionalidade¹⁶³.

Entre tanto la propia justificación para la actuación del Estado en la esfera del derecho ambiental es la ofrecida por el Análisis Económico del Derecho a partir de los modelos de Pigou y de Coase (1988)¹⁶⁴.

Según Pigou la contaminación es el costo impuesto a los demás por los productores (externalidad negativa) para el cual el mercado no tiene la fuerza de internalizar, o sea, que el mercado no consigue que sea asumido sólo por su causante necesitando de la actuación del Estado. Defiende, además, que debe existir la revalorización de las preferencias individuales por medio del Estado con la internalización de las

¹⁶³ ALTVATER, Elmar. Existe um marxismo ecológico? Tradução de Rodrigo Rodrigues. In: BORON, Atílio A.; AMADEU, Javier; GONZÁLEZ, Sabrina (orgs.). *A teoria marxista hoje: problemas e perspectivas*. São Paulo: Clacso, Expressão Popular, 2007, p. 320.

¹⁶⁴ COASE, Ronald. *The firme, the market and the Law*. Chicago: University of Chicago Press, 1988, p. 133 e seguintes.

externalidades ambientales que afectan la asignación óptima de recursos¹⁶⁵.

Ya en el entender de Coase (1988), todo es de nadie y es usado por todos y cuidado por ninguno debiendo toda la propiedad ser individual. La actuación estatal debe ser guiada para evitar el surgimiento de externalidades, garantizando, así, la eficiencia de la completa internalización de los efectos externos por los sujetos del mercado¹⁶⁶.

La política ambiental, de esta forma, es necesaria para la introducción o adopción de posturas y procedimientos menos agresivos al medio ambiente, objetivando el desarrollo sustentable¹⁶⁷. Los instrumentos econométricos del análisis económico del Derecho, por lo tanto, pueden ser utilizados para la formación, estructuración y el buen funcionamiento de las técnicas del derecho ambiental por medio de una nueva racionalidad ambiental¹⁶⁸.

La constatación de que el medio ambiente no puede ser sometido al uso indiscriminado se verifica en la Constitución de la República Federal de Brasil de 1988, en su art. 225, § 3º, que asevera: “As condutas e as atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e

¹⁶⁵COASE, ob, cit., p. 133 e seguintes.

¹⁶⁶ Ibidem, p. 133.

¹⁶⁷ BATTESINI, Eugênio. Da teoria econômica à prática jurídica: origem, desenvolvimento e perspectivas dos instrumentos tributários de política ambiental. Caderno do Programa de Pos-Graduação em Direito - PPGDir. |UFRG. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005, p. 132.

¹⁶⁸ MATIAS, João Luis Nogueira; BELQUIOR, Germana Parente Neiva. Direito, economia e meio ambiente: a função promocional da origem jurídica e o incentivo a conduta ambientalmente desejadas. *Revista Nomos*, Fortaleza, v. 27, p. 155-176, jul.|dez., 2007, p. 161.

administrativas, independentemente de obrigação de reparar os danos causados”.

Del citado dispositivo constitucional se extrae que el ordenamiento patrio adoptó el carácter triple de la responsabilidad ambiental al imponer sanciones civiles, penales y administrativas. En la legislación infraconstitucional es importante mencionar el art. 4º, VII, de la Ley n. 6.938\81, al disponer que la Política Nacional del Medio Ambiente tiene como uno de sus objetivos “a imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e|ou indenizar os danos causados, e ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos”.

Así se vislumbra que la onerosidad por la contaminación de los recursos ambientales constituye un instrumento de política pública para aconsejar al contaminador hacia una racionalización en la utilización de los recursos naturales con el objetivo de mantener un equilibrio entre las disponibilidades y las demandas así como mantener al medio ambiente saludable y protegido.

De esta forma el sujeto responsable por la provocación del daño ambiental tiene el deber de reparar al medio ambiente. Sin embargo la finalidad de reparación en el derecho ambiental es restablecer el medio lesionado al *status quo anterior*, o sea, es la reconstitución del bien ambiental degradado. La reparación pecuniaria en el instituto de la responsabilidad ambiental sólo debe ser realizada cuando se revela una

inalcanzable reparación específica. Es oportuno destacar el concepto de Rodrigues:

A adoção da reparação específica como postulado da responsabilidade civil ambiental leva em consideração o fato de que, diante do dano ao entorno, a medida precípua deve ser a recuperação do bem ambiental lesado, sempre que isso for possível. Na reparação *in natura* não é somente ínsita a ideia de proteção e preservação dos recursos ambientais como se vê no artigo 4º da Lei 6.938/81: coaduna-se também com a ideia de que o poluidor deve ser *educado* com as medidas reparatórias, coisa que não ocorre quando estamos diante de uma reparação pecuniária¹⁶⁹.

El orden jurídico-ambiental adopta la teoría de la responsabilidad objetiva, habida cuenta de que al constatar el nexo de causalidad entre el daño y la acción del agente éste será responsabilizado independientemente de la culpa, como se extrae del § 3º del art. 225 de la Ley Mayor, en concomitancia con el § 1º del art. 14 de la Ley n. 6.938/81. Se trata sin duda de un avance normativo toda vez que no existe necesidad de comprobación de culpa del agente degradador por cuenta del riesgo de la actividad ejercida, ésto facilita la responsabilidad.

Entretanto existen muchas dificultades que precisan ser vencidas a fin de que el principio de responsabilidad sea efectivo como

¹⁶⁹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito ambiental: Parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.293.

“legitimación, evaluación del daño, autorización administrativa y daño ambiental, nexo causal”¹⁷⁰, entre otras. Corresponde al intérprete, en especial al Judicial el importante papel de la resolución de cuestiones complejas en virtud del daño ambiental con el propósito de efectivizar el Derecho Ambiental.

2.4. PRINCIPIO DE DEMOCRACIA, DE CIUDADANÍA, DE INFORMACIÓN, DE EDUCACIÓN Y DE PARTICIPACIÓN AMBIENTAL

En el presente tópico, los referidos principios enunciados serán tratados en forma conjunta en virtud de la evidente relación entre ellos a fin de que la discusión no se convierta en exhaustiva y repetitiva. Del mismo modo queda sin respuesta la importancia de la pre-comprensión ambiental en la efectivización de ellos, en la medida en que debe existir una sensibilización y sentimiento de cuidado del hombre en relación a la naturaleza. Entre tanto con la manifestación de estos principios habrá una transformación en la pre-comprensión influenciando en la lente por medio de la cual la sociedad vé la realidad. .

En consonancia a lo discutido en reiteradas ocasiones el hombre en su condición de ciudadano se hace titular del derecho al ambiente equilibrado y también sujeto activo del deber fundamental de proteger al ambiente en los términos del art. 225 de la Constitución de la República

¹⁷⁰ LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 64.

Federal de Brasil de 1988, matriz ecológica del orden jurídico-ambiental. El referido dispositivo por medio de un raciocinio jurídico por inducción terminando dando fundamento indirectamente a todos los principios que estructuran al Derecho Ambiental.

Ya en el ámbito internacional se constata que los citados principios se encuentran previstos directa e indirectamente en el principio 10 de la Declaración de Río de 1992, cuya redacción es la siguiente:

A melhor maneira de tratar questões ambientais é assegurar a *participação*, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo deve ter acesso adequado a *informação relativa ao meio ambiente* de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações sobre materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de *participação de processo de tomada de decisões*. Os Estados devem facilitar e *estimular a conscientização e a participação pública*, colocando a *informação à disposição de todos* (destacado).

Lo primero que merece atención y acaba siendo condición inamovible para los demás es el *principio de democracia ambiental* por encontrarse en la esencia del Derecho Ambiental siendo manifestación conjunta de los principios fundantes de legitimidad y solidaridad así como de los valores justicia y sustentabilidad. El art. 1º, II, de la CF|88, trata, expresamente, de la ciudadanía como principio fundamental del Estado

brasileño y aborda, aún, el principio democrático en el párrafo único del mismo dispositivo al afirmar que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

El Derecho Ambiental al revelar como valor-base la sustentabilidad, original del principio de solidaridad exige una nueva concepción de ciudadanía titulada ciudadanía ambiental con una activa participación del pueblo en la calidad de sujeto de derecho-deber del medio ambiente ecológicamente equilibrado. Según Costa (2005):

A partir de uma eficaz participação garante-se o dever-ser perante uma norma, a qual se arraiga à vida cotidiana e torna-se um hábito cultural e espontâneo da sociedade; conhecendo-se a realidade dos problemas ameaçadores da vida, viabiliza-se a formação de juízes valorativos de responsabilidade, sustentabilidade e ética ambiental. Tais seriam as condições necessárias para se fomentar a desejada democracia ambiental¹⁷¹.

En razón de que el atuendo del derecho ambiental saludable sea el de bien difuso y de uso común del pueblo nada más legítimo que el conferir al propio pueblo instrumentos de fiscalización, protección y participación a ser ejercidos por medio del *principio de ciudadanía*

¹⁷¹ COSTA, Melinda de Oliveira Gonsalves Fernández. A ação popular como instrumento de defesa do meio ambiente e exercício da cidadania ambiental. *Direito Público*. Porto Alegre, v. 4, n. 15, 2005, p. 166.

ambiental. Se percibe, pues, que el principio de ciudadanía ambiental es el corolario del principio de democracia ambiental.

Así, se hace necesaria la manifestación de más de un principio que es el de información. En el ámbito del ordenamiento Brasileiro el principio de información se encuentra previsto en los arts. 6º, § 3º, y 10 de la Ley n. 6.938\81. Bajo la óptica de la Constitución de la República Federal de Brasil de 1988, se visualiza que el art. 220 trae expresamente el derecho que la sociedad tiene a ser informada. El derecho al medio ambiente saludable es de todos; luego, en razón de su titularidad difusa todos deben tener acceso a las informaciones relativas al medio ambiente en todas las esferas (municipal, estatal y federal) y la división de las funciones del Poder Público (Ejecutivo, Legislativo y Judicial). Sobre el principio tratado, señala Rodrigues (2005):

Nesse passo, se a informação é relativa a algo cuja titularidade ultrapassa a esfera pessoal de quem a obteve, é fora de dúvidas que ela, a informação, deve ser disponibilizada e socializada com todos os titulares do bem que seja o objeto da informação. Assim, mais do que uma atividade egoísta, a *retenção e guarda* da informação relativa a um bem difuso constitui um gravíssimo desrespeito ético, moral e social, além de ilícito de sonegação de dados dos verdadeiros “proprietários” desse bem: a coletividade. Enfim, se o bem sobre o qual recai a informação é difuso, certamente que o

direito à informação e obtenção de dados acerca desse bem tem igualmente uma natureza difusa¹⁷².

Evidentemente, el acceso concreto a la información efectiva no es sólo un principio de ciudadanía ambiental sino también un principio democrático pues asegura a la colectividad el derecho de mantenerla informada para que pueda participar en la formación de políticas públicas ambientales en modo de controlar el autoritarismo de las acciones públicas así como de los procesos judiciales que involucren litis en torno a la tutela del medio ambiente.

La Ley n. 6.938/81, en su art. 9º VII y XI, insertó entre los instrumentos de Política Nacional del Medio Ambiente la obligación de el Estado de producir un catastro de informaciones ambientales y de asegurar al público la protección de informaciones relativas al medio ambiente¹⁷³.

Un ejemplo interesante es el Informe de Impacto Ambiental – RIMA, que tiene como objetivo hacer accesible al público las informaciones contenidas en el Estudio Previo de Impacto Ambiental –

¹⁷² RODRIGUES, ob. cit., p. 177.

¹⁷³ Muito se tem discutido acerca do direito à informação ambiental, como forma de fiscalizar não só os atos do Poder Público, mas também dos particulares, na medida em que o meio ambiente equilibrado se revela não só como um direito difuso, mas também como um dever, acarretando em obrigações diversas (VILLANUEVA, Claudia. Derecho de acceso a la información ambiental, antecedentes internacionales y legislación nacional. In: DEVIA, Leila(coord.). *Nuevo rumbo ambiental*. Buenos Aires, Madrid: Ciudad Argentina, 2008, p. 326).

EPIA, la obligatoriedad de publicación del pedido de licencia y la publicación de los programas de educación ambiental entre otros¹⁷⁴.

Como manifestación conjunta del principio de información se destaca el *principio de educación ambiental* que fue insertado en la legislación brasilera inicialmente por medio de la Ley n. 6.938/81 y luego por la Constitución de la República Federal de Brasil de 1988, en su art. 225, § 1º, VI, al atribuir al Poder Público la realización de la educación y de la conciencia ambiental en todos los niveles de enseñanza y la concientización pública para la preservación del medio ambiente. Posteriormente siguiendo los dictámenes constitucionales se dió la publicación de la Ley n. 9.795/99, que creó el Programa Nacional de Educación Ambiental. En este contexto resalta Rodrigues (2005):

(...) a *educação ambiental* é mais um meio para se obter a *consciência ecológica* e um novo paradigma ético do homem em relação ao meio ambiente. Sem dúvida que o encontro desse novo *paradigma ético do ser humano* em relação ao meio ambiente culminará com o alcançar de um *desenvolvimento sustentado*, enfim, uma harmonia na relação *homem\natureza*. Se por um lado é inesquecível que a educação ambiental constitui uma técnica instrumental de proteção do meio ambiente que visa colher resultados a longo prazo, essa “demora” será recompensada pelo fato de que tais resultados serão sólidos e disseminados em cadeia, de

¹⁷⁴ RODRIGUES, ob. cit., p. 179-180.

geração para geração, tendo em vista o enraizamento de um “novo comportamento” do indivíduo em relação ao próximo e ao meio em que vive¹⁷⁵.

Se visualiza que la educación ambiental es un instrumento, un medio para transformar la mentalidad del hombre exigiendo transformaciones íntimas y complejas de relación entre él y el medio ambiente.

La Política Nacional de Educación Ambiental asevera que ésta puede ser realizada por el medio formal y no formal. Según su art. 9º, la educación ambiental debe ser implantada obligatoria y formalmente en las currículas de las instituciones de enseñanza pública y privada incluyendo a la educación básica, superior, especial y profesional.

Además, el art.13 de la citada ley impone la necesidad de una educación no formal que debe muñirse de “ações e práticas educativas voltadas para a sensibilização da coletividade sobre as questões ambientais e à sua organização e participação na defesa da qualidade do meio ambiente”. Aquí entra el papel de los medios y de las comunicaciones en masa de las organizaciones no gubernamentales, de las empresas públicas y privadas en el desarrollo de programas de educación ambiental, del Poder Público por medio de políticas públicas educativas y aún de ecoturismo. Sin embargo, es importante considerar el proceso educacional realizado por otros entes tales como grupos

¹⁷⁵ RODRIGUES, ob. cit., p. 181.

espontáneos que surgen en los más variados sectores de la sociedad civil¹⁷⁶.

Es indiscutible que al exigirse que la referida disciplina sea obligatoria en todos los niveles de enseñanza así como el estímulo para la informalidad del proceso educativo se planta la simiente de una nueva relación con la naturaleza. En el entender de Boff (1999), “para cuidar do planeta precisamos todos passar por uma alfabetização ecológica e rever nossos hábitos de consumo”¹⁷⁷.

La educación es capaz de promover cambio de actividades a medida que se transforma al medio en el ver la realidad provocando la conciencia ambiental. A la luz de un sistema aún típicamente capitalista el referido principio refleja la posibilidad del consumo sustentable al permitir la selectividad y el estímulo para el consumo de productos y servicios “más amigos del ambiente”. Se debe tener cautela sin embargo al ponderar acerca de la elección y por la mera comercialización del medio ambiente que viene siendo realizada por los varios detentadores del poder económico.

Desafortunadamente, debido a las dificultades en la implementación de los derechos sociales en países como Brasil en especial el derecho a la educación, es evidente la dificultad en la efectivización de este principio. Entretanto el referido obstáculo no puede

¹⁷⁶ SEARA FILHO, Germano. Apontamento de introdução à educação ambiental. Ambiente. *Revista Cetesb e Tecnologia*, São Paulo, n. 1, [s/d].

¹⁷⁷ BOFF, Leonardo. *Saber cuidar: ética do homem – compaixão pela terra*. Petrópolis: Vozes, 1999.

ser justificativo de inacción por parte de la sociedad. Aquellos que ocupan la parcela privilegiada de la población que tiene acceso a un sistema educacional básico tienen la obligación y el deber no sólo de cambiar de actitud sino también de intentar propagar la conciencia ambiental como forma de efectivización del deber fundamental al medio ambiente ecológicamente equilibrado. El hombre, sin duda, es el principal agente transformador de esta realidad que en unión con fuerzas solidarias contribuye para la concreción del Derecho Ambiental.

Dando continuidad a los principios estructurantes es necesario observar el *principio de participación* el cual es consecuencia del de educación y de información ambiental. Sólo el ciudadano bien informado y educado podrá participar activamente del proceso de construcción de una nueva realidad ecológica ejerciendo auténticamente su legítima ciudadanía. Conforme dice Rodrigues (2005), “o principio da participação é complementar à atuação do Poder Público e está definitivamente atrelado ao Estado Democrático de Direito, em que o povo atua ativamente na política estatal”¹⁷⁸. En la misma línea se manifiesta Milaré (2007):

O direito á participação pressupõe o direito de informação e está a ele intimamente ligado. É que os cidadãos com acesso à informação têm melhores condições de atuar sobre a sociedade, de articular mais eficazmente desejos e ideias e de

¹⁷⁸ RODRIGUES, ob. cit., p. 172.

tomar parte ativa nas decisões que lhe interessam diretamente (...)¹⁷⁹.

El principio de participación aclara la importancia de la cooperación entre Estados y sociedad para resolver la cuestión de la degradación ambiental. La sociedad tiene el derecho de participar dando su opinión en relación a la materia ambiental buscando formular y ejecutar las políticas ambientales. En el ámbito de un proceso judicial podrá el magistrado aún sin previsión específica en el rito procesal escuchar a los estratos sociales en la medida de lo posible por medio de auditorías o de sesiones públicas abiertas a fin de que la sociedad pueda participar y contribuir para una decisión judicial más conveniente con el Estado Ambiental.

Como se vé todos los principios arriba destacados están íntimamente relacionados teniendo en cuenta que por medio de la información determinan que la sociedad tenga acceso a las informaciones generales del Poder Público acerca de políticas públicas y procesos administrativos que involucran al medio ambiente así como el mismo Poder Judicial fiscalizando la realización de los procesos judiciales y luchando por el “buen juzgar ambiental”.

2.5. PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE RETROCESO ECOLÓGICO

¹⁷⁹ MILARÉ, ob., cit., p. 777.

Con las conquistas jurídico-sociales originadas a partir de la evolución de los derechos fundamentales queda resguardado una especie de patrimonio existencial del hombre que debe ser mantenido no pudiendo volver atrás en forma desfavorable. O sea, a cada conjunto de situaciones jurídicas benéficas a los hombres como la implementación de la dignidad de la persona humana, el referido conjunto debe continuar a existir sólo si está redimensionando a la generación y nunca empeorando. Ésta es la idea del principio de prohibición de retroceso intrínseca a la propia naturaleza de los derechos fundamentales en especial a los derechos de carácter prestacional.

El principio de prohibición de retroceso, en general, se encuentra presente en los derechos fundamentales en especial en los derechos sociales habiendo sido uno de los primeros objetivos de estudio por la doctrina. El objetivo es vincular al legislador infraconstitucional al poder constituyente en la dirección de que la norma infraconstitucional no retroceda en lo que concierne a los derechos fundamentales declarados y asegurados por la Constitución. Según Sarlet (2007), el referido principio encuentra recepción en el principio de seguridad jurídica, en el principio de protección de la confianza o así mismo en la previsibilidad del encuadramiento normativo de las relaciones jurídicas pudiéndose lo escuadrar dentro de las garantías constitucionales del derecho adquirido,

de la cosa juzgada y del acto jurídico perfecto así como dentro de las limitaciones materiales del poder de reforma constitucional¹⁸⁰.

Evidentemente el referido principio busca proteger a los titulares de los derechos fundamentales de la actuación del legislador toda vez que éste no puede elaborar una norma infraconstitucional que venga a retroceder en las garantías y en las tutelas jurídicas ya existentes en el momento de su elaboración. Se trata de una “garantía constitucional do cidadão contra o órgão legislador no intuito de salvaguardar os seus direitos fundamentais consagrados pela Constituição, aos quais o legislador deve atender na maior medida possível”¹⁸¹. Acerca del tema, manifiesta Sarlet (2007):

(...) negar reconhecimento ao princípio da proibição do retrocesso significa, em última análise, admitir que os órgãos legislativos (assim como o poder público de um modo geral), a despeito de estarem inquestionavelmente vinculados aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em geral, dispõem do poder de tomar livremente suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa do Constituinte¹⁸².

La prohibición de retroceso se basa, además, en la existencia de un contenido esencial de los derechos fundamentales, o sea, en el mínimo existencial para que se pueda vivir dignamente. Además de la

¹⁸⁰ SARLET, ob. cit., p. 412-425.

¹⁸¹ FENSTERSEIFER, ob. cit., p. 259.

¹⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 428.

imposibilidad de retroceder para empeorar las condiciones jurídicas de los individuos, la prohibición de retroceso debe buscar el garantizar el mínimo existencial que está vinculado al contenido esencial de los derechos fundamentales. También porque en lo que concierne a la restricción de los derechos fundamentales como se verá más adelante ésta se encuentra limitada al núcleo esencial que traduce la dignidad humana y la propia justicia que es la razón de ser del Derecho.

En el mismo sentir es que la doctrina ambientalista señala la existencia del principio de prohibición de retroceso ecológico fundamentado implícitamente en la dignidad de la persona humana (art. 1º, III, de la CF\88) y en el art. 225, raíz ecológica del ambientalismo brasileiro. Si existe una nueva dimensión de derechos fundamentales en especial el derecho fundamental al medio ambiente ecológicamente equilibrado las nuevas condiciones jurídicas protectoras del hombre están constituidas para que tenga una saludable calidad de vida. Luego, la tutela normativa del medio ambiente debe operar en modo progresivo en el ámbito de las relaciones jurídicas con el objetivo de ampliar la calidad de vida existente hoy. Se busca pues la materialización de la dignidad de la persona humana no pudiendo así retroceder a un nivel de protección inferior a aquél visualizado en este mismo “hoy”.

Molinero (2007), uno de los pioneros de la temática en Brasil prefiere llamarlo “principio de prohibición da retrogradación socioambiental” en vez de prohibición de retroceso ecológico como señala

la mayoría de la doctrina iusambiental en la medida en que según el autor, “retrogradar expresa mejor la idea de retroceder, de ir para atrás en el tiempo y en el espacio”, principalmente cuando se trata de protección al medio ambiente. Explica, además:

(...) o que o direito ambiental objetiva é proteger, promover e evitar a degradação do ambiente, portanto, intensamente deve coibir a retrogradação que representa uma violação dos direitos humanos, e uma transgressão a direitos fundamentais. Ao atingir-se ao estado superior, não se deve retornar a estágios inferiores, expressa a máxima central do primado da evolução dos seres e das coisas. Portanto, não se deve permitir o movimento de recuo, o declínio, o deslocamento para trás em materia socio-ambiental¹⁸³.

También señala el autor que el referido principio es el “sintagma proposicional de todos los demás principios del derecho ambiental” fundamentando por lo tanto su efectivización¹⁸⁴. Es importante mencionar que la prohibición de retroceso ambiental no puede dejar de ser cumplida alegando “reserva de lo posible”, o sea, no existe posibilidad de negarse a la calidad de un Estado-Socioambiental alegando la carencia de recursos

¹⁸³ MOLINARO, Carlos Alberto. *Direito ambiental: proibição de retrocesso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 67-68.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 100.

materiales y humanos para concretar la prohibición de degradación ambiental”¹⁸⁵.

Acerca del tema, afirma Krell (2008) que el principio de la prohibición de retroceso ecológico implica la protección del núcleo esencial del derecho fundamental al medio ambiente y de los demás que están en juego. El límite de este contenido, según el autor debe ser considerado en cada caso concreto no pudiendo nunca hacerlo en abstracto, “mediante emprego do método da ponderação das posições jurídicas, bens e interesses envolvidos”. En consecuencia las medidas excesivas y desproporcionadas están prohibidas¹⁸⁶.

Es de resaltar, entretanto, que el estudio del referido principio aún es embrionario en el seno de la doctrina lo que no lo torna menos precioso en relación con los demás. Al contrario, es importante su maduración en el ámbito de la investigación jurídica a fin de que gradualmente la prohibición de retroceso ecológico sea efectivamente una guía material e instrumental para el poder Público en la adopción de sus políticas públicas así como en el control realizado por el Poder Judicial. En esta línea, enseña Canotilho (2004) que la prohibición constitucional de retroceso ecológico-ambiental es utilizada como instrumento de criterio

¹⁸⁵ Ibidem, p. 112-113.

¹⁸⁶ KRELL, Andreas J. *Desenvolvimento sustentável às avessas nas praias de Maceió* AL: a liberação de espigões pelo novo Código de Urbanismo e Edificações Maceió: EDUFAL, 2008, p. 68.

de evaluación del riesgo global, debiendo por lo tanto ser utilizada la ponderación y el balanceo de los bienes involucrados¹⁸⁷.

Por lo tanto, el principio de la prohibición de retroceso ecológico significa que a menos que las circunstancias de hecho se alteren significativamente no se tiene que admitir el retroceso a niveles de protección inferiores a los anteriormente consagrados implicando pues límites a la adopción de legislación de revisión o derogación, así como en lo que concierne a las cláusulas pétreas. Sobre la importancia edificadora de este principio, aclara Fensterseifer (2008):

(...) o princípio da proibição do retrocesso ambiental guarda importância ímpar na edificação do Estado Socioambiental do Direito, pois busca estabelecer um piso mínimo de proteção ambiental, para além do qual as futuras medidas normativas de tutela devem rumar e ampliar-se, contemplando sempre um nível cada vez mais amplo da qualidade ambiental e salvaguarda da dignidade humana, sem deixar de lado a nossa responsabilidade para com as gerações humanas vindouras¹⁸⁸

Como se vé, el principio de prohibición de retroceso ecológico se califica como uno de los estructurantes del Derecho Ambiental imprescindible para efectivizar los postulados y las metas del nuevo paradigma estatal, ya se ha visto que se objetiva el alcanzar condiciones

¹⁸⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 183.

¹⁸⁸ FENSTERSEIFER, ob. cit., p. 263.

de vida sustentable no sólo para las presentes generaciones sino también para aquellas que aún están por venir en consonancia con la solidaridad y con la justicia.

2.6. PRINCIPIO DEL MÍNIMO EXISTENCIAL ECOLÓGICO

El Estado tiene la obligación de implementar políticas públicas que propicien una condición de vida digna para todos y que garanticen condiciones mínimas de sobrevivencia al ser humano, o sea, el mínimo existencial¹⁸⁹. Ésto se debe a la dimensión prestacional de varios derechos fundamentales que exigen actividades positivas del Poder Público¹⁹⁰.

El mínimo existencial es el contenido “inderogable de los derechos fundamentales”¹⁹¹, relacionándolo con el mínimo de condición para vivir dignamente. Sarlet (2008) señala que fue en Alemania donde primero se elaboró dogmáticamente la idea de derechos y garantías fundamentales relacionados a condiciones mínimas para vivir dignamente¹⁹².

¹⁸⁹ CLÉVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais, *Revista de direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 54, p. 28-39, jan.\mar, 2006, p. 38.

¹⁹⁰ SANTOS, Fernando. A efetividade dos direitos fundamentais sociais e controle das políticas públicas à luz da teoria dos princípios. *Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 44, n. 175, p. 219-230, jul\set. 2007, p. 219.*

¹⁹¹ GARCIA, Emerson. O direito à educação a sua perspectiva de efetividade. In: GARCIA, Emerson (coord.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro; Lúmen Juris, p. 149-198, 2004, p. 194.

¹⁹² SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo

No existe dispositivo expreso en el Texto Constitucional que trate al referido principio pero es indiscutible que su previsión es captada indudablemente de la dignidad de la persona humana, conforme al art. 1º, III, de la Constitución de la República Federal de Brasil de 1988, corazón de todos los derechos fundamentales¹⁹³ Acerca del tema, observa Reis (2004):

(...) embora chamados de “sociais” e tendo sempre sua dimensão coletiva destacada, tais direitos também possuem um núcleo essencial mínimo, o qual quando desrespeitado, acarreta violação á dignidad do Homem, em especial a daqueles economicamente hipossuficientes, e que têm un maior grau de dependência com o Estado¹⁹⁴.

Parece obvio que la dignidad de la persona no se materializa si un mínimo para la existencia humana no fuese garantizado pues ambos están directamente ligados pudiendo inclusive confundirse conforme al entendimiento de Clève (2006):

(...) A obrigação do Estado consistente no respeito ao mínimo existencial (não há dignidad sem o mínimo necessário para a

Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 11-53, 2008, p. 18.

¹⁹³ Ibidem, p. 24-25.

¹⁹⁴ REIS, Carlos Bernardo Alves Aarão. Notas acerca da efetividade dos direitos fundamentais sociais como limite à discricionariedade administrativa. In: GARCIA, Emerson (coord.). *A efetividade dos direitos sociais*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 253- 377, 2004, p. 362.

existência). Ou seja, as prestações do poder público decorrente do reconhecimento dos direitos fundamentais poderão ser progressivamente incrementadas. Todavia, o mínimo existencial implica, desde logo, o respeito a uma dimensão prestacional mínima dos direitos sociais. O definir esse mínimo não é tarefa fácil¹⁹⁵.

Sin embargo, en el paradigma del Estado Ambiental el principio del mínimo existencial toma una nueva dimensión para incluir el mínimo de equilibrio ambiental. O sea, además de los derechos ya identificados por la doctrina como integrantes de este mínimo existencial (saneamiento básico, morada digna, educación fundamental, alimentación suficiente, salud básica, entre otros), se debe incluir dentro de este conjunto la calidad ambiental con miras a concretar “uma existência humana digna e saudável ajustada aos novos valores e direitos constitucionais da matriz ecológica”¹⁹⁶.

De acuerdo con lo que explica Molinaro (2007), se busca la “identificação de um conjunto normativo que atenda um compromisso antrópico viabilizador da existência do ser humano, defendendo, antes de tudo, sua dignidade, dirigindo-se à manutenção de um estágio mínimo ao ambiente, vedando-se a degradação do mesmo”¹⁹⁷. Así, antes de existir un mínimo ecológico existe necesariamente un mínimo social. O mejor expresado el mínimo social está contenido en el ambiental.

¹⁹⁵ CLÉVE, ob. cit., p. 38.

¹⁹⁶ FENSTERSEIFER, ob. cit., p. 264.

¹⁹⁷ MOLINARO, ob. cit., p. 68.

El sesgo ecológico de este mínimo encuentra fundamentación en el art. 225, de la Constitución de la República Federal de Brasil de 1988, teniendo en cuenta la existencia de una dimensión ecológica de dignidad humana que alcanza a la presente generación y también a las venideras. En la misma línea, el referido principio sólo tiene razón de existir en virtud del núcleo esencial de los derechos fundamentales ya que a todas las personas les debe ser garantizado un contenido esencial vinculado naturalmente al mínimo existencial.

Existe aún una fuerte relación entre la protección del mínimo existencial ecológico con el principio de precaución por medio de dos manifestaciones *in dubbio pro ambiente* que como dicho anteriormente no puede ser absoluta.

Nunca está de más recordar que el cumplimiento de su contenido deberá ser realizado según las orientaciones de la Responsabilidad civil por daños causados al medio ambiente en consecuencia de residuos sólidos domésticos en especial en lo respectivo a los principios fundantes, al principio de ponderación, al principio de proporcionalidad, al principio de razonabilidad y al principio de precaución.

Así, para buscar los fundamentos del principio del mínimo existencial ecológico se debe en un primer momento ampliar el concepto de mínimo existencial clásico para incluir la idea de calidad ambiental teniendo en cuenta que poseer una vida digna exige mucho más que

simplemente sobrevivir¹⁹⁸. El mínimo existencial ecológico no debe ser entendido como el básico de supervivencia. Es mucho más que esto pues la degradación ambiental muchas veces coloca en riesgo la vida humana y la de otras especies. Se debe procurar, por lo tanto, el mantenimiento de un conjunto de condiciones básicas que propicien una vida digna incluyendo por lo tanto una calidad ambiental adecuada.

Un punto importante que merece ser destacado es que el principio del mínimo existencial ecológico no defiende sólo que las condiciones básicas de calidad ambiental sean garantizadas. La concreción del derecho fundamental al medio ambiente ecológico equilibrado así como de los demás derechos prestacionales que ocupan el conjunto de estas condiciones mínimas no puede ser reducida simplemente a garantizar el mínimo existencial. Debe ser concebido en la forma más amplia posible con la incorporación de la calidad ambiental como un nuevo contenido en el núcleo protectorio. Lo que se debe tener en mente es que el Estado debe buscar herramientas que efectivicen al máximo la Responsabilidad Civil por daños causados al ambiente a consecuencia de residuos sólidos domésticos y también efectivizar el derecho fundamental al medio ambiente ecológicamente equilibrado.

2.7. PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD

¹⁹⁸ SARLET, ob. cit., p. 21.

El principio de razonabilidad es un importante instrumento interpretativo pues fundamenta en forma objetiva la utilización del buen sentido durante la elección realizada por el aplicador. Determina que debe haber razonabilidad en la utilización de los recursos naturales por el hombre y que el Derecho Ambiental tiene legitimidad para regular esta relación.

El referido principio tuvo origen en la jurisprudencia constitucional norteamericana como un movimiento natural de tensiones sociales. El objetivo original de la razonabilidad no era limitar el poder del Estado evitando el abuso como pretende la proporcionalidad conforme será analizado más adelante. Con la evolución de la dimensión sustantiva del debido proceso legal la Corte norteamericana pasó a conferir atención a los exámenes de racionalidad y de razonabilidad de los actores administrativos y normativos surgidos del Poder Público fortaleciendo, por consiguiente, el principio de razonabilidad¹⁹⁹.

Muchos confunden razonabilidad con proporcionalidad, institutos que son absolutamente distintos a pesar de ser complementarios. Existe quien defiende que los referidos principios son fungibles, o sea, sustituibles descaracterizando por consiguiente a la propia esencia de ellos. No se adopta, entretanto, tal interpretación. La razonabilidad según Ávila (2008), "(...) não faz referência a uma relação de causalidade entre

¹⁹⁹ GUERRA, Sérgio. *Controle judicial dos atos regulatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 308.

um meio e um fim, tal qual o faz o postulado da proporcionalidade”²⁰⁰. Fundamentalmente, en el sentido del doctrinario el principio de razonabilidad busca armonizar lo general con lo individual tomando en cuenta las circunstancias particulares de los factores concretos en cuanto a la aplicación del Derecho.

Al analizar el tema, Morais (2004) señala que el principio de razonabilidad posee dos acepciones: *el test de racionalidad o test de razonabilidad*. Según la autora el principio trata de la racionalidad de la medida (*rational decision-making*), o sea, de su lógica interna. Se percibe aquí cierta similitud con los dos primeros subprincipios de la proporcionalidad (la adecuación y la necesidad) utilizados por el juez como forma de analizar si los elementos son pertinentes para determinada decisión²⁰¹. Por defender que la razonabilidad es un instituto autónomo de la proporcionalidad es que el test de racionalidad no será aquí considerado ni utilizado pues ya se encuentra amparado por la proporcionalidad de los mismos.

Sin embargo, cuando se invoca el test de razonabilidad se percibe que el objetivo es identificar decisiones que ninguna autoridad razonable podría haber tomado teniendo como base los *standards del* sentido común de una comunidad. Por ello, el juzgador (o intérprete en general) no puede tomar una decisión en base sólo a su sentido individual, sino al

²⁰⁰ AVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

²⁰¹ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 139.

revés, se debe guiar por el consenso de la comunidad en la cual está inserto.

Una cuestión interesante gira en torno de cómo saber lo que es consenso de la comunidad. Considerándolo oportuno, se puede destacar la explicación de Habermas (2006) cuando defiende la acción comunicativa revelada en un procedimiento argumentativo de un discurso dirigido al consenso. Sostiene que el discurso garantiza dos condiciones básicas en forma simultánea:

(...) que todo participante individual é livre, no sentido de ter autoridade epistêmica na primeira pessoa ao dizer “sim” e “não”, (...), que esta autoridade epistêmica se exerça com a busca de um acordo arrazoado, de modo que se selecionem soluções que sejam racionalmente aceitáveis para todos os implicados e atingidos²⁰² (Traduzido).

Traducción Libre: (...) que todo participante individual es libre en el sentido de tener autoridad epistémica en primera persona al decir “sí” y “no”, (...), que esta autoridad epistémica se ejerza com la búsqueda de un acuerdo razonado de modo que se seleccionen soluciones que sean racionalmente aceptables para todos los implicados y alcanzados²⁰³ (Traducido).

²⁰² HABERMAS, Jürgen. *La ética del discurso y la cuestión de la verdad*. Tradução de Ramón Vilà Vernis. Buenos Aires: Paidós, 2006, p. 30-31.

²⁰³ HABERMAS, Jürgen. *La ética del discurso y la cuestión de la verdad*. Tradução de Ramón Vilà Vernis. Buenos Aires: Paidós, 2006, p. 30-31.

Así, propone una ética del discurso para esclarecer no sólo las cuestiones de comprensión intersubjetiva sino también identificar por medio de los presupuestos pragmáticos del lenguaje una fundamentación intersubjetiva y también racional de las normas jurídicas.

Además, el principio de razonabilidad se encuentra pautado en la lógica de lo razonable de Siches (1973)²⁰⁴, defender la lógica formal²⁰⁵ basada en el positivismo jurídico es insuficiente para el Derecho.

Como parte integrante de la Responsabilidad Civil por daños causados al medio ambiente a consecuencia de residuos sólidos domésticos el tan esperado buen sentido debe orientar al intérprete en todos los momentos debiendo ser considerado como intrínseco al sujeto. La racionalidad clásica no tiene como atender las demandas de la sociedad de riesgo que exige del juez conocimientos extrajurídicos cada vez más diversos y complejos para decidir los *hardcase*. Por ello, toda esta idea en torno a la dialéctica, de la apertura del Derecho a los valores y a los daños causados al medio ambiente a consecuencia de residuos sólidos domésticos y de otras peculiaridades abordadas fundamentan la utilización de la razonabilidad en la aplicación del principio de precaución, del principio de interpretación más amigable al ambiente además de todas

²⁰⁴ SICHES, Luis Recaséns. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. 2. ed. México: Porrúa, 1973, p. 278.

²⁰⁵ Na lição de Alves, a lógica formal estabelece “as condições de acordo com o pensamento consigo mesmo, estudando a sua validade intrínseca, isto é, sua forma” (ALVES, Alaôr Caffé *Lógica: pensamento formal e argumentação*. 4. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 141).

las manifestaciones y decisiones a ser tomadas por el intérprete durante la Responsabilidad Civil por daños causados al medio ambiente a consecuencia de residuos sólidos domésticos.

2.8. COLISIÓN CON EL DERECHO FUNDAMENTAL AL MEDIO AMBIENTE

Como se ha visto en el desarrollo de esta Tesis el medio ambiente saludable posee naturaleza jurídica de derecho y deber fundamental, conforme preceptúa el art. 225 de la CF\88. Sin embargo, de la misma forma que el medio ambiente es un derecho fundamental existe un inmenso listado de derechos fundamentales elegidos por el constituyente estando todos en el mismo nivel ya que no existe jerarquía en un primer momento entre ellos según Alexy (2010)²⁰⁶. Los derechos fundamentales poseen naturaleza jurídica de principios lo que por su característica *prima facie* hace que entren fácilmente en curso de colisión con otros derechos fundamentales. Es común visualizar en la Constitución normas en direcciones opuestas teniendo en cuenta que reflejan una diversidad ideológica con intereses diferentes. La idea de pluralismo y de democracia es suficiente para explicar la tensión de las normas constitucionales.

²⁰⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 255.

Como los derechos fundamentales son principios es indiscutible que la verificación de una colisión real, en este caso, demanda un esfuerzo interpretativo mucho mayor que en relación a las reglas. Ésto se debe al hecho de que los principios son abiertos y poseen una serie indeterminada de *facti species*²⁰⁷, o sea, de situaciones concretas en su ámbito normativo. Los criterios tradicionales de antinomias no son suficientes para lidiar con la colisión de derechos fundamentales lo que implica la necesidad de una técnica específica de solución²⁰⁸.

Todo derecho fundamental posee un contenido esencial que precisa ser resguardado con íntimo ligamen al mínimo existencial y a la dignidad de la persona humana. Por ello, es inevitable la restricción de derechos fundamentales quedando sin embargo el saber cuáles son los medios idóneos, legítimos y constitucionales para hacerlo.

En este tópico se tratar en un primer momento sobre la restricción de los derechos fundamentales en especial el derecho al ambiente, así como la protección de su contenido esencial. En seguida, se pasa a analizar el principio de ponderación y de balance con el propósito de sopesar los bienes, valores e intereses en juego, técnica interpretativa y argumentativa específica para lidiar con la colisión de principios. Finalmente al definir la referida jerarquía axiológica a la luz de la balanza hipotética del Estado de Derecho Ambiental incumbe verificar cuáles son

²⁰⁷ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: RT, 1990, p. 42.

²⁰⁸ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisão entre princípios constitucionais. Razoabilidade proporcionalidade e argumentação jurídica*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 190.

los medios y las medidas legítimas para garantizar en la mayor medida posible el derecho fundamental que prevalece evitando al máximo el sacrificio de los demás en razón de la protección del contenido esencial. Los principios fundantes y estructurantes del Estado Ecológico así como los principios de interpretación constitucionales serán utilizados como instrumentos argumentativos en la aplicación de las técnicas antes expuestas. .

2.8.1. LA RESTRICCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL MEDIO AMBIENTE Y LA PROTECCIÓN DE SU CONTENIDO ESENCIAL

Una teoría de las restricciones de los derechos fundamentales parte del presupuesto de que los derechos fundamentales son restringidos, limitados, relativos, que no son absolutos. Así, ante la limitación de los derechos se percibe que el carácter restrictivo es una de las características distintivas de la concepción misma del derecho y por lo tanto del concepto de derecho fundamental²⁰⁹. Principalmente, frente al carácter no absoluto de los derechos fundamentales el examen de la fundamentación de las restricciones ocupa un papel central en la “dogmática dos direitos fundamentais e para a decisão final acerca de sua constitucionalidade (restrição permitida) ou inconstitucionalidade

²⁰⁹ MOTA, Marcel. *Pós-positivismo e restrições de direitos fundamentais*. Fortaleza: Omni, 2006, p. 71.

(violação)”²¹⁰. En el ámbito del derecho brasileiro la discusión se torna interesante por el hecho de que la Constitución Federal de 1988 no previera en forma expresa como se debía proceder ante la restricción de derechos fundamentales.

Barros (1996)²¹¹, al analizar la identificación de los límites a la restricción de derechos fundamentales en la Constitución Federal, alude a las restricciones legales simples, a las reservas calificadas y a los derechos fundamentales sin expresa previsión legal. En las *restricciones legales simples* existe una remisión integral al legislador quien tiene la posibilidad de restringir el ámbito de protección de los derechos fundamentales inclusive por medio de la comprensión de conceptos o institutos jurídicos. Tratándose de las *restricciones legales calificadas* la Constitución fija las condiciones en que se hará la restricción, los fines a ser perseguidos y los medios a ser utilizados. En caso de no haber previsión expresa como es el caso de la Constitución brasileira la autora entiende que puede ocurrir la intervención del legislador.

El mismo entender es sustentado por Mendes²¹² (2000), en el sentido de que tal posibilidad deriva del art. 5º II, de la Ley Mayor al establecer una “clausula de reserva legal subsidiaria”. Defiende el autor

²¹⁰ SILVA, Virgílio Afonso da Silva. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 110.

²¹¹ BARROS, Susana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília jurídica, 1996, p. 161.

²¹² MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília jurídica, 2000, p. 227.

que en el caso de derechos fundamentales no sometidos a reserva de ley restrictiva la acción limitadora debe encontrarse revestida de intensa cautela. En relación a los bienes jurídicos frente a los cuales sería admisible la restricción, Mendes (2000) argumenta que amparado en la doctrina alemana debe tratarse sobre derechos de terceros o revestir jerarquía constitucional.

Ya el jurista portugués Novais (2003)²¹³, sin embargo, critica la posición adoptada por Mendes (2002), explicando que aquello que debe prevalecer es el contenido material del bien en causa y no su localización formal en un plano constitucional o infraconstitucional así como el peso relativo de cada uno de los bienes en colisión.

En general, las restricciones ocurren cuando existe alguna acción u omisión de los poderes públicos sea del Ejecutivo, del Legislativo o del Judicial en el sentido de afectar en forma desventajosa el contenido de un derecho fundamental reduciendo, eliminando o dificultando las vías de acceso al bien en él protegido y la posibilidad de su fruición por parte de los titulares reales o potenciales de un derecho fundamental. Existe así el debilitamiento de deberes y obligaciones en sentido amplio que da necesidad a su garantía y promoción resultante por el Estado²¹⁴.

Según Novais (2003)²¹⁵, se puede hablar sin restricciones en *sentido amplio* incluyendo además de manifestaciones de contenido

²¹³ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições dos direitos fundamentais*. Não expressamente autorizadas pela Constituição. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 620-621.

²¹⁴ NOVAIS, ob, cit., p. 157.

²¹⁵ Ibidem, p. 209

jurídico las intervenciones fácticas sobre derechos fundamentales y sin embargo en sentido estricto tratándose de las actuaciones normativas o leyes restrictivas en los términos del art. 18 de la Constitución de la República Portuguesa.

Mota (2006)²¹⁶, destaca que el carácter limitado de los derechos puede ser visualizado a partir de diversas perspectivas como la filosófica, histórica, sociológica y jurídica cada cual responsable por un modo de explicación sobre la restricción de derechos.

En el prisma jurídico es importante destacar que los derechos fundamentales tienen doble carácter pues son en primer lugar derechos subjetivos y como tales implican un deber objetivo del Estado. Sea como derechos subjetivos o como deberes objetivos los derechos fundamentales son limitados debiéndose conjugar los derechos entre si y armonizar los principios constitucionales tomando en cuenta la unidad de la Constitución²¹⁷. En el caso en debate, se constata la doble dimensionalidad del derecho fundamental al medio ambiente.

Pereira (2006)²¹⁸ explica que al mismo tiempo en que los derechos fundamentales son limitados, ellos sufren limitaciones, constituyendo límites a la actividad estatal. Los derechos fundamentales dirigen la acción estatal en dos dimensiones, la primera como obstáculo a

²¹⁶ MOTA, ob. cit., p. 71.

²¹⁷ Ibidem, p. 75-76.

²¹⁸ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. As restrições aos direitos fundamentais nas relações especiais de sujeição. In: SARMENTO, Daniel & GALDINO, Flávio (org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 605.

la actuación del Estado correspondiendo a un catálogo de competencias negativas del Poder Público y la segunda operando como guías de acción estatal ordenando la realización de tareas y la consecución de objetivos del Poder Público.

Acerca del carácter normativo de los principios, Cristovão²¹⁹ ilustra que se constituyen en normas que fundamentan y sustentan el sistema constitucional, las pautas normativas basales del ordenamiento jurídico. Prosigue, aún, el citado autor aseverando que los principios “norteiam e vinculam a atuação tanto do Poder Público como dos particulares, ostentando eficácia jurídica ativa e vinculante”²²⁰.

Así es necesaria la estructuración de mecanismos de resolución de la colisión entre principios que deben superar el prisma de la validez unido a los conflictos entre reglas alcanzando las calidades de densidad, peso e importancia que para Cristovão (2006)²²¹, son propias de los principios jurídicos. En estas situaciones un principio debe ser alejado para la aplicación del otro como forma de garantizar la armonía y la coherencia del ordenamiento constitucional. Ésto se debe al hecho de que a pesar de que ocurran restricciones es preciso observar el contenido esencial de aquel derecho fundamental que no prevaleció. En la misma línea destaca Krell (2008):

²¹⁹ CRISTOVÃO, ob. cit., p. 189.

²²⁰ Ibidem, p. 190.

²²¹ Idem.

Todos os direitos fundamentais são, ao mesmo tempo, normas principiológicas, proibindo-se excluir um princípio por inteiro para prestigiar outro, sendo necessária sua compatibilização, que somente se torna viável através de um processo de avaliação material dos valores e interesses subjacentes, sejam eles públicos ou privados, na base de um raciocínio de razoabilidade e proporcionalidade²²².

Se percibe, por lo tanto que al adoptar el soporte fáctico amplio para los derechos fundamentales existirá un aumento de colisión entre ellos ya que ampliará la cantidad de conductas, de situaciones y de posiciones jurídicas protegidas en virtud del carácter *prima facie* de los principios. Basta pensar en el derecho al medio ambiente que intuitiva y racionalmente parece que colisiona entre otros con el derecho a la propiedad y con el derecho al desarrollo económico.

La colisión real entre derechos fundamentales ocurre cuando los ámbitos normativos de dos o más normas de derechos fundamentales o mejor de dos o más enunciados o proposiciones normativas que consagran derechos fundamentales son idénticos total o en parte en el modo de tratar el mismo caso en concreto.

En este momento ya se inicia el proceso interpretativo cuando el jurista analiza cuál sería el contenido de un derecho fundamental o sea los presupuestos fácticos sobre los cuales la protección de éste versa o

²²² KRELL, ob. cit., p. 76.

no a fin de verificar los límites de la restricción. En consonancia a lo que explica Steinmetz (2001):

Somente haverá colisão real se os direitos fundamentais conflitantes forem estatuídos diretamente pela Constituição, mediante disposição expressa, ou se puder deduzir as normas de direitos fundamentais conflitantes. Assim, a caracterização da colisão pressupõe a interpretação constitucional²²³.

Vale recordar que se adopta la teoría del contenido esencial relativo, o sea, es variable de acuerdo con los fundamentos fácticos y jurídicos del caso en concreto. Es maleable, siendo definido por el intérprete en el momento de su aplicación mediante los principios de la ponderación y de la proporcionalidad.

Los principios de precaución (inclusive su manifestación por medio del principio *in dubio pro naturaliza* del mínimo existencial ecológico y de prohibición de retroceso ecológico tendrán también un papel imprescindible en la delimitación del núcleo esencial del derecho al medio ambiente.

Aunque el contenido esencial sea relativo, esto no significa que no le sea dada la importancia debida. Relativización no se confunde con banalización, con arbitrariedad. La referida relativización se adjunta con la relación de lo deóntico (deber-ser) y lo apofántico (ser) exigiendo del

²²³ STEINMETZ, ob. cit., p. 140.

intérprete un papel de adecuación entre ellos de acuerdo con las particularidades del caso.

La protección del contenido esencial se justifica del mismo modo en la propia dignidad de la persona humana, corazón de los derechos fundamentales. Se entiende que contenido esencial, dignidad de la persona y justicia están íntimamente relacionados pudiendo, inclusive, confundirse. Como se observó en otra oportunidad se trata de conceptos y marcos creados por el constituyente pero que serán completados y limitados por el intérprete por medio de la dialéctica. Deónticamente no existen dudas de que los referidos institutos hayan sido creados con objetivos distintos. Sin embargo de su aplicación es inevitable su complementación y hasta confusión. Se trata de la razón de ser del Derecho.

Por ello cuando ocurre la colisión entre el derecho fundamental al medio ambiente con otros derechos fundamentales aquél que no prevalece en el caso en concreto no puede ser simplemente excluido del orden jurídico porque desnaturalizaría a la propia esencia del Derecho.

2.8.2. EL PRINCIPIO DE EQUILIBRIO Y DE PONDERACIÓN

Ante la colisión del derecho al medio ambiente con otro derecho fundamental en un primer momento el intérprete deberá utilizar el principio de equilibrio y de ponderación para tentar de armonizar los bienes, los

valores e intereses involucrados en el caso concreto. Se utilizará por consiguiente la optimización sugerida por Alexy (2010), con el fin de que los referidos principios sean realizados en la mayor medida posible ante las posibilidades fácticas y jurídicas existentes²²⁴.

Aunque en el ámbito dogmático-jurídico (teórico) no haya jerarquía de derechos fundamentales habrá en el caso en concreto un ordenamiento teniendo como peso mayor el medio ambiente lo que no implica que la referida premisa obligatoriamente se perpetuará al final de la resolución. O sea, en el momento de aplicación en el campo pragmático deberá observarse el peso de los valores y de los bienes involucrados dentro de cada derecho fundamental que está en juego en el caso en concreto. Y como no podría dejar de ser el medio ambiente tiene (y debe ser) de mayor influencia en la solución ya que es a partir de él que surgen los demás derechos fundamentales como lo es el derecho a la vida. La justificación es simple: no existe vida (así como los otros derechos) de no haber planeta. La pre-comprensión ambiental va a ejercer en este momento influencia en la captación de sentido del intérprete al ponderar los intereses en la balanza hipotética del Derecho Ambiental y en la Responsabilidad Civil por daños ambientales derivados de residuos sólidos domésticos.

La prioridad del ambiente para algunos es absoluta en la medida en que “se encuentra por encima de cualquier otro derecho pues habla al

²²⁴ ALEXY, ob. cit., p. 117-118.

respecto de la garantía a la vida”²²⁵. Entretanto, no es compatible con la tesis totalitaria ya que el equilibrio debe ser hecho en el caso en concreto dependiendo de otros derechos fundamentales involucrados²²⁶. Lo que se defiende es una prioridad relativa, o sea, inicial del medio ambiente premisa ésta que debe estar obligatoriamente en la pre-comprensión del intérprete al analizar el caso en concreto.

El equilibrio, en general, es utilizado para fijar las “relaciones condicionadas de precedencia”²²⁷. Existe acatamiento de uno en relación a otro sin que ésto implique falta de respeto al que no prevaleció²²⁸. Es por lo tanto un procedimiento típico de colisión entre principios.

Enseña Garcia (2004)²²⁹ que el equilibrio en sentido estricto viene a ser el método jurisdiccional que trata del pronunciamiento de constitucionalidad o no de una situación de hecho dada en concreto. Se formulan jerarquías que no deben ser absolutas pues toman en consideración sólo el peso específico de los intereses relevantes en concreto.

La doctrina es prácticamente unánime al defender una jerarquía relativa pues en caso contrario acarrearía la inoperancia lógica por cuenta

²²⁵ OLIVEIRA, Helli Alves de. Intervenção estatal na propriedade privada motivada pela defesa ambiental. *Revista Forense*, v. 317, p. 141, 1992, apud Benjamin, ob. cit., p. 98.

²²⁶ Afirma Nunes Junior que se deve afastar “a visão ambiental ‘totalitária’, voltada para proteção maximalista do meio ambiente em detrimento de outros direitos fundamentais” (NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. O Estado Ambiental de Direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, p. 295-307, a. 41. n. 163, jul.|set. 2004, p. 298).

²²⁷ SILVA, ob. cit., p. 50.

²²⁸ GUERRA FILHO, ob. cit., p. 45.

²²⁹ GARCIA, ob. cit., p. 436.

del principio de unidad de la Constitución. El objetivo del principio de equilibrio no es crear una fórmula de jerarquización de valores sino que dentro de esta jerarquía hay que buscar soluciones armónicas.

En la lección de Alexy (2010), la ponderación busca saber “(...) qual dos interesses - que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto”²³⁰. En el mismo sentido observa Stumm que “a solução, agora, será dada pelo caso concreto, pois é no momento da concreção que os princípios relevam seus diferentes pesos”²³¹.

Como se vé, la ponderación es realizada en un momento anterior al principio de proporcionalidad al buscar balancear los intereses, los valores y los bienes involucrados en la colisión. Aquí, los principios van tomando forma, concretizándose de acuerdo con las peculiaridades de los hechos. Luego de dar peso específico a los intereses relevantes, termina la fase de balanceamiento e inicia la de utilización del principio de proporcionalidad la cual es la de aplicación proporcional de los medios más adecuados, necesarios y proporcionales en sentido estricto para la solución.

No existe duda de que la referida técnica viene sufriendo críticas por parte de la doctrina por entender que ésta padece de racionalidad, dando margen al subjetivismo por parte del juzgador. Sin embargo, el equilibrio está sometido a un control racional a pesar de que es inevitable un margen de subjetividad del intérprete. En el entender de Cappelletti

²³⁰ ALEXY, ob. cit., p. 95.

²³¹ STUMM, ob. cit., p. 77.

(1999), “(...) é natural que toda interpretação seja criativa e toda interpretação judiciária ‘*law-makig*’”²³².

Al analizar las peculiaridades específicas del caso fáctico que involucra al medio ambiente el intérprete deberá utilizar como instrumento de técnica de ponderación el principio de precaución que opera con el riesgo ecológico abstracto. Deberá considerar, del mismo modo, los principios fundantes por ser los fundamentos teóricos del Derecho Ambiental y consecuentemente la balanza hipotética que sopesará los intereses en juego. En el caso de una colisión clásica entre el derecho de propiedad y el derecho al medio ambiente, por ejemplo, habrá un ordenamiento de los intereses que se estén tratando, como el desarrollo económico, el equilibrio ambiental y la calidad de vida saludable. Cabrá al intérprete por medio de la ponderación conferir peso a cada uno de los intereses elencados para formar en ese momento una jerarquía relativa de valores. Acerca del tema, manifiesta Krell (2008):

(...) em virtude das permanentes colisões entre interesses econômicos e ambientais, os juízes devem realizar um sopesamento dos mesmos, exercendo a sua função de “intérprete de bem comum”. Para tanto, os julgadores necessitam de uma maior capacidade de compreender o tamanho e aferir as consequências das decisões administrativas concretas que dizem respeito à proteção do

²³² CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 15.

meio ambiente, para que seja efetuada uma interpretação coerente dos conceitos legais em questão, baseada em critérios objetivos²³³.

Si durante esta jerarquía se constatará que los intereses que involucran al medio ambiente deben prevalecer, el intérprete definirá el peso de todos los intereses, inclusive de aquel derecho que no fue priorizado sean cuales sean los intereses individuales y económicos (derecho de propiedad), para entonces pasa a decidir un medio para la efectivización de aquel derecho que prevaleció y salvaguardar el contenido esencial del otro.

En caso de que el intérprete así proceda, justificando sus elecciones y decisiones en el desarrollo de la técnica es probable que no haya posibilidad de *irracionalidades* durante su desenvolvimiento. Es aquí donde entra la importancia de una teoría de argumentación racional, como la sugerida por Alexy²³⁴ (2010).

Explica este mismo autor que el procedimiento de equilibrio (ponderación) provee un parámetro o criterio de control al asociar la *ley de colisión* a la teoría de la argumentación posibilitando así la formulación de relaciones de precedencia condicionada o sea relaciones en las cuales

²³³ Há grande parte da doutrina que equipara a lei da ponderação de Alexy ao Princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Entretanto, balanceamento e proporcionalidade são técnicas diversas, como se verá adiante.

²³⁴ ALEXY, ob. cit., p. 94-98.

un principio precede a otro teniendo por base las circunstancias del caso concreto.

Se destaca aún como oportuna otra técnica creada por Alexy, titulada *ley de equilibrio o ley de la ponderación*²³⁵, según la cual: “Quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”²³⁶, resaltando el autor que el peso de los principios está determinado siempre de acuerdo con las particularidades del caso concreto.

Una de las mayores dificultades en el sentido de Krell (2008), es exactamente la correcta medición de los pesos toda vez que la ponderación involucra diferentes derechos e intereses que muchas veces no son congruentes. Según el autor, “deve-se distinguir os interesses *individuais*, *os coletivos* \d*ifusos* e os interesses *gerais ou públicos*”²³⁷. La protección del medio ambiente se configura en interés difuso, la propiedad privada aparece como interés individual en cuanto por ejemplo la salud pública y la seguridad surgen como intereses colectivos toda vez que alcanzan a toda la colectividad pudiendo sin embargo ser individualizados. La escala de intereses puede ser realizada juntamente con la dimensionalidad de los derechos fundamentales.

²³⁵ ALEXY, ob. cit., p. 94-98.

²³⁶ Há grande parte da doutrina que equipara a lei da ponderação de Alexy ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Entretanto, balanceamento e proporcionalidade são técnicas diversas, como se verá adiante.

²³⁷ KRELL, ob. cit., p. 74.

2.8.3. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El principio de proporcionalidad deriva del principio de precaución y tiene en miras analizar si existe término medio en la aplicación de las leyes ambientales o así mismo en los procesos legislativos visto que las normas ambientales día y noche colisionan con intereses relevantes y así mismo con derechos fundamentales en pro de la conservación de la naturaleza y siendo así de la vida humana. Se previenen las arbitrariedades en el caso en concreto. Además si ésto es originario de la propia estructura de las normas de derechos fundamentales por cuenta de su apertura y de la naturaleza principiológica que tiene que ver naturalmente en un camino de colisión entre si, necesitando ser sopesados²³⁸.

El referido principio determina la búsqueda de una solución de compromiso en la cual se respete más en determinada situación uno de los principios en colisión procurando el mínimo desprecio posible del otro garantizando el núcleo esencial de aquél que no prevaleció. Stumm²³⁹ expone que el principio de proporcionalidad tiene una función negativa cuando limita la actuación de los órganos estatales y una función positiva de obediencia a sus respectivos contenidos.

²³⁸GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003, p. 107.

²³⁹ STUMM, ob. cit., p. 121.

Para parte de la doctrina la proporcionalidad no es un principio y sí una metanorma o norma de segundo grado²⁴⁰; ya otros lo denominan como una máxima²⁴¹. Existe aún quien defiende que es una regla especial²⁴² en cuanto aún existen corrientes afirmando que la proporcionalidad sería un principio²⁴³ o así mismo el principio de los principios²⁴⁴.

De todos modos, el nombre a él dado no hará diferencia en la importante tarea que éste ejerce en la búsqueda de un medio y de una medida conveniente para la restricción de un derecho fundamental. Aquí se adopta el término principio pues es el más utilizado en la doctrina.

Además es oportuno destacar que es común la confusión entre los principios utilizados para resolver las colisiones en el ámbito de la doctrina. Unos defienden que la proporcionalidad es el *balancing*, son términos que se confunden tal cual lo que ocurre con aquella y la razonabilidad. Además, existe la corriente que reduce el equilibrio a proporcionalidad como si ésta englobase a aquél en modo de equipararlo al principio de proporcionalidad en sentido estricto²⁴⁵.

Lo que importa destacar es que no ocurre sopesamiento de intereses de bienes y de valores en la proporcionalidad. Todo esto es hecho anteriormente en la ocasión de aplicación del principio de

²⁴⁰ ÁVILA, ob. cit., p. 122; GRAU, ob. cit., p. 189-191.

²⁴¹ALEXANDRE, ob. cit., p. 117; FARIAS, ob. cit., p. 29-30; e PEREIRA, ob. cit., p. 323.

²⁴² SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 168-169.

²⁴³ BARROS, ob. cit., p. 218-246.

²⁴⁴ GERRA FILHO, ob. cit., p. 79; LIMA ob. cit., p. 195.

²⁴⁵ STEINMETZ, ob. cit., p. 152-153. No mesmo sentido: STUMM, ob. cit., p. 81.

equilibrio. El principio de proporcionalidad es utilizado para auxiliar al intérprete en la elección de un medio, una medida proporcional que sea menos sacrificante para aquél derecho que no prevalece (respetando el contenido esencial) y optimizar al máximo el derecho que fue priorizado.

Como se vé la ponderación se dá entre bienes, intereses y valores colisionantes en cuanto a la proporcionalidad que ocurre entre medios, o sea, del tipo y de la medida conveniente²⁴⁶. Se trata de la gran (y fundamental) diferencia entre las dos técnicas. Para ello, la doctrina acostumbra a dividir el principio de proporcionalidad en tres subprincipios – adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto - a fin de facilitar el proceso de elección de derechos fundamentales en real colisión.

El *principio de adecuación* exige que la regulación dada a determinado derecho fundamental sea la más adecuada para alcanzar la finalidad pretendida por el legislador. Se cuestiona, por oportuno, si el medio es apto, idóneo, capaz por sí sólo de realizar el fin determinado.

En un segundo momento luego de escoger los medios adecuados el intérprete utilizará *el principio de necesidad o de exigibilidad* que tiene en miras la menor injerencia posible del derecho fundamental que no prevaleció siendo, pues, la medida menos gravosa al derecho en cuestión. En otras palabras, se busca escoger entre las medidas adecuadas cuál es la menos dañosa a los demás bienes y valores

²⁴⁶ HÄBERLE, Peter. *La libertad fundamental en el estado constitucional*. Tradução de Carlos Ramos. San Miguel: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, p. 128.

constitucionalmente protegidos a los cuales fue atribuido el menor peso durante el procedimiento.

De acuerdo con el entender de Alexy (2010)²⁴⁷ adecuación es la necesidad de referencia a las posibilidades fácticas de realización de un principio pero no son la misma cosa. La adecuación es un criterio eminentemente negativo, o sea, tiene como objetivo excluir medios que de inmediato no sean aptos al fin constitucionalmente previsto.

Para finalizar existe aún *el principio de proporcionalidad en sentido estricto el cual exige una relación de racionalidad o equilibrio entre la medida escogida y la finalidad pretendida*. Si el medio ya es adecuado y necesario corresponde observar si será también apto a una relación costo-beneficio. La proporcionalidad estricta es utilizada para verificar si por determinado medio la restricción o los sacrificios de los derechos fundamentales que no prevalecen en la fase anterior del balanceamiento es más o menos significativa que los intereses que son protegidos en la misma medida. Se pregunta: ¿cuál de las medidas es adecuada y necesaria, es también proporcional en sentido estricto?

Se extrae, por lo tanto, que al desenvolver los subprincipios de la proporcionalidad las medidas se van canalizando hasta llegar a un medio que el intérprete entiende como que es el más proporcional para el caso concreto. El principio de precaución en razón de su carácter instrumental, el principio de razonabilidad, el principio del mínimo existencial ecológico

²⁴⁷ ALEXY, ob. cit., p. 588-591.

y el principio de prohibición de retroceso ecológico son imprescindibles al buen uso de la proporcionalidad.

Nunca está de más recordar que aún siguiendo todas las orientaciones aquí expuestas siempre existirá la posibilidad de existir más de un medio para efectivizar el derecho fundamental que prevaleció en la ponderación y que sea menos gravoso al contenido esencial de aquél que no se evidenció.

La interpretación constitucional debe ser vista como tarea de concretización por la cual la norma jurídica no se limita a su texto incluyendo además una dimensión que supera los aspectos lingüísticos, estando relacionada con la realidad social. La normatividad, por lo tanto, debe ser concretada mediante un proceso estructurado y pasible de verificación y justificación intersubjetiva.

La colisión del derecho ambiental por su naturaleza principiológica demanda una intensa actividad del intérprete sea en la ponderación, sea en la proporcionalidad. Es claro que el activismo jurídico debe ser visto con bastante cautela bajo pena de desencadenar en el gobierno de los jueces o en jueces legisladores para utilizar la expresión de Cappelletti (1999)²⁴⁸. En virtud de que los principios jurídicos no están necesariamente expresados en el orden jurídico, nada impide que el juez en el momento de la decisión realice la captación de un nuevo principio por inducción y alegue que éste fue violado por el legislador o por el

²⁴⁸ CAPPELLETTI, ob. cit., p. 15.

particular, por ejemplo. Tal actitud, si no fuera hecha en forma racionalmente justificada es arbitraria y absurda colocando en jaque todos los fundamentos de un Estado de Derecho pautado en la seguridad jurídica.

No se puede caer en el subjetivismo y en el decisionismo teniendo que incorporar una dimensión crítica influenciada por la 'pre- comprensión ambiental que permite al intérprete y a los operadores del Derecho mantener una postura de vigilancia. Así, los resultados podrán ser justificados ante la sociedad en la forma exigida por lo postulado por el Estado de Derecho

Todos los principios ambientales están interrelacionados y deben basarse en el Principio Constitucional de Dignidad de la Persona Humana pues el bien ambiental protegido es corolario de este principio que afirma que el medio ambiente saludable es un derecho fundamental del ser humano.

El análisis de estos principios se hace importante pues el Derecho Ambiental no es una ciencia estática, las cuestiones que no pueden ser resueltas por el hecho de no estar efectivizadas en la ley deben ser resueltas de acuerdo con el análisis de tales principios que auxilian en las cuestiones en que no es posible la aplicación de la ley por inexistencia de ella o así mismo en los casos en que existan lagunas o conflictos legales.

CAPÍTULO 3 COMPETENCIAS DEL MEDIO AMBIENTE EN LAS CONSTITUCIONES FEDERALES

Haciendo un apartado en la evolución histórica de las constituciones en Brasil se observa que ninguna constitución antes de 1988 se preparó en lo respectivo a la preservación del medio ambiente en el país en forma global, las reglas eran meramente regulatorias de actividades extractivas de cuño económico ya que Brasil se valió, por ejemplo, de sus recursos naturales durante siglos para mantenerse principalmente en el mercado exterior hacia donde exportaba la mayoría de la materia prima utilizada por los grandes centros urbanos de Europa,.

Milaré (2003) consagra este punto de vista al afirmar que:

As constituições que precedem a de 1988 jamais se preocuparam da proteção ao meio ambiente de forma específica e global. Nelas se quer uma vez foi empregada a expressão “meio ambiente” a revelar total despreocupação com o próprio espaço em que vivemos²⁴⁹.

La constitución de 1824, no mencionó el medio ambiente en sus dispositivos, en este período Brasil era exportador de productos agrícolas y minerales y no existía preocupación por sus recursos naturales.

²⁴⁹ MILARÉ, Edis. *Direito do Meio Ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 228)

En el período republicano no hubo ninguna señal preservacionista en la constitución de 1981, a pesar de ya traer algunas normas relacionadas a la competencia de la Unión para legislar sobre minas y tierras lo que sí se observó fue protección a los intereses de la burguesía de la época. En el período próximo a la Constitución de 1934, pero aún bajo la vigencia de la Constitución de 1891, ya surgieron algunas normas infraconstitucionales disciplinando el tema como por ejemplo el Decreto nº 24.645 del 10 de julio de 1934 que estableció medidas de protección a los animales previendo penas para aquellos que practicasen malos tratos contra los mismos.

Con la promulgación de la Constitución Federal de Brasil del 16 de julio de 1934, se verificó la preocupación con respecto a las bellezas naturales, patrimonio histórico, artístico y cultural, competencia de la Unión en materia de riquezas del subsuelo, minería, aguas, bosques, caza, pesca y su exploración instituyendo la necesidad de autorización federal para la utilización de estos recursos como está expresado en su art. 119: “ O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, bem como das águas e da energia hidraulica, ainda que de propriedade privada, depende de autorização ou concessão federal, na forma da lei.”

La Carta Constitucional de 1937, no invocó y sí existió preocupación en lo respectivo a la preservación de los recursos naturales en ella se atribuye competencia a la Unión para legislar sobre aguas,

caza, pesca, bosques, subsuelo, minas, protección de las plantas y rebaños.

El hecho importante en la época de la Constitución de 1946 fue la institución del Estatuto de la Tierra del 15 de septiembre de 1965 que estableció la función social de la propiedad rural en la cual algunos requisitos deberían ser observados, entre ellos la conservación de los recursos naturales, se nota que existió un inicio de preocupación con respecto a la conservación del ambiente aunque en forma indirecta, esta constitución prácticamente mantuvo lo que ya existía en las Constituciones de 1934 y 1937 que además de continuar ofreciendo defensa al patrimonio histórico, cultural y paisajístico mantuvo la competencia legislativa de la Unión sobre salud, pesca, caza, bosques, subsuelo y aguas.

Dispositivos semejantes estaban presentes también en la Constitución de 1967, que fue alterada en forma sustancial por la enmienda Constitucional nº 01|1969, donde se puede notar la utilización del término “ecológico” hasta entonces utilizado en nuestro ordenamiento. Un hecho sobresaliente ocurrido durante su vigencia fue la publicación de una de las más importantes leyes en materia ambiental hasta hoy en vigor en Brasil, la Ley de Política Nacional del Medio Ambiente que alteró profundamente la connotación dada hasta entonces en el país al ambiente. Esta ley actualmente ya fue modificada por las Leyes nº 7.804|1989 y 8.028|1990 y trae dos conceptos muy importantes, el primer

inciso conceptúa al Medio Ambiente y el segundo inciso establece los objetivos generales de la Política Nacional del Medio Ambiente.

Al analizar toda la historia constitucional brasilera se concluye que las medidas de protección al ambiente eran muy superficiales, los dispositivos constantes en estas constituciones tenían connotación meramente económica orientada hacia la extracción de los recursos ambientales ya que en Brasil se pregonaba el desarrollo económico a cualquier costo y no existía de hecho una concientización ambiental por parte de los dirigentes y legisladores.

En este tema Medeiros (2008) defiende que:

De qualche sorte, apesar de não possuírem uma visão holística do ambiente e nem uma conscientização de preservacionismo, por intermédio de um desenvolvimento técnico-industrial sustentável, essas Cartas tiveram o mérito de ampliar, de forma significativa, as regulamentações referentes ao subsolo, à mineração, à flota, à fauna, às águas, dentre outros itens de igual relevância²⁵⁰.

La actual Constitución de la República Federal de Brasil de 1988, invocó al campo ambiental, es tenida como constitución “verde” por tratar detalladamente el tema del medio ambiente, en la práctica ella recepcionó

²⁵⁰ MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *Meio ambiente*. Direito e dever fundamental. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. P. 62.

toda la moderna legislación ambiental que existía desde mediados de 1975, vigente a la época de su promulgación.

Según José Afonso da Silva (2006):

O ambientalismo passou a ser tema de elevada importância nas Constituições mais recente entre elas deliberadamente como direito fundamental da pessoa humana, não como simples aspecto da atribuição de órgãos ou de entidades públicas, como ocorria em Constituição mais antigas. E também é a primeira Constituição Federal a trazer um capítulo exclusivamente relativo ao meio ambiente como afirma Silva²⁵¹.

Se puede decir que ella es una Constitución inminentemente ambientalista. Asumió el tratamiento de la materia en términos amplios y modernos. Trae un capítulo sobre el medio ambiente insertado en el título del 'Orden Social' (Capítulo VI). Pero el tema se impregna en todo su texto, correlacionándolo con los temas fundamentales de orden constitucional.

La preocupación para con el medio ambiente traída por la actual constitución se funde con la necesidad de intervención de la colectividad, traída claramente la idea del medio ambiente como medio esencial para la supervivencia del planeta, también se demuestra el carácter interdisciplinario que involucra a la materia ya que se trata bajo los

²⁵¹ SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros 2006, p. 47.

aspectos sociales, económicos, incluye la materia civil, administrativa, penal, entre otras.

La Constitución Nacional de la República Argentina en forma genérica impone al Poder Público la obligación de dictar normas tendientes a proteger al medio ambiente mientras que la de Brasil establece los mecanismos que el Estado debe observar para asegurar la efectividad de este derecho.

La Constitución de la República Federal de Brasil de 1988, en su artículo 225 sintetiza claramente la preocupación ambientalista y por ésto merece destacarse:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem do 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 assegurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético.

III – definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sem a alteração e a supressão permitida somente

através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV – exige, 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;

V – controla a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem riscos para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI – promove a educação ambiental em todos os níveis e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII – protege a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

§ 2º - Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º - A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato- Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condição que assegure a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º - São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelo Estado, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6 – As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

El artículo supra citado explicita que la Constitución Federal de 1988 dejó en claro la característica de lo social y humano pudiéndose observar que el medio ambiente está por encima de todo, es un derecho fundamental a la vida y está íntimamente ligado al principio de dignidad de la persona humana. Como corrobora Morais²⁵² (2011) al expresar que “o art. 225 deve ser interpretado em consonância com o artigo 1º, III, que consagra como fundamento da República o princípio da dignidade da pessoa humana”.

El *epígrafe* se efectúa en detalle en los párrafos siguientes y el principal aspecto a ser observado es que el medio ambiente es tenido como derecho difuso y colectivo, de responsabilidad de todos en lo que atañe a los derechos y deberes, Meirelles²⁵³ (2011), define medio ambiente como “bem de uso comum”, [...] “que se reconhece á coletividade em geral sobre os bens públicos, sem discriminação de usuários ou ordem especial para sua fruição”.

²⁵² MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 752.

²⁵³ MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 426.

En este sentido, Moraes (2011) concuerda al afirmar:

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagrou como obrigação do Poder Público à defesa, preservação e garantia de efetividade do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida²⁵⁴.

Dentro de la nueva visión traída por la Constitución de 1988, aunque el medio ambiente haya recibido un capítulo especial en el texto constitucional existen otros dispositivos que no agotan el disciplinar acerca del tema, como ejemplo el art. 170, que trata de la actividad económica y financiera brasilera diciendo lo siguiente:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

VI – defesa ao meio ambiente.

Analizando el texto supra citado se infiere que el orden económico tiene como principio la defensa del medio ambiente lo que revela que la preocupación del legislador no es solamente el desarrollo

²⁵⁴ MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 750.

sino el desarrollo basado en la protección y preservación ambiental. Totalizando en todo el texto constitucional las líneas muestran preocupación hacia lo social-económico, hacia el ambiente ecológicamente equilibrado, ésto es un factor fundamental y destinado a garantizar a todos una condición de vida satisfactoriamente digna de las necesidades del género humano sin degradar, sin embargo, a la naturaleza.

En Argentina, siguiendo los principios contenidos en la Declaración de Río de 1992 y de acuerdo con los enunciados del *Tratado de Asunción del 26 de marzo de 1991*, para la creación del MERCOSUR; la (REMA) Reunión Especializada en Medio Ambiente creada en 1992, que en 1995 se transforma en el Sub Grupo 6 del Medio Ambiente y buscando la armonización con los demás Estados miembros introdujo el tema de la protección del medio ambiente en la reforma constitucional de 1994.

Así fue como se introdujeron normas específicas relacionadas con el medio ambiente.

Se trata de los arts. 41, 43 y 75 inc. 19 de la Constitución Nacional Argentina.

El derecho ambiental está protegido por las constituciones de la mayoría de las provincias; destacaremos la de la Provincia de Buenos Aires la cual contempla este derecho en el art. 28.

La Ciudad de Buenos Aires, en su Constitución de 1996, en un enfoque muy moderno garantiza el derecho a gozar de un ambiente saludable para las generaciones presentes y futuras (arts. 8, 26, 27, 28, 29, 30, 137y 138)²⁵⁵.

Analizaremos ahora el art. 41 de la Constitución Nacional Argentina de 1994, cuyo texto dice:

“Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos”.

²⁵⁵ CARNEIRO, Protección Jurisdiccional del ambiente. Estudio sobre Derecho Ambiental, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, obra citada, pág. 13.

A nuestro entender el régimen de protección ambiental debe contener normas orientadas a garantizar el derecho a un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano, objetivo primordial de la degradación de competencias conforme surge del texto de la norma del art. 41, de la Constitución Nacional Argentina.

La sanidad del ambiente está siempre sometida a las apreciaciones de las contingencias que se puedan hacer al respecto de la calidad de vida de las personas.

El “daño ambiental” es una expresión ambivalente²⁵⁶, pues tanto sirve para enunciar la lesión al interés común que la actividad humana causa al medio ambiente en cuyo caso se denomina “impacto ambiental”, así como el perjuicio que éste ocasiona de rebote a los intereses particulares de las personas sometidas al ambiente degradado que afecta su calidad de vida como derecho subjetivo.

Es necesario precisar que el daño ambiental se configure cuando sucede la degradación de los elementos que constituyen el medio ambiente o el entorno ecológico, éste adquiere cierta gravedad que excede los niveles, guías de calidad, estándares o parámetros que constituyen el límite de la tolerancia que la convivencia impone necesariamente.

Según Germán (1995), “la recomposición no sustituye ni elimina la reparación. Si recomponer equivale a componer nuevamente lo que antes

²⁵⁶ Bustamante Alsina, op, cit., p. 44.

se “descompuso”, tal recomposición no siempre es posible en todos los casos pero cuando es que existe la obligación de regresar las cosas a su estado anterior; pero cuando resulta viable no excluye la reparación de los daños que ha causado, así mismo el que la ley derive la obligación de recomponer no implica necesariamente que la ausencia de ley impida la aplicación directa e inmediata de la norma constitucional”²⁵⁷.

Después de enunciar como derecho de todos los habitantes el de gozar de un ambiente saludable la norma les adjudica el deber de preservarlo. Se trata de un deber jurídico y jurídicamente exigible que nos convierte a todos en una especie de agentes públicos en el cuidado ambiental.

Al entender de Germán (1995), “las obligaciones pesan también sobre el Estado. El artículo involucra ‘a las autoridades’ con una amplia cobertura que abarca desde los titulares de los tres poderes del gobierno federal y de los gobiernos provinciales y municipales, los jueces, y descendiendo a todos los organismos y reparticiones estatales y a los órganos extra-poderes, como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Público²⁵⁸.”

El art. 41 de la Constitución Nacional habla de la “...preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica...”.

Esta protección se vé complementada con lo regulado en el art. 75 inc. 19 al decir que se deben “dictar leyes que protejan la identidad y

²⁵⁷Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo VI, La reforma constitucional de 1994, ed. EDIAR, Buenos Aires, 1995, p. 300.

²⁵⁸ Ibidem, ob. cit., pág. 298.

pluralidad cultural, la libre creación y circulación de obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales...”.

Éste se complementa con lo normado en el art. 43 que abre la vía de acción que ampara “...em lo relativo a los derechos que protegen al ambiente...”.

En el art. 41 de la Constitución Nacional Argentina está incluyendo al Estado en la “...la información y educación ambiental...”.

En este sentido la responsabilidad del Estado debe desarrollarse teniendo presente que los estudios en materia ambiental imponen en cada caso respetar las relaciones ser humano – naturaleza; sopesar los recursos disponibles y la vida social en dignidad; reflejar en términos de desarrollo sustentable de la humanidad.

Se debe tener en cuenta el contexto social, el contexto socio-cultural y el contexto material.

El Estado deberá no sólo recolectar la información sino también seleccionarla y actualizarla antes de difundirla.

El mismo criterio deberá llevarse a cabo a nivel educativo con la preparación adecuada de los docentes que deban transmitir sus conocimientos a los educandos.

El art. 41 de la Constitución Nacional Argentina señala en su última parte que “...Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias las

necesarias para complementarlas sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales.

Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos y el de los radioactivos”.

Corresponde a la Nación la edición de una Ley Marco con los presupuestos mínimos para la protección del medio ambiente.

Se da concurrencia con las provincias pero solamente en los presupuestos mínimos que éstas deberán respetar al dictar las legislaciones locales.

Ésto es así porque si del art. 41 se desprende como derecho enumerado el derecho al ambiente éste debe integrar el plexo federal de los derechos personales que el congreso tiene la facultad de reglamentar.

Esta norma es de significativa transcendencia en el orden de los poderes de policía concurrentes de la Nación y de las Provincias en el ejercicio de las facultades que les competen en sus respectivas jurisdicciones para proteger la calidad de vida de los habitantes mediante la tutela ambiental, asegurar la utilización racional de los recursos naturales, así como la preservación del patrimonio cultural y de la diversidad biológica, la información y educación ambiental.

El celo y el deber de cuidado son de toda la sociedad, o sea, todas las personas tienen el deber de preservar el medio ambiente del planeta a fin de garantizar una saludable calidad de vida para las

presentes y futuras generaciones. La educación y ética ejercen un papel fundamental en la concreción de los deberes ecológicos.

CAPÍTULO 4 DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Investigar sobre la responsabilidad civil en los días actuales es una de las tareas más difíciles en el estudio del Derecho Civil ya que incluye varias reglas, presupuestos y excluyentes que le son específicos. Se tiene que analizar el caso concreto para que no haya injusticias y tampoco estén en disconformidad con el derecho y sus principios.

El problema de la responsabilidad surge intrínsecamente a toda manifestación de la actividad humana por tratarse aquella de un hecho social o como la obligación que puede incumbir a una persona de reparar el perjuicio causado a otro por el hecho propio o por el hecho de las personas o de las cosas que de ella dependan.

En la presente investigación se discutirá acerca de la responsabilidad civil por daños causados al medio ambiente como consecuencia de residuos sólidos domésticos siendo que en este segundo sub capítulo se tratará sobre la responsabilidad civil en una forma general buscando su concepto, especies, presupuestos, excluyentes y haciendo un rápido abordaje sobre la responsabilidad civil ambiental y la responsabilidad civil del Estado buscando un mejor desarrollo para el texto.

4.1. ESBOZO HISTÓRICO

Fue lento el proceso de satisfacción de la pretensión compensatoria del perjuicio causado por otro. Se observa que este interés ya venía encaminado desde la época en que se hacía “justicia por manos propias” hasta llegar a la aplicación efectiva y exclusiva de ésta por el Estado donde éste asumía la atribución de apaciguar los ánimos y solucionar las pretensiones insatisfechas.

Se puede observar que los capítulos iniciales de la historia de la responsabilidad civil abordan cuestiones atinentes al surgimiento de los primeros conflictos de intereses y de solución muchas veces encontrada en el castigo a todo el grupo social por el crimen de uno de sus integrantes. Ya en un segundo momento de esta evolución se observa al Estado asumiendo la atribución de apaciguar los anónimos y solucionar las pretensiones insatisfechas.

Oficializando el carácter punitivo cotidiano de las primeras civilizaciones en detrimento al resarcimiento, el Código de Hamurabi impuesto por el célebre emperador babilónico dos milenios antes de la era cristiana consagraba el principio de *ojo por ojo, diente por diente*, más tarde sacramentado por los romanos como la ley del talión. La legislación de Hamurabi era rígida e inflexible y muchas veces cruel, presentaba inicialmente una idea de venganza que era delimitada por el Estado y posteriormente cuidaba con lagunas de ideas relativas a indemnizaciones.

La responsabilidad era objetiva no dependía de la culpa presentándose apenas como una reacción del lesionado contra la causa aparente del daño. No había en aquella época una distinción formal entre ilícito civil y criminal y a pesar de ser aplicada por el Estado la sanción invariablemente pasaba de la persona del responsable por el crimen o daño involucrando mismo al patrimonio y a la propia vida de terceros desvinculados de las relaciones *inter partes*, fuesen privadas o públicas en una práctica totalmente abolida por los ordenamientos modernos. Era el período de estatización de la justicia privada.

Saltando a un momento histórico más adelantado se reporta a la Roma pre-republicana donde por un lado aparecía la Monarquía sustentada por la clase patricia y por otro la plebe sin derechos, sin propiedades y sin ninguna fuerza política teniendo todo el ordenamiento jurídico contrario a sus intereses. En las primeras décadas de la República a principios del siglo V a.C., los plebeyos cansados de la ausencia de derechos y pésimas condiciones de vida y aún desde siempre subordinados a los patricios amenazaron al orden prevalente y lucharon defendiendo prerrogativas mínimas para una vida un poco más ciudadana. Fue en este momento histórico en el que apareció la tercera etapa del desarrollo el instituto de la responsabilidad: la tentativa de eliminar la aplicación estatal de la Justicia del libre arbitrio, los desmanes y excesos comunes a las primeras nociones de aplicación de esta justicia. En este período rondando el año 450 a.C., con la elaboración de la ley de

las XII Tablas, Occidente comienza a disfrutar de un ordenamiento donde se procuran estipular responsabilidades y delimitar sanciones. Aquí el poder público intervenía sólo para declarar cuándo y cómo la víctima podía tener el derecho de represalia produciendo en el lesionado el poder de producir un daño idéntico al que había experimentado.

La ley de las XII Tablas representa más que la institucionalización de la justicia, es la consolidación histórica de la indemnización pecuniaria como forma de compensación del daño.

Luego de este período aparece el de la composición voluntaria semejante al instituto de arbitraje donde las partes abdican de toda tentativa de venganza ante la observancia del hecho de que sería más conveniente entrar en convenio con el autor de la ofensa ya que el cobrarse venganza no reparaba daño alguno.

A pesar de la importancia de las Leyes de las XII Tablas, es en la Ley Aquilia en la que se cristaliza la idea de reparación pecuniaria del daño, esbozándose la noción de culpa como fundamento de la responsabilidad. Dotada de un rigor procesal extremado, la Ley Aquilia estableció las bases de la responsabilidad extracontractual creando una forma pecuniaria de indemnización del perjuicio en base al establecimiento de su valor. Limitada la apreciación de determinados acontecimientos y restringida sólo a los ciudadanos de la Civita, el esfuerzo jurisprudencial llevado a cabo por el intérprete romano terminó por ampliar su actuación y efectividad aplicándose sus sanciones a los

daños causados por omisión o verificados sin daño físico y material de la cosa. El Estado pasó a intervenir en los conflictos privados fijando el valor de los perjuicios obligando a la víctima a aceptar la composición renunciando a la venganza.

Las ideas desarrolladas por el espíritu romano fueron recepcionadas por el Código Civil Francés de 1804, engendrado por los civilistas de mayor peso en la época el cual acrecentaría las contribuciones que vendrían a enriquecer y consolidar para siempre la idea de responsabilidad civil conocida por los estudiosos de la actualidad.

El Código Civil Brasileiro de 1916 disciplinó la responsabilidad civil en sus artículos 159 y 160, bajo el título *De los actos ilícitos*. Todavía, no trató la materia en forma ordenada ya que en los citados preceptos legales trazó los fundamentos de la responsabilidad contractual y posteriormente en la Parte Especial en varios dispositivos disciplinó nuevamente el tema. El actual Código Civil Brasileiro (Ley n°.10.460/2002), sin embargo manteniendo la misma estructura trata de la responsabilidad civil con más profundidad en los arts. 927 ss., disciplinando la indemnización por acto ilícito en el artículo 186.

Las experiencias legislativas, jurisprudenciales y doctrinarias de los franceses y alemanes representan el pilar de apoyo para todo lo que quedó construido en este siglo. Es de observar, finalmente, que la evolución de la teoría de la responsabilidad en el derecho Francés encamina a los más ilustres maestros hacia la doctrina de la

responsabilidad objetiva y la teoría del riesgo creado en el Derecho Civil Brasileiro.

4.2. CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y NATURALEZA JURÍDICA

La palabra responsabilidad tiene origen en el vocablo latino *respondere*, de *spondeo*, designando la primitiva obligación de naturaleza contractual del Derecho Romano por la cual el deudor se vinculaba al acreedor en los contratos verbales teniendo la idea y concepción de responder algo. En la era romana la *stipulatio* requería el pronunciamiento de las palabras *dare mihi spondes*. *Spondeo*, para establecer una obligación a quien así respondía. La responsabilidad serviría para traducir la posición de aquél que no ejecutó su deber.

Es posible caracterizar la responsabilidad como la repercusión obligacional de la actividad humana siendo que todo ente capaz de adquirir derechos y ejercerlos por sí mismo directamente responderá por los daños causados por medio de su actuación en el mundo jurídico. Así, la responsabilidad puede ser civil o penal, surgiendo ambas del acto ilícito practicado por el agente en cuanto que el Derecho Civil prioriza a la víctima reparándole el perjuicio sufrido, el Derecho Penal da atención al agente criminal y su repercusión en el contexto social.

Sílvio Rodrigues (2002), en su obra sobre la responsabilidad civil, describe:

A responsabilidade civil vem definida por Savatier como a obrigação de que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam. Realmente o problema em foco é de saber se o prejuízo experimentado pela vítima deve ser ou não reparado por quem o causou. Se a resposta for afirmativa, cumpre indagar em que condições e de que maneira será tal prejuízo reparado. Esse é o campo que a teoria da responsabilidade civil procura envolver²⁵⁹.

De esta manera se tiene que lo que se evalúa en materia de responsabilidad es una conducta (omisiva o comisiva), sea ella provocada por el propio agente o por tercero que esté bajo la guarda de éste que cause un perjuicio a alguien y que genere por si sólo el deber de indemnizar.

El Código Civil en su artículo 927, *epígrafe*, aduce que: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

²⁵⁹ RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil: parte geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 06.

Tratándose de la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil igualmente se encuentran dificultades en el abordar el asunto y traer una opinión cierta, exacta.

El fundamento basal de este instituto es restablecer el equilibrio violado por el daño. La pérdida o la disminución verificada en el patrimonio del lesionado o el daño moral que genera la reacción legal en la responsabilidad civil, movida por la ilicitud de la acción del autor de la lesión o por el riesgo. La obligación de indemnizar, fundada sobre la responsabilidad civil tiene en miras suplir la diferencia entre la situación del acreedor tal como ésta se presenta en consecuencia del perjuicio y la que existiría sin este último hecho.

Para algunos la responsabilidad civil se limita a la reparación del daño causado a otro, deshaciendo en cuanto sea posible sus efectos restituyendo lo perjudicado al *status quo anterior*. Sería la responsabilidad civil una relación obligacional que tiene por objeto la prestación de resarcimiento.

Otros creen que tiene responsabilidad de un carácter sancionatorio como una medida legal que podrá ser impuesta por quien fue lesionado por la violación de la norma jurídica a fin de reparar el daño causado o infundir respeto al orden jurídico. La sanción sería la consecuencia legal que el no cumplimiento de un deber produce en relación al obligado.

Se entiende por la corriente mayoritaria que la responsabilidad civil se constituye en una sanción de carácter civil como consecuencia de una infracción a una norma de derecho privado cuyo objetivo es el interés particular y posee también naturaleza compensatoria por incluir indemnización o reparación del daño causado por un acto ilícito contractual o extracontractual y por un acto lícito.

4.3. ESPECIE Y PREVISIÓN LEGAL

Primeramente es importante destacar donde se encuentra prevista legalmente la responsabilidad civil. Se encuentra disciplinada en el Estatuto Civil Brasileiro en sus artículos 186 a 188, 395 y siguientes, 389 y siguientes y 927 y siguientes.

La responsabilidad civil puede presentarse bajo diferentes especies conforme desde la perspectiva en que se analice. Siendo así, podrá ser clasificada de la forma en que se expone a continuación.

4.3.1. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL

El Código Civil distingue las dos especies de responsabilidad, disciplinando genéricamente la responsabilidad extracontractual en los

arts. 186 a 188 y 927 y ss.; y la contractual en los arts. 395 y ss. y 389 y ss.

La responsabilidad contractual tiene su origen en el hecho de existir inejecución de un negocio jurídico bilateral o unilateral o aún mismo de la ley (como, por ejemplo, la obligación de alimentos). Es resultante de un ilícito contractual o sea de la falta de cumplimiento o de la mora en el cumplimiento de alguna obligación. Se infringe un deber especial establecido por la voluntad de las partes contratantes dependiendo pues de una relación obligacional preexistente y presupone capacidad para contratar. La carga de la prueba, aquí, compete al deudor quien deberá probar ante el incumplimiento la inexistencia de su culpa o la presencia de algún excluyente del deber de indemnizar.

La responsabilidad extracontractual también denominada aquiliana a su vez decurre del incumplimiento normativo o mejor de la práctica de un ilícito por persona capaz o incapaz visto que no existía vínculo anterior entre las partes por no estar ellas ligadas por una relación obligacional o contractual. Surge de la inobservancia de la ley, de la lesión a un derecho. Se entiende la violación de los deberes generales de abstención u omisión. El artículo 186 del Código Civil disciplina que todo aquel que cause daño a otro actuando en forma dolosa o culposa, cometiendo acto ilícito queda obligado a repararlo como manda el art. 927.

4.3.2. RESPONSABILIDAD OBJETIVA (O TEORÍA DEL RIESGO) Y SUBJETIVA (O TEORÍA DE LA CULPA)

Otro punto a tratar es la responsabilidad civil objetiva y subjetiva. La Responsabilidad subjetiva se basa en la noción de culpa debiendo la víctima demostrar el nexo causal entre el daño y la acción u omisión del agente teniendo su génesis en el Código Napoleónico y habiendo sido introducida en el Derecho Brasileiro por el art. 159, del Código Civil de 1916.

La responsabilidad subjetiva exige la figura de acto ilícito lo cual puede ser conceptualizado como procedimientos o actividades en disconformidad con el ordenamiento jurídico violando una prohibición o mandato legal. La idea de dolo no importa mucho para la caracterización de la doctrina de la culpa siendo el principal fundamento la conducta del agente.

La responsabilidad civil objetiva se basa en el riesgo que determinada actividad humana genera. Esta especie prescinde de la culpa y se satisface sólo con el daño y el nexo de causalidad tiene como postulado que todo daño es indemnizable y debe ser reparado por quien a él se liga por un nexo causal, independiente de culpa.

El actual Código Civil prevé la responsabilidad civil subjetiva como regla y en algunos de sus dispositivos excepciona tal regla disponiendo

acerca de la responsabilidad civil objetiva, a ejemplo del párrafo único del art. 927 del mismo estatuto legal.

4.4. PRESUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL

No existe responsabilidad sin perjuicio avenido del daño. De esta forma la reparación expresa el resarcimiento, la indemnización o la retribución pecuniaria – de naturaleza económica – debida por el agente que causó el daño a tercero.

Son dispares las conclusiones de los juristas sobre los elementos que componen la responsabilidad civil, algunos señalan el hecho dañoso, el perjuicio y el vínculo entre ellos, otros presentan la culpa y la imputabilidad como sus presupuestos y están los que exigen el hecho dañoso, el daño y la antijuricidad o culpabilidad.

Pero, el art. 186 del Código Civil consagra una regla universalmente aceptada: todo aquél que cause daño a otro queda obligado a repararlo. Por el análisis de este artículo se observa que son cuatro los elementos esenciales de la responsabilidad civil del agente, ellos son: acción u omisión con culpa o dolo del agente, relación de causalidad y el daño experimentado por la víctima.

A continuación serán abordados sintéticamente los cuatro requisitos señalados por la doctrina como esenciales para la configuración de la responsabilidad civil.

4.4.1. ACCIÓN U OMISIÓN DEL AGENTE

Maria Helena Diniz (2010) conceptúa así:

A ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e obviamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que causa dano a outrem gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado²⁶⁰.

En este caso la ley se refiere a alguna persona que por acción u omisión viene a causar daño a otro. La responsabilidad puede derivar de acto propio, de acto de tercero que esté bajo la guarda del agente y aún de daños causados por cosas y animales que le pertenecen. Para que se configure la responsabilidad por omisión es necesario que exista el deber jurídico de practicar determinado hecho y que se demuestre que con su práctica el daño podría haber sido evitado. Este deber de no omitir puede surgir a consecuencia de una imposición legal o resultar de una convención (deber de guarda, de vigilancia, de custodia) y hasta de creación de alguna situación especial de peligro.

En cuanto a la acción, la voluntad es su requisito esencial pues la culpa proviene de un acto voluntario, ésto es, realizado con los

²⁶⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. Vol. 4. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 39.

elementos necesarios internos: discernimiento, intención y libertad. La omisión se constituye en un *non facere* relevante para el derecho ya que alcanza un bien jurídicamente tutelado. En este sentido la conducta negativa surge de la no realización de determinada acción.

Por lo tanto es posible decir que este elemento de la responsabilidad sería un comportamiento humano, comisivo u omisivo, voluntario imputable. Por ser una actitud humana excluye los eventos de la naturaleza; voluntario en el sentido de ser controlable por la voluntad del agente cuando de su conducta se excluyen los actos inconscientes o bajo coacción absoluta, imputable por poder serle atribuida la práctica del acto poseyendo el agente discernimiento y voluntad al ser libre para determinarse.

4.4.2. LA CULPA COMO FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD

El segundo elemento caracterizador de la responsabilidad por la reparación del daño es la culpa o dolo del agente que causó el perjuicio. La ley declara que si alguien causó perjuicio a otro por medio de acción u omisión voluntaria, imprudencia o negligencia queda obligado a reparar. En modo que para que la responsabilidad se caracterice es menester se pruebe que el comportamiento del agente causante del daño haya sido doloso o por lo menos culposos.

En el ordenamiento jurídico brasileiro rige la regla general de que el deber resarcitorio por la práctica de actos ilícitos es consecuencia de la culpa o sea de la reprobabilidad o censurabilidad de la conducta del agente.

La culpa para la responsabilidad civil es tomada por el vocablo *lato sensu* incluyendo también al dolo o sea a todas las especies de comportamientos contrarios al derecho sean intencionales o no pero siempre imputables al causante del daño. La culpa *stricto sensu* se amolda al criterio del hombre medio cuando éste no se atiene al cuidado que le era exigido sea por falta de vigilancia o por la elección errada, abarcando también los conceptos de impericia, imprudencia y negligencia.

La culpa puede ser *in eligendo* como consecuencia de la mala elección del representante de la propuesta o *in vigilando* a consecuencia de la ausencia de fiscalización; *in committendo* siendo consecuencia de una acción de un acto positivo; *in omittendo* como consecuencia de una omisión cuando existía el deber de no abstenerse, *in custodiendo* que es aquella en consecuencia de la falta de cuidados en la guarda de algún animal o de algún objeto.

Todas estas consideraciones deben ser observadas cuando se trata de la responsabilidad civil subjetiva, regla general en el ordenamiento jurídico brasileiro y del nexo causal entre éste y la conducta del agente.

4.4.3. DAÑO

El vocablo daño deriva del latín *damnum* significando genéricamente todo mal u ofensa que haya sufrido una persona y del cual resulta una disminución en la esfera patrimonial.

El daño es un elemento fundamental para la imposición de la obligación de indemnizar sin perjuicio de que un comportamiento ilícito pueda pasar desapercibido por el mundo jurídico.

Así, el daño viene a ser el perjuicio causado al tercero al lesionar cualquier bien moral o patrimonial jurídicamente protegido. Sería toda ofensa a bienes o intereses protegidos por el orden jurídico. El daño debe ser considerado como una lesión a un derecho que produzca inmediato reflejo en el patrimonio material o inmaterial del ofendido en forma de acarrearle la sensación de pérdida.

De esta manera se percibe que existen dos especies de daño, el patrimonial y el moral.

Para Venosa²⁶¹ (2011), “[...] *dano patrimonial*, portanto, é aquele suscetível de avaliação pecuniária, podendo ser reparado por reposição em dinheiro, denominador comum de indenização” (la cursiva es nuestra). Se mide por la diferencia entre el valor actual del patrimonio de la víctima y aquél que tendría en ese mismo momento si no existiera la lesión. Son los daños emergentes y los lucros cesantes que fijan los límites de la

²⁶¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral*. Vol. 1. 5. ed. 19. São Paulo: Atlas, 2011. P. 30.

indemnización y pueden ser visualizados en el art. 402 del Código Civil que así dispone: “Salvo as exceções previstas em lei as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu o que razoavelmente deixou de lucrar”.

El daño emergente o positivo se traduce en una disminución del patrimonio, una pérdida por parte de la víctima, aquello que efectivamente perdió. Es, en la práctica, el daño más fácil evaluable pues depende exclusivamente de datos concretos. Es un *déficit* real y efectivo en el patrimonio del lesionado o sea una concreta disminución en su fortuna, sea porque se depreció el activo, sea porque aumentó el pasivo, siendo imprescindible que la víctima haya experimentado un perjuicio real ya que no son pasibles de indemnización de daños eventuales o potenciales.

El lucro cesante o daño negativo a su vez se traduce en aquello que la víctima razonablemente dejó de ganar. La víctima fue privada de una ganancia por la lesión, o sea, no pudo obtener un beneficio en virtud del perjuicio que le fue causado.

Cuando el juez decide en materia de responsabilidad civil la tarea más difícil no es la de convencerse de la culpa sino conferir a la víctima la indemnización más adecuada. La evaluación no puede partir de premisas abstractas. Para ésto el magistrado se vale de la teoría de la causalidad adecuada a pesar de ser muy criticada en la doctrina. El criterio de lucro cesante debe rastrearse en una probabilidad objetiva por lo tanto está expresado en el art.403 del Código Civil cuando establece que “[...] as

perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato [...]"

A su vez en lo respectivo a los daños morales en la definición de Wilson Melo da Silva (apud Rodrigues, 2010),

[...] são lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoal natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição ao patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico²⁶².

Es un daño que no posee ninguna repercusión patrimonial. Es el perjuicio que afecta al ánimo psíquico, moral e intelectual de la víctima que no alcanza o disminuye su patrimonio. También serán morales los daños causados a los derechos de la personalidad, de la imagen, del nombre, a la privacidad, al propio cuerpo que ocasione un disturbio anormal en la vida del individuo, una incomodidad de comportamiento. Es aquél que hiere el alma del ofendido, su espíritu, su honra, su dignidad, su concepto ante si mismo y ante toda la sociedad.

Es importante decir que la reparación del daño moral es, en regla, pecuniaria, ante la imposibilidad del ejercicio del *jus vindicatae*, visto que él ofendería a los principios de la coexistencia y de paz social. La reparación en dinero vendría a neutralizar los sentimientos negativos de daño, dolor, tristeza, angustia por la supervivencia de las sensaciones

²⁶² RODRIGUES, Marcelo Abelha. Instituições de direito ambiental. São Paulo: Max Limoad, 2010, 37.

positivas de alegría, satisfacción pues posibilita al ofendido algún placer que en cierta medida podría atenuar su sufrimiento. Como ya se sabe tendría entonces una reparación del daño moral por la compensación del dolor con alegría. El dinero sería tan sólo una mitigación que facilitaría la adquisición de todo aquello que pueda concurrir para traer al lesionado una compensación por sus sufrimientos.

La reparación de los daños morales ganó enorme dimensión en Brasil solo después de la Constitución de la República Federal de Brasil de 1998 que trajo en su artículo 5º, inciso X la consagración de daño moral en el ordenamiento jurídico brasileiro.

Es de agregar que no cualquier daño es pasible de resarcimiento sino aquel daño injusto contra la ley traducido en la noción de lesión a un interés debiendo ser actual, cierto y subsistente. El daño actual es aquél que efectivamente ya ocurrió. El cierto es aquél fundado en un hecho cierto y no sustentado en hipótesis. La subsistencia consiste en decir que no será resarcible el daño que ya haya sido reparado por el responsable; no siendo indemnizables *a priori* daños hipotéticos. Sin daño o interés violado, patrimonial o moral, no se corporiza la indemnización.

Así, se debe observar no sólo la lesión material o moral causada a la víctima sino también lo más importante es la lesión jurídica desencadenada de la violación al derecho.

4.4.4. RELACIÓN DE CAUSALIDAD

No subsiste para el agente la obligación de indemnizar determinado daño sin que entre éste y la conducta desarrollada se demuestre la presencia de un nexo causal. Al lado de la conducta y del daño como elemento primordial de cualquier teoría que tenga como objetivo investigar sobre la responsabilidad civil debe estar la relación de causalidad. Sin ésta no se puede concebir la obligación de indemnizar. Además, es la propia ley la cual expresamente lo exige.

El nexo causal representa, por lo tanto, una relación necesaria entre el evento dañoso y la acción que lo produjo de manera que ésta es considerada como su causa. Si la víctima experimenta un daño pero no se demuestra que éste resultó del comportamiento o de la actitud del acusado el pedido de indemnización formulado por aquella deberá ser juzgado como improcedente.

Por lo tanto el nexo causal quedaría como el elemento que interligado a un proceder con un resultado dañoso establece un vínculo entre las partes el cual justifica el deber del responsable de indemnizar el perjuicio experimentado por la víctima.

4.5. EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Existen ciertos hechos que interfieren en los acontecimientos ilícitos y rompen el nexo causal excluyendo la responsabilidad del agente.

Los principales excluyentes de la responsabilidad civil que involucran la negación de ligamen de causalidad son: estado de necesidad, legítima defensa, culpa de la víctima, hecho de tercero, caso fortuito y fuerza mayor y en el campo contractual la cláusula de indemnización.

La culpa exclusiva de la víctima elude el deber de indemnizar ya que impide el nexo causal y desaparece la relación de causa y efecto entre el daño y su causante.

El Código Civil de 2002 (Ley 10.406/2002) trae en su art. 945 la hipótesis de culpa concurrente de la víctima y del agente causante del daño cuando de tal sucede la responsabilidad y consecuentemente la indemnización son divididas pudiendo las fracciones de responsabilidad ser desiguales de acuerdo con la intensidad de la culpa.

Por su lado la ley puede mencionar expresamente que sólo la culpa exclusiva de la víctima inhibe el deber de indemnizar como ocurre con el decreto n°. 2.691/12, que regula la responsabilidad de los ferrocarriles. Y aún la ley n°. 6.453/77, que trata sobre la responsabilidad por daños nucleares también excluye la responsabilidad del denominado operador nuclear cuando sea probado que el daño ha sido resultado exclusivamente por culpa de la víctima.

Así la culpa concurrente sólo podrá compensar los daños cuando la ley no hace esta calificación. Cuando ésta se hace presente la responsabilidad del daño permanece integral siempre que exista al menos parcialmente agente responsable. Si fuese caso fortuito y en caso de

fuerza mayor también se aleja el nexo causal existiendo exclusión de la responsabilidad. La fuerza mayor se presenta como consecuencia de fuerzas de la naturaleza tales como huracán, terremoto, inundación, incendio no provocado, entre otros factores, ya el caso fortuito es consecuencia de actos humanos como la guerra, las revoluciones, la huelga, entre otros. Sus conceptos giran en torno a la imprevisibilidad o inevitabilidad del evento aliado a la ausencia de culpa. Se centra en el hecho de que el perjuicio no es causado por el hecho del agente sino en razón de acontecimientos que escapan a su poder.

Tampoco existirá el deber de indemnizar cuando se trate de estado de necesidad y legítima defensa. Es lo que estipula el art. 188 del Código Civil Brasileiro.

La sociedad no admite la justicia por propias manos, sin embargo hay situaciones en que el ciudadano se encuentra obligado a utilizar medios para proporcionar su defensa repeliendo una agresión injusta, actual o inminente contra sí o sus bienes valiéndose de medios moderados. En caso en que el agente se exceda en el rechazo responderá proporcionalmente por el exceso. Se agrega a esto el hecho de que la legítima defensa putativa no elude el deber de indemnizar pues excluye la culpabilidad y no la antijuricidad.

En lo referente al ejercicio regular de un derecho también se excluye la responsabilidad no siendo pasible de indemnización el daño de ahí resultante, estando implícito otro excluyente tal como lo es el estricto

cumplimiento del deber legal porque actúa en el ejercicio de un derecho reconocido.

El estado de necesidad en el campo de la responsabilidad civil se encuentra delineado en el citado art. 188, II, en los arts. 929 y 930 del Código civil. En este caso el agente ante las circunstancias no posee otra salida o alternativa viable y se obliga a ofender un derecho ajeno. Sería pues una situación de peligro actual de intereses protegidos por el Derecho en que el agente para salvar un bien propio o de tercero no tiene otro camino sino el de lesionar el interés de otro.

Partiendo hacia el hecho del tercero es preciso tener una noción de quién sería el tercero en la relación. Para Silvio Rodrigues²⁶³ el “terceiro é somente aquele por quem o indigitado responsável não responde”.

El hecho de tercero para excluir totalmente la responsabilidad del agente causante directo del daño tiene que presentar características semejantes a las del caso fortuito siendo imprevisible e irresistible. En esta hipótesis no existiendo relación de causalidad no existe responsabilidad para la reparación.

Finalmente la cláusula de no indemnizar. Principalmente en lo referido esta cuestión es en la esfera contractual. Se trata de la cláusula por la cual una de las partes contratantes declara que no será responsable por daños emergentes del contrato, su incumplimiento total o

²⁶³ SILVIO, ob. cit., 2010. P. 169.

parcial. No se debe confundir con la cláusula de irresponsabilidad pues ésta excluye la responsabilidad en cuanto la primera sólo distancia, suprimiendo la indemnización.

Mucho se discute sobre la validez de esta cláusula. Existen aquellos que entienden que ella es nula pues así es considerada en el campo de los derechos contractuales. Sin embargo el propio Código de Defensa del Consumidor admite la limitación de la responsabilidad de indemnizar en situaciones justificables cuando el consumidor fuera persona jurídica (art. 51, inciso I del CDC):

El Código Civil de 2002 (Ley 1º406/2002) nada dispone sobre ésta cláusula entendiendo la doctrina que debe ella ser admitida por el legislador y por la jurisprudencia y doctrina pacificadas como consecuencia de la autonomía de la voluntad negocial con restricciones sin que halle su imposición por medio incluso del mismo contrato de adhesión.

4.6. RESPONSABILIDAD CIVIL AMBIENTAL EN EL DERECHO BRASILEÑO Y ARGENTINO

Primeramente es importante el rechazo a la previsión legal de este instituto en el Derecho Brasileño. Estando previsto en las siguientes normas: Decreto-ley nº. 79.347/77 (que promulgó la Convención

Internacional sobre Responsabilidad Civil por Daños Causados por contaminación por Petróleo); Ley nº. 6.453/77 (trata de la responsabilidad civil por daños nucleares, previendo en su art. 4º que la responsabilidad civil para la reparación de daño nuclear causado por accidente nuclear será exclusiva del operador de la instalación nuclear); Ley nº. 7.347/85 (trata de la Acción Civil Pública); la Constitución Federal de 1988, protegiendo el medio ambiente en más de uno de sus dispositivos, en el art. 21, inciso XXIII, línea “c”, y el art. 225, §§ 2º e 3º, tratando de las conductas y actividades consideradas lesivas al medio ambiente, puniendo civil y penalmente a los agentes causantes de daño ambiental sea persona física o jurídica, la Ley nº 7.802/89: (dispone sobre la investigación, la experimentación, la producción, la propaganda comercial, la utilización, la importación, la exportación, el destino final de los residuos y embalajes, el registro, la clasificación, el control, la inspección y la fiscalización de agrotóxicos, sus componentes y afines e de las otras providencias), además de otras disposiciones legislativas.

El legislador patrio con la edición de la ley de Política Nacional del Medio Ambiente – Ley nº. 6.938/81 – creó en su artículo 14 § 1º, el régimen de la responsabilidad civil objetiva por los daños causados al medio ambiente. De esta forma es suficiente la existencia de la acción lesiva, del daño y del nexo con la fuente contaminante o degradadora para la atribución del deber de reparación.

Comprobada la lesión ambiental, se torna indispensable que se establezca una relación de causa-efecto entre el comportamiento del agente y el daño de él acaudado. No es imprescindible que haya evidencia de la práctica de un ilícito, basta que se demuestre la existencia del daño para el cual el ejercicio de la actividad peligrosa ejerció una influencia causal decisiva.

Se resalta que aún siendo lícita la conducta del agente tal factor se torna irrelevante si de esta actividad resulta algún daño al medio ambiente. Ésto proviene de la teoría del riesgo de la actividad o de la empresa según la cual cabe el deber de indemnizar a aquél que ejerce la actividad peligrosa consustanciando a la carga de su actividad el deber de reparar los daños por ella causados. Tal teoría es consecuencia de la responsabilidad objetiva.

En Argentina el esquema de la responsabilidad civil por daño ambiental presenta una dualidad regulatoria. Por una parte, la Ley 25.675 (*LGA* – Ley General del Ambiente) regula exclusiva y fragmentariamente el “daño ambiental de incidencia colectiva” (art. 27). Por otra parte, ante la ausencia de una norma en particular se entiende que es aplicable lo regulado por el Código Civil²⁶⁴ en todas aquellas cuestiones no previstas por la *LGA*. Se debe notar también que la misma *LGA* deja a salvo “otras acciones judiciales que pudieran corresponder” (art. 28, *in fine*), lo que ha venido a reafirmar la aplicación del mencionado cuerpo de leyes en

²⁶⁴ STIGLITZ, Gabriel A. *Responsabilidad civil por contaminación del medio ambiente*, LL, 1983-A-78, La Rocca, Buenos Aires.

materia de daño ambiental. En la Constitución Nacional de 1994 se incluye expresamente en su texto una cláusula ambiental (art. 41).

En Brasil el esquema de la responsabilidad civil por daño ambiental surge de la propia ley: se trata de un sistema normativo y directo. La Ley 6.983\81 asume el paradigma antropocéntrico-ecocéntrico. La Constitución de la República Federal de Brasil de 1988, refuerza el instituto.

Cuando se habla de responsabilidad civil ambiental se torna imperioso reflexionar con respecto al principio del Derecho Ambiental del Contaminador-pagador.

Este principio no trae como indicativo **pagar para poder contaminar, contaminar mediante pago o pagar para evitar la contaminación**. En este principio se identifican dos órbitas de alcance, la primera que busca evitar la aparición de daños ambientales de carácter preventivo, ésto es, impone al contaminador el deber de asumir los costes de prevención de los daños al medio ambiente que su actividad pueda ocasionar. Y la segunda tiene en miras su reparación ocurrido el daño, tiene carácter represivo, o sea, ocurriendo daños al medio ambiente en razón de la actividad desarrollada el contaminador será responsable por su reparación.

De esta forma, se distinguen en el principio dos esferas básicas: busca evitar la aparición de daño ambiental – carácter preventivo; y ocurrido el daño tiene en miras su reparación – carácter represivo. Dentro

de este principio pero específicamente en su carácter represivo es que se inserta la idea de responsabilidad civil por el daño causado al medio ambiente a consecuencia de residuos sólidos urbanos.

También es importante hacer una breve reflexión sobre el principio de Desarrollo Sustentable el cual se comporta juntamente con el principio contaminador-pagador como uno de los principios indispensables para el Derecho Ambiental así como para el campo de la responsabilidad civil ambiental.

En este principio, tal vez más que en cualquier otro, surge muy evidente la reciprocidad entre derecho y deber por cuanto el desarrollo es usufructo de un planeta plenamente habitable, no es sólo derecho sino también deber principal de las personas y de la sociedad. Tiene por contenido el mantenimiento de las bases vitales de la producción y reproducción del hombre y de sus actividades garantizando igualmente una relación satisfactoria entre los hombres y de éstos con su ambiente para que futuras generaciones también tengan oportunidad de disfrutar los mismos recursos que existen hoy a disposición de todos.

Buscan una coexistencia armónica entre la economía y el medio ambiente. Se permite el desarrollo pero en forma sustentable, planeada, para que los recursos existentes no se agoten o se tornen inocuos pues éstos no son inagotables y no se puede fomentar el desarrollo en forma ajena a este hecho.

Con esto, se pasa a reclamar un papel activo del Estado en auxilio de los valores ambientales confiriendo otra noción al concepto de desarrollo. Así, la libre iniciativa que rige las actividades económicas comenzó a tener otro significado.

Aquí, pues, los principios orientadores del Derecho Ambiental que se presentan con mayor importancia para el estudio de la responsabilidad civil en materia ambiental como consecuencia de residuos sólidos domésticos.

4.7. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO

En el pasar de los tiempos varias teorías surgieron con la intención de explicar la responsabilidad civil del Estado, serán citadas a continuación las más importantes. Antes de analizar cada una de ellas cabe señalar que existe mucha divergencia en la terminología entre los autores lo que torna difícil la colocación de la materia; lo que algunos llaman como culpa civil otros la llaman culpa administrativa; algunos consideran como hipótesis diversas la culpa administrativa y el accidente administrativo; algunos subdividen la teoría del riesgo en dos modalidades, riesgo integral y riesgo administrativo.

La primera de estas teorías es la de la irresponsabilidad, la cual fue adoptada en la época de los Estados absolutos y reposaba fundamentalmente en la idea de soberanía: el Estado dispone de

autoridad indiscutible ante el súbdito; él ejerce la tutela del derecho, no pudiendo, por ésto, actuar contra él, de ahí los principios de que el rey no puede errar y lo que en el decir de Hely Lopes Meireles²⁶⁵ (2011) “aquilo que agrada ao princípio tem força de lei” así, cualquier responsabilidad atribuida al Estado significaría colocarlo en el mismo nivel que al súbdito en menosprecio a su soberanía. Esta teoría luego comenzó a ser combatida por presentarse como una evidente injusticia.

La legislación patria pasó a entender la responsabilidad civil del Estado a través de la teoría civilista que se dividía en relación a los actos de gestión (practicados por la Administración en situación de igualdad con los particulares) o acto de Imperio del Poder Público (practicados por la Administración e impuestos coercitivamente a los particulares), siendo que sólo en relación a los primeros había responsabilidad civil del Estado, ya que no había en este caso culpa del agente público.

Luego de ser lentamente abandonada la diferenciación entre actos de imperio y actos de gestión el elemento condicionante pasó a ser únicamente la culpa, la cual entendida y aplicada en el derecho civil. Muchos autores continuaron apegados a la doctrina civilista aceptando la responsabilidad del Estado puesta de manifiesto la culpa. Se procuró equiparar la responsabilidad del Estado a la de un empleador o director por los actos de los empleados o agentes. Era la llamada teoría de la culpa civil o teoría de la responsabilidad subjetiva.

²⁶⁵ Meirelles, ob. cit., p. 618.

Surgieron más de una vez fuertes críticas a estas teorías surgiendo de ahí la elaboración por parte de la jurisprudencia de las teorías publicistas: teoría de la culpa del servicio o de la culpa administrativa y teoría del riesgo integral.

La teoría de la culpa administrativa representa el primer estadio de transición entre la doctrina subjetiva de la culpa civil y la tesis objetiva del riesgo administrativo que la sucedió pues toma en consideración la falta de servicio para de ella inferir la responsabilidad de la Administración. Esta teoría procura desvincular la responsabilidad del Estado de la idea de culpa del funcionario. Se pasó a hablar de culpa del servicio público.

Sin abandonar esta teoría en determinadas hipótesis se pasó a adoptar la teoría del riesgo que fundamenta la teoría de la responsabilidad objetiva del Estado. En esta teoría la idea de culpa es sustituida por el nexo de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el perjuicio sufrido por el administrado. Es indiferente que el servicio público haya funcionado bien o mal, en forma regular o irregular.

Es la llamada teoría de la responsabilidad objetiva o teoría del riesgo ya que no necesita de la apreciación de los elementos subjetivos partiendo de la idea de que la actuación estatal involucra un riesgo de daño que le es inherente.

El § 6º, del artículo 37 de la Constitución Federal siguió la línea trazada por las constituciones anteriores y abandonando la teoría

subjetiva de la culpa, se orientó en el sentido de adoptar la teoría de la responsabilidad civil objetiva de la administración sin llegar a los extremos del riesgo integral.

Nótese que hablando de excluyentes existen casos en que el Estado se exime de responsabilidad. Son señaladas como causas excluyentes de responsabilidad la fuerza mayor y la culpa de la víctima.

El legislador y la propia jurisprudencia procuraran responsabilizar al Estado de todas formas también en el diseño de no dejar a la víctima no resarcida del perjuicio.

Informado por la teoría del riesgo, la responsabilidad del Estado se presenta hoy en la mayoría de los ordenamientos como responsabilidad objetiva. En esta línea ya no se invoca el dolo o la culpa del agente o el mal funcionamiento o falla de la administración. Se deja de lado, para fines de resarcimiento del daño el cuestionamiento del dolo o culpa del agente, de la licitud o ilicitud de la conducta, del buen o mal funcionamiento de la Administración. Demostrando el nexo de causalidad, el Estado debe resarcir.

La reparación del daño causado por el Poder Público a terceros se obtiene amigablemente o por medio de la acción de indemnización y una vez indemnizada la lesión de la víctima queda la entidad pública con derecho a volverse contra el servidor inculcado para obtener de él lo pagado a través de la acción regresiva autorizada por el § 6° del artículo 37 de la Constitución de la República Federal de Brasil de 1988.

Se puede afirmar que el legislador brasileiro así como la doctrina y la jurisprudencia siempre tuvieron en claro la evolución de la responsabilidad del Estado siempre en el sentido de su objetivación alejándose de la culpa y aproximándose al riesgo hasta asumirlo siendo razonable que se hablase de algún tipo de responsabilidad subjetiva sólo en el período que va del inicio de vigencia del antiguo Código Civil de 1916, hasta la promulgación de la Constitución Federal en 1946 cuando promulgada ésta la responsabilidad del Estado pasó a ser objetiva quedando revocado el Código Civil.

CAPÍTULO 5 DEL DAÑO AMBIENTAL

Una de las cuestiones más discutidas en la doctrina sobre la responsabilidad civil ambiental es el daño ecológico o ambiental específicamente en lo atinente a su reparación. Conceptuar al daño ambiental no es una tarea de las más fáciles pues se necesita de la definición de medio ambiente y éste a su vez posee varias acepciones, no es asunto cerrado en el Derecho Ambiental. Aún es preciso entender lo que viene a ser el daño en una forma general y ahí encarando el daño patrimonial y moral con todas sus problemáticas.

Se puede entender como cierto y pacífico en cualquier doctrina y jurisprudencia el deber de preservación y conservación del medio ambiente natural manteniéndolo propicio a una saludable calidad de vida como dice claramente el texto constitucional para que todos puedan usufructuar de este bien que pertenece a la propia sociedad como también protegerlo de toda y cualquier agresión quedando aquél que causó el perjuicio sujeto a las puniciones administrativas, penales y civiles en la forma que la ley disponga. Lo que no puede suceder es que el causante del daño salga libre de toda responsabilidad y que el medio ambiente se encuentre perjudicado. Ya que de ocurrir así generaría una degradación de la naturaleza y de los recursos ecológicos que son patrimonio de toda la humanidad.

Todo hombre y todo ciudadano tiene derecho a una calidad de vida saludable y al medio ambiente ecológicamente equilibrado, esto debe ser asegurado a todos como garantía constitucional.

En el presente capítulo será abordada toda la cuestión acerca del daño ambiental analizando como se presenta la problemática ambiental en Brasil y en Argentina, para a continuación presentar las características de esta especie de daño hasta llegar al estudio y a su reparación.

5.1. LA CUESTIÓN AMBIENTAL EN BRASIL

El hombre titulándose señor del universo entendió poseer el derecho de disponer de todos los recursos naturales en la forma en que desease y quisiese sin respetar ningún límite ni siquiera aquellos inherentes a los propios ecosistemas, teniendo el siguiente resultado: luego de todos esos años de degradación el saldo es un ambiente contaminado con muchas especies extintas y tantas otras en la ruta de la extinción.

Para que existiera el descubrimiento de nuevos mundos y la consecuente expansión humana fue preciso que se practicasen varios actos negativos y perjudiciales al medio ambiente donde el hombre casi siempre sometía a patrones de conducta insustentables sin preocuparse por una vida saludable y con los medios que propiciarían ese bienestar, degradando y contaminando todo el Planeta Tierra.

Para la sociedad que se decía desarrollada lo que interesaba era la atención de las necesidades muchas veces creadas, superfluas, pasajeras, integrantes de un patrón moderno de valores causantes de una degradación extensa que implicaron un agotamiento de la capacidad de provisión de recursos naturales para la satisfacción de dichas necesidades.

El Problema de la relación con el Planeta Tierra está relacionado con las grandes intervenciones y con lo cotidiano de cada ciudadano, o sea, el emprendedor muchas veces no está consiente del problema que su actividad causará al ambiente natural simplemente procura no

perjudicar para que no incurra en ninguna sanción penal, civil o administrativa pero si los controles fallasen volverían a contaminar. Es el problema de toda la humanidad: la falta de conciencia ecológica especialmente por parte de aquellos que más contribuyen para la degradación del medio ambiente.

El Derecho Ambiental como nueva disciplina jurídica surge como una reacción y respuesta del legislado al desafío inevitable de proteger legalmente al medio ambiente en favor de las presentes y futuras generaciones.

La expresión medio ambiente hace cerca de 30 años atrás ni siquiera era mencionada en el ordenamiento jurídico patrio como interés o derecho objeto de específica, racional y sistemática protección jurídica. Con la gran difusión de la importancia de preservar el patrimonio ecológico el medio ambiente fue elevado en el ordenamiento jurídico brasilero a la categoría de bien jurídicamente protegido e incluido entre los derechos fundamentales del ciudadano.

La gestión apropiada del patrimonio ambiental brasilero constituye una tarea compleja existiendo en rigor mayores perspectivas de éxito a medida que existen organizaciones orientadas a la consecución eficiente de los objetivos propuestos. El primer paso concreto en esta dirección ocurrió en Brasil en 1973 con la creación de la Secretaría Especial de Medio Ambiente (SEMA), ligada directamente a la Presidencia de la República. Ocho años después e 1981, es promulgada la Ley n° 6.938,

que instituyó la Política Nacional de Medio Ambiente marco para la gestión del medio Ambiente brasileiro. Subsecuentemente el proceso de incremento en la capacidad de gestión ambiental del Estado Brasileiro testimonia la creación del Instituto Brasileiro del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables (IBAMA), en 1989, y tres años más tarde la del Ministerio del Medio Ambiente.

La Constitución de la República Federal de Brasil de 1988 consagró por primera vez en la historia del país dentro del Título del Orden Social en el art. 225, un capítulo específico a la temática ambiental y a partir de ese año vivir, trabajar, estudiar en un ambiente higiénico y ecológicamente equilibrado pasó en el plano constitucional a ser considerado un derecho fundamental. En efecto el capítulo constitucional prescribe al Estado Brasileiro y a la colectividad el deber de defender y preservar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras.

Así, creando y estableciendo obligaciones (derechos y deberes difusos), la Carta Magna acabó por hacer una verdadera convocatoria a los ciudadanos brasileiros para la lucha en defensa del patrimonio ambiental en favor de las presentes y futuras generaciones instituyendo la efectiva protección al llamado derecho fundamental de cuarta generación confirmando aún más la tesis de que el hombre continúa siendo la criatura principal y mayor beneficiario del mundo natural.

También se señala la existencia de normas constitucionales que trataron sobre la repartición de poderes en materia ambiental entre los

entes federados, el asunto de la división de poderes, privado, comunes y concurrentes que se halla distribuida a lo largo de los artículos 21 a 32 de la Constitución de la República Federal de Brasil de 1988.

Los compromisos internacionales asumidos por Brasil en el área de medio Ambiente han representado estímulos positivos para una gestión ambiental eficiente. Por ejemplo está la Conferencia de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y Desarrollo (Rio 92), de la cual se desdobra la creación de la Comisión Interministerial sobre Desarrollo Sustentable (CIDES), en 1994. Esta Comisión tiene como objetivo asesorar al Presidente de la República en la toma de decisiones sobre las estrategias y políticas nacionales necesarias al desarrollo sustentable conforme a las directrices establecidas por la Agenda 21. En 1997, con el Instituto para cumplimentar el trabajo de la Comisión Interministerial, tornando la política de medio ambiente más representativa, se creó la Comisión de Política de Desarrollo Sustentable y de la Agenda 21 Nacional de la cual participan representantes del gobierno y de la sociedad civil bajo la presidencia en el Ministerio del Medio Ambiente. A la comisión cabe proponer y evaluar estrategias e instrumentos orientados para el desarrollo sustentable del País y elaborar la Agenda 21 Nacional.

Varios programas son desarrollados por el Ministerio de Medio Ambiente de Brasil buscando una protección efectiva de este bien de uso común del pueblo inclusive de la propia Amazonia (con el programa Amazonia Solidaria) que se encuentra hoy fuertemente amenazada por

los otros países desarrollados que explotan toda su riqueza animal y vegetal.

Se cumple en registrar finalmente la existencia en el ordenamiento jurídico brasileiro de un significativo cuerpo de normas infraconstitucionales (leyes federales, constituciones y leyes estatales, leyes orgánicas municipales, decretos, ordenanzas, resoluciones, etc.) que lentamente fueron creando innumerables medidas y variados instrumentos de tutela ambiental ya sea en la esfera administrativa, penal (Códigos de Agua, Pesca, Caza, Forestal, Código Penal, Ley de Contravenciones, Ley de Crímenes Ambientales – Ley 9.605/98 – etc.), y civil (Acción Popular Ambiental – art. 7.347/85 – Acción de Responsabilidad Civil por Daños Causados al Medio Ambiente, entre otros), estableciendo un conjunto de leyes y normas que hoy componen el Derecho Ambiental brasileiro.

Se resalta aquí la gran influencia de las organizaciones no-gubernamentales (ONGs) en Brasil, las más participativas y actantes más que el propio Poder Público, muchas creadas con la intención de protección ecológica, de concientización de la colectividad sobre la importancia de tener un ambiente natural equilibrado realizando un trabajo voluntario arduo y lento educando y convenciendo, cambiando comportamientos, esclareciendo a todos sobre la necesidad de una vida que no sea egoísta, utilitarista, más fraterna, libre y en sintonía con todos los seres vivos.

Mucho ya ha sido hecho sin embargo mucho aún hay por hacer. La humanidad ya dio grandes avances en la cuestión ambiental y los ciudadanos brasileiros de a poco van formándose una conciencia sólida sobre el asunto entendiendo que todos integran la red de la vida y son parte de este gran ecosistema vivo e integrado que es el Planeta Tierra. Todavía existe la necesidad de hacer valer las leyes ambientales que ya existen aplicándolas efectivamente, independientemente de quien sea el agente causante del daño al medio ambiente.

5.2. EI DAÑO AMBIENTAL

La palabra daño como dicho anteriormente deriva del latín *damnum* y significa perjuicio, pérdida. En lengua vulgar daño representa estrago, deterioro y daño.

Daño es la acción de una persona perjudicial a un tercero quien podrá exigir por los medios cabales alguna forma de reparación.

El daño es presupuesto necesario al concepto de responsabilidad civil. Sin el daño no existe obligación de reparar pues se pierde la razón de restablecimiento del *status quo*.

En lo concerniente al daño ambiental su caracterización dependerá de la valoración dada al bien jurídico lesionado por el daño y protegido por el orden jurídico. Así, para la definición de daño ambiental

se torna esencial, preliminarmente, el caracterizar el concepto jurídico de medio ambiente.

Principalmente a efectos de la responsabilidad debe ser hecho el análisis del concepto de daño ambiental, el daño ambiental es de antemano requisito esencial para la caracterización de la responsabilidad extracontractual, norte de la tesis en cuestión.

Antunes (2009), recuerda que:

A toda evidência, não se pode definir qual o ressarcimento devido se o dano a ser reparado não estiver suficientemente classificado, especificado e quantificado. Com efeito, sem a existência do dano, inexistente responsabilidade²⁶⁶.

Es importante resaltar que no todas las alteraciones ecológicas constituyen daño ambiental reparable por el Derecho vigente, no sólo todas las modificaciones que ocasionan perjuicios, muchas veces el ambiente puede cambiar de forma natural o así mismo artificial pero para un mejor estado. El medio ambiente vive en transformación constante desde siempre.

El daño ambiental consiste en la acción dañosa al medio ambiente, bien jurídico protegido perteneciente y de responsabilidad de toda la sociedad pudiendo ser reversible o irreversible.

²⁶⁶ ANTUNES, Paulo Bessa. *Direito ambiental*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009, p. 247.

La Ley nº 6.938\1981, que dispone sobre la Política Nacional del Medio Ambiente conceptúa daño como “alteración adversa de las características del medio ambiente”.

Según el autor, Bustamante Alsina (1994) define al daño ambiental del siguiente modo:

“Toda atividade humana individual ou coletiva que ataca os elementos do patrimônio ambiental causa um dano social por afetar os chamados ‘intereses difusos’, que são supraindividuais, pertencem a comunidade e não tem por finalidade a tutela o interesse de um sujeito em particular, se não de um interesse geral ou indeterminado em quanto a sua individualidade”²⁶⁷.

El citado autor alude a que prefiere definir de este modo al “daño ecológico”, que en realidad ha considerado más apropiado llamarlo “daño ambiental” por ser más abarcativo y comprensivo que el ecológico²⁶⁸, reservando aquella expresión para el daño que ataca los elementos bióticos y abióticos de la biosfera.

La expresión “daño ambiental” es ambivalente²⁶⁹, pues designa no solamente al daño que recae en el patrimonio ambiental que es común a una colectividad sino que se refiere también al daño que el medio

²⁶⁷ Bustamante Alsina, Jorge, *Derecho ambiental*, op. cit., p. 44; ídem, Responsabilidad civil por daño ambiental, LL, 1994-C-1057.

²⁶⁸ Pigretti, Eduardo y otros, *La responsabilidad por daño ambiental*, Centro de publicaciones jurídicas y Sociales, Buenos Aires, 1981, p. 26.

²⁶⁹ Bustamante Alsina, *Derecho ambiental*, op. cit., p. 45; cassagne, *Sobre la protección ambiental*, LL, 1995-E-1217.

ambiente ocasiona de rebote (*por retroceso*) a los intereses legítimos de una persona determinada, configurando un daño particular sea éste patrimonial o extramatrimonial²⁷⁰. Se apunta también a la dificultad para enunciar su concepto en abstracto por los diferentes matices con que puede presentarse en la realidad²⁷¹.

En Argentina existe un amplio consenso en relación a la responsabilidad por daño ambiental que sería de carácter objetivo.

Uno de los principales problemas en materia de responsabilidad civil por daño ambiental en Argentina reside en la dificultad para acreditar el nexo causal fundamentalmente debido a su complejidad. De allí que la jurisprudencia haya sustentado que en análisis de la prueba en estos casos, “debe tener un tratamiento particular en cuanto a la naturaleza de la agresión no se compadece con los sistemas habituales de análisis de las pruebas²⁷².

Si en la relación de causalidad se configura el elemento medular en todo el sistema de la responsabilidad civil por daño ambiental y al tiempo en que las mayores dificultades se encuentran a la hora de la prueba se ha intentado mejorar la situación de la víctima a través del derecho de acceso a la información.

Para Rodrigues (2005), el daño ambiental es:

²⁷⁰ Prieur, op. cit., p. 729.

²⁷¹ Natale, Protección del medio ambiente en la reforma constitucional, LL, 1994-E-1387.

²⁷² Cám. 1ª Civ, y La Plata, Sala II, 27/04/93, p. 369.

[...] podemos dizer que existe o dano ambiental quando há lesão ao equilíbrio ecológico decorrente de afetação adversa dos componentes ambientais. Essa lesão pode gerar um desequilíbrio ao ecossistema social ou natural, mas sempre a partir da lesão ao equilíbrio ecológico, que é o bem jurídico tutelado pelo direito ambiental. Exatamente porque o meio ambiente (e seus componentes e fatores) constitui um bem jurídico autônomo, imaterial, difuso, incindível de uso comum de todos, à lesão que o atinge será, *ipso facto*, uma lesão difusa e indivisível, cuja reparação será, igualmente, erga omnes²⁷³.

El daño ambiental tiene como punto de partida el desequilibrio ecológico en este entender debe generar una modificación del ecosistema en forma negativa donde el equilibrio ecológico es el bien tutelado jurídicamente por el Derecho Ambiental y la reparación será hecha en forma de englobar el todo ya que todos los componentes del bien jurídico “naturaleza” son indivisibles.

Pero es de observar que la Política Nacional del Medio Ambiente protege la vida en todas sus formas comunicándose con lo que determina el art. 225 de la Carta Magna vigente y no sólo el hombre sino también todos aquellos poseedores de vida siendo cierto lo siguiente: un bien, aunque si no fuera vivo puede ser ambiental en la medida en que pueda ser esencial a la calidad de vida de otro.

²⁷³ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Instituto de direito civil ambiental*. São Paulo: Max Limoad, 2005, p. 210.

De esta forma la vida aunque no sea humana sólo podrá ser tutelada por el derecho ambiental cuando su existencia implique garantía de salubre calidad de vida del hombre toda vez que en una sociedad organizada éste es el destinatario de todas y cualquier norma.

Por lo tanto medio ambiente es un bien jurídico que pertenece a todos los ciudadanos indistintamente pudiendo de este modo ser disfrutado por la sociedad en general. Sin embargo toda la colectividad posee el deber jurídico de protegerlo lo cual puede ser ejercido por el Ministerio Público, por las asociaciones, por el propio Estado y hasta por los mismos ciudadanos.

El Texto Constitucional en su art. 225, provee los fundamentos básicos para la comprensión del instituto estableciendo que “Todos tienen derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado ya sea de uso común del pueblo y esencial a la salubre calidad de vida [...]”; así están protegidos el medio ambiente natural – que está compuesto por la atmósfera, las aguas interiores, superficiales y subterráneas, los estuarios, el mar territorial, el suelo, el subsuelo, los elementos de la biosfera, la fauna, la flora, el patrimonio genético y la zona costera; el medio ambiente laboral – que integra la protección del hombre en su lugar de trabajo con observancia de las normas de seguridad; el medio ambiente artificial – integra los servicios urbanos, los edificios comunales y el medio ambiente cultural – integran los bienes de la naturaleza

material e inmaterial, los conjuntos urbanos y sitios de valor histórico, paisajismo, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico y científico.

Entonces, es posible llegar a la implacable conclusión de que el concepto de medio ambiente es amplísimo en la exacta medida en que se asocia la expresión saludable calidad de vida. Se trata de un concepto jurídico indeterminado.

De esta forma, se tiene que daño ambiental es toda agresión realizada contra el medio ambiente causada por actividad económica potencialmente contaminante o por acto comisivo u omisivo practicado por cualquier persona sea ella física o jurídica de Derecho Público o Privado. Este concepto armoniza con lo dispuesto en el art. 225. § 3º, de la Constitución de la República Federal de Brasil de 1988, *in verbis*.

[...] as condutas e atividades consideradas lesíveis ao meio ambiente afetarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Por lo tanto, el daño ambiental puede ser comprendido como siendo el perjuicio causado a todos los recursos ambientales indispensables para la garantía de un medio ecológicamente equilibrado provocando la degradación y consecuentemente el desequilibrio ecológico.

El significado de daño que interesa para el estudio de Derecho Ambiental y más específicamente la responsabilidad civil es el daño indemnizable. Para muchos doctrinarios el daño ambiental se presenta como un fenómeno físico-material y también puede integrar un hecho jurídico calificado por una norma y su inobservancia y solamente puede contemplarse un daño si la conducta fuera considerada antijurídica en el respectivo ordenamiento legal. Resumiendo, siempre debe haber una norma que prohíba cierta actividad que proteja determinado bien ecológico. Está claro que en el acto de subsunción de los hechos al texto de la norma siempre va a haber influencia de la actitud personal del intérprete.

Se agrega a lo que fue expuesto el hecho de distinguir en la doctrina el daño ambiental moral y el patrimonial. Es considerado daño patrimonial cuando existe la obligación de una reparación a un bien ambiental lesionado que pertenece a toda la sociedad. El daño moral ambiental a su vez está ligado a todo perjuicio que no sea económico causado a la colectividad en razón de lesión al medio ambiente.

La fundamentación legal para el daño extramatrimonial ambiental así como para otros intereses difusos o colectivos fue establecida por el art. 1° de la Ley 7.347/85 (Ley de Acción Civil Pública) con nueva redacción dada por la Ley 8.884/94, que dispone: "Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo de ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I – ao meio

ambiente; [...]; IV – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; [...]”. Se trata de la consagración en el ordenamiento jurídico nacional, reparación de toda y cualquier especie de daño colectivo en lo que atinente a su extensión y frente al bien ambiental a indemnizar podrá presentarse hasta como consecuencia de acto lícito considerando el riesgo de la actividad.

Esta fundamentación legal hace surgir un daño extrapatrimonial ambiental sin culpa en el cual el agente estará sujeto a reparar la lesión por riesgo de su actividad y no por el criterio subjetivo o de culpa. El daño extrapatrimonial ambiental no tiene ya como elemento indispensable el dolor en su sentido moral de daño, pesar, aflicción, sufrido por la persona física. El dolor, en el cual se formuló la teoría del daño moral individual acabó por abrir espacio a otros valores que afectan negativamente a la colectividad como es el caso de la lesión inmaterial ambiental.

Leite (2003) argumenta que:

Em resumo, sempre que houver um prejuízo ambiental objeto de como a ação popular, com ofensa ao sentimento coletivo estará presente o dano moral ambiental. A ofensa ao sentimento coletivo se caracteriza quando o sofrimento é disperso, atingindo consideravelmente número de integrantes de um grupo social ou comunidade²⁷⁴.

²⁷⁴ LEITE, José Rubens Morato. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonia*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Se percibe que la innovación legal es significativa y suscitará varios cuestionamientos como una nueva configuración del derecho a la personalidad relacionada con la calidad de vida. Pero no se seguirá con el estudio de este asunto ya que no es éste objeto de la presente investigación.

Ante tantos conceptos formulados lo más coherente sería acreditar que no existe una definición pacífica sobre lo que viene a ser el medio ambiente y el daño ambiental, cierto es que cubre desde los perjuicios a los elementos que integran la naturaleza entre ellos el propio hombre o sea todos intentan entender y explicar como se regulan las relaciones entre el hombre y la naturaleza siempre teniendo en miras la calidad de vida de toda la sociedad ya que un ambiente ecológicamente equilibrado proporciona bienestar para todos.

5.3. CLASIFICACIÓN DEL DAÑO AMBIENTAL

Debido a esta dificultad en identificar la concepción de daño ambiental se hace un clasificación del mismo tomando en cuenta la amplitud del bien protegido, su reparabilidad y los intereses jurídicos involucrados y su extensión y el interés objetivado.

5.3.1. EN CUANTO A LA AMPLITUD DEL BIEN PROTEGIDO

En lo que dice al respecto de la amplitud del bien protegido la doctrina viene delineando varias significaciones tomándose en cuenta el concepto de medio ambiente que se adopta tratando así el daño ecológico puro, el daño ambiental *latu sensu* y el daño ambiental individual o reflejo que se pasa a mencionar.

El medio ambiente puede tener una conceptualización estrecha, o sea, relacionada a los componentes naturales del ecosistema y no el patrimonio cultural o artificial. Así, analizando bajo este enfoque el daño ambiental significaría daño ecológico puro y su protección estaría siendo hecha en relación a algunos componentes esenciales del ecosistema. Son daños que alcanzan bienes que son propios de la naturaleza.

En mayor amplitud el daño ambiental *latu sensu*, o sea, concerniente a los intereses difusos de la colectividad, incluiría a todos los componentes del medio ambiente inclusive el patrimonio cultural. En este caso se protegerían el medio ambiente y todos sus componentes en forma unitaria.

Daño individual ambiental o reflejo conectado al medio ambiente que es de hecho un daño individual pues el objetivo primordial no es la tutela de los valores ambientales pero si los intereses propios del lesionado, relativo al microbien ambiental. Visto desde esa óptica el bien ambiental estaría tutelado indirectamente en forma refleja y no habría una protección inmediata de los componentes del medio ambiente protegido. Así el bien ambiental estaría parcial y limitadamente protegido.

5.3.2. EN CUANTO A LA REPARABILIDAD Y AL INTERÉS INVOLUCRADO

En lo pertinente a la reparabilidad y al interés involucrado esta clasificación del daño ambiental puede ser hecha de la siguiente forma:

a) Daño ambiental de reparabilidad directa cuando dice al respecto de intereses propios individuales e individuales homogéneos y sólo reflejos con medio ambiente y en lo atinente al microbien ambiental. El interesado que sufrió lesión será directamente indemnizado.

b) Daño ambiental de reparabilidad indirecta cuando dice al respecto de intereses difusos, colectivos y eventualmente individuales de dimensión colectiva, la protección del macrobien ambiental y relativos a la protección del medio ambiente como bien difuso siendo que la reparabilidad es hecha indirecta y preferencialmente al bien ambiental de interés colectivo y no objetivando resarcir intereses propios y personales. Analizando sobre esta concepción el medio ambiente es reparado indirectamente en lo que concierne a su capacidad funcional ecológica y a la capacidad de aprovechamiento humano y no por ejemplo considerando el deterioro de intereses de los propietarios del bien ambiental.

5.3.3. EN CUANTO A LA EXTENSIÓN

El daño ambiental en cuanto a su extensión puede ser ordenado de la siguiente manera:

a) Daño patrimonial ambiental, relativo a la restitución, recuperación o indemnización del bien ambiental lesionado. Se resalta que esta concepción de patrimonio difiere de la versión clásica de propiedad pues el bien ambiental en su versión de macrobien es de interés de toda la colectividad aplicándose la versión clásica de propiedad cuando se trata de microbien ambiental pues dice del respeto a un interés individual y a un bien perteneciente a éste. En esta última hipótesis el daño ambiental está siendo protegido como daño individual ambiental reflejo.

b) Daño extrapatrimonial o moral ambiental, quiere decir que todo lo que dice al respecto de la sensación de dolor experimentada o concepto equivalente en su más amplio significado o todo perjuicio no-patrimonial ocasionado a la sociedad o al individuo en virtud de la lesión del medio ambiente. En esta perspectiva podrá existir una subdivisión en daño ambiental extrapatrimonial colectivo cuando la tutela se refiere al macrobien ambiental y aún daño ambiental extrapatrimonial reflejo a título individual en lo concerniente al interés del microbien ambiental.

El daño moral ambiental tiene naturaleza subjetiva de difícil valoración puede ser fundamentado en el sentido de pérdida avenida de un hecho dañoso al medio de vida de las personas, atentando directa o indirectamente contra la propia vida humana, el daño moral ambiental tiene conexión con todo perjuicio que no sea económico, causado a la colectividad en razón de la lesión al medio-ambiente.

Esta modalidad de daño ambiental es reciente pero se tornó un instrumento importante en el sentido de cohibir aún más las prácticas dañosas que ocasionan efectos graves al medio ambiente. Debe ser analizada la lesión de acuerdo con el desequilibrio ambiental reflejando en la calidad de vida de las personas dependientes de este medio, no solo la agresión a la naturaleza que debe ser objeto de reparación pero también la privación del equilibrio ecológico del bienestar y de la calidad de vida que importa a la colectividad.

Son acumulables la indemnización por daño patrimonial y daño moral surgidos de un mismo hecho dañoso.

5.4. CARACTERÍSTICAS

El daño ambiental presenta algunas características que le son peculiares, o sea, por ser un evento dañoso a un bien clasificado como

fundamental de cuarta generación y protegido constitucionalmente la doctrina presenta características propias.

5.4.1. PULVERIZACIÓN DE VÍCTIMAS

Se contraponen el daño ambiental al daño común por el hecho de que en cuanto éste alcanza a una persona o un conjunto individualizado de víctimas aquél alcanza necesariamente a una colectividad difusa de víctimas aún cuando algunos aspectos particulares de su dañosidad alcanzan a ciertos sujetos.

5.4.2. DIFÍCIL REPARACIÓN

En la gran mayoría de los casos de daño ambiental la reparación al *status quo ante* es casi imposible y la misma pecuniaria es siempre insuficiente e incapaz de recomponer el daño. Muchas veces el perjuicio para el medio ecológico es irreparable toda vez que existen bienes naturales que son irrecuperables como por ejemplo una especie en extinción. Por esto la doctrina siempre se pregunta de qué manera es posible reponer la desaparición de una especie, cómo purificar aguas subterráneas contaminadas por agrotóxicos entre otros cuestionamientos que surgen y que no se quieren silenciar.

La prevención en esta materia – además como en casi todos los aspectos de la sociedad industrial – es la mejor cuando no la única solución.

5.4.3. DIFÍCIL VALORACIÓN

No siempre es posible calcular el daño ambiental justamente en virtud de su irreparabilidad. Édis Milaré²⁷⁵ (2007) resalta que esta característica se volvió más compleja con el avenimiento de la Ley 8.884/94 que en su art. 88, alteró el *epígrafe* del art. 1° de la Ley 7.347/85 (disciplina la acción civil pública), enseñando que también los daños morales colectivos sean de las acciones de responsabilidad civil en materia de tutela de intereses transindividuales.

Existe aún una corriente que reclama la existencia de tres características de daño ambiental, es necesaria la configuración del deber de indemnizar: por su anormalidad existe donde hay modificación de las propiedades físicas y químicas de los elementos naturales de tal grandeza que estos pierden parcialmente o totalmente su propiedad de uso; su periodicidad, no bastando la eventual emisión contaminante y su gravedad debiendo ocurrir transposición de aquél límite máximo de absorción de agresiones que poseen los seres humanos y los elementos naturales.

²⁷⁵ MILARÉ, ob. cit., p. 424.

5.5. REPARACIÓN DEL DAÑO AMBIENTAL

El daño ecológico, en principio, no repercute directamente sobre persona alguna ni sobre sus bienes. Aún así él es susceptible de reparación. Bien dice el art. 14 § 1° de la ley 6.938/81: “[...] é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, e indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade [...]”.

Existiendo el daño ambiental existe el deber de repararlo. La reparación está compuesta por dos elementos: la reparación *in natura* del estado anterior del bien ambiental afectado y la reparación pecuniaria o sea la restitución en dinero.

Cuando no fuera posible el retorno al *status quo ante*, recaerá sobre el contaminador la condena de un *quantum* pecuniario, responsable por la recomposición afectada y directa del ambiente lesionado. Pero, en la legislación brasilera no existen criterios objetivos para la determinación del referido *quantum* impuesto al agente degradador del medio ambiente. La doctrina, sin embargo, trae algunas instrucciones que deben ser seguidas como por ejemplo la reparación integral de daño, no pudiendo el agente degradador resarcir parcialmente la lesión material, inmaterial y jurídica causada.

En Argentina la Ley General del Ambiente habilita para interponer la acción por reparación del daño ambiental colectivo a los mismos

sujetos legitimados para iniciar el amparo del art. 43 de la Constitución Nacional, ampliando, sin embargo, la nómina constitucional al Estado y al damnificado directo. La especificidad del daño ambiental configura la indemnización pecuniaria como un remedio único y exclusivamente subsidiario en relación con la reparación *in natura*.

La Constitución de la República Federal de Brasil de 1988, con gran perspicacia, alberga los principios de la restauración, recuperación y reparación del medio ambiente en el art. 225. En su § 1º, inciso I, señala la obligación de “[...] restaurar os processos ecológicos essenciais [...]”. En el § 3º del citado artículo consta la obligación de reparar el daño causado al medio ambiente. Acentúa este párrafo que la obligación de reparar es independiente de la aplicación de sanciones penales administrativas. Aún en su art. 225, § 1º, inciso IV, la Constitución Federal disciplinó el estudio del impacto ambiental que entre sus finalidades primeras llama a elaborar una solución técnica adecuada a la recomposición del ambiente modificado por actividad licenciada. Siendo así una evaluación previa de los daños facilitaría una posterior reparación al ambiente impactado.

Tal como se da, frente a la constatación de que el ambiente es considerado en los términos de la ley como un “patrimonio público” (art. 2º, I, de la Ley nº. 6.938/81), siendo cierto que cualquier agresión practicada contra el mismo corresponde a lesionar los intereses de gran número de ciudadanos extensible muchas veces a toda la colectividad.

Por ser el bien ambiental un bien público ahí radica la necesidad de recuperación del daño mediante el retorno al *status quo ante*, aunque ésto sea más oneroso.

El art. 4º, VII, de la Ley nº 6.938/81 así dispone:

Art. 4º - A Política Nacional do Meio Ambiente visará:

VII – à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.

En la esfera del Derecho Ambiental brasileiro, el legislador a través de los artículos 4º, inciso VII, y 14, § 1, ambos de la Ley 6.938/81, y el art. 225, § 3º, de la CF/88, establecen al degradador la obligación de restaurar y/o indemnizar los perjuicios ambientales. La opción del legislador indica que en primer plano debe intentarse la recomposición del bien ambiental y cuando ésta es inviable se parte hacia la indemnización como sucedánea o como compensación.

La indemnización por daño ambiental es uno de los modos de componer el perjuicio y deberá ser casi siempre en dinero mediante arbitrio del juez de la causa en un *quantum* lo más próximo posible al monto lesionado.

Sin embargo, existen casos en que la mera indemnización en dinero será insuficiente requiriendo la recomposición o reconstitución tanto cuanto sea posible de la situación anterior. La Constitución misma

impone la obligación de recuperar el medio ambiente degradado a aquél que explore recursos Minerales. En estos casos la simple indemnización monetaria se presenta insuficiente exigiéndose su recomposición de acuerdo con la solución técnica determinada por el órgano público competente. La casi inviabilidad de la recomposición del daño ambiental no redundará en la irreparabilidad del mismo. La sociedad tiene de su lado los mecanismos jurisdiccionales de reparación y que sirven para obligar al agente a resarcir en la forma más íntegra posible la lesión ambiental.

Resumiendo: el medio ambiente lesionado es en la mayoría de las veces imposible de ser recuperado o recompuesto, no susceptible de retorno al *status quo ante* y por lo tanto existe la fuerte necesidad de conservación y manutención de éste. El perfil de la protección jurídica ambiental debe ser delimitado en la conservación del bien jurídico y su mantenimiento. Se trata de la restauración y compensación ecológica buscando la primera la reintegración, recomposición o recuperación del perjuicio y la segunda la sustitución de los bienes ambientales afectados por otros funcionalmente equivalentes.

Es de gran valía resaltar que no todo daño se indemniza. Es imposible determinar el monto a ser pagado en caso de extinción de una forma de vida, de contaminación de aguas subterráneas o de devastación de un bosque. En estos casos la posición monetarista es absolutamente insatisfactoria.

Existiendo indemnización en dinero por daño material al medio ambiente deberá ser observado el art. 13 de la Ley n° 7.347/85, (Acción Civil Pública); este ordenamiento jurídico establece que la indemnización por el daño causado revertirá a un Fondo Especial para Gastos de Reparación de Intereses Difusos Lesionados dirigido por un Consejo Federal o por Consejos Estatales con la necesaria participación del Ministerio Público y representantes de la comunidad siendo sus recursos destinados a la recomposición de los bienes lesionados. El referido Fondo está actualmente reglamentado por la Ley 9.008/95 que creó el Consejo o Gestor de este Fondo y por el decreto 1.306\94. .

Es imposible no destacar que la acción de reparación de daño ambiental es imprescriptible pues existen hipótesis en que los daños al medio ambiente representan una agresión continua en el tiempo, originaria de un autor o varios provenientes de una sucesión de actos practicados en épocas diversas.

Desafortunadamente en el ordenamiento jurídico brasilero no existen reglas específicas en cuanto a la prescriptibilidad del daño ambiental. Con ésto se verifica cierta inseguridad del sistema jurídico cabiendo a los operadores de Derecho traer soluciones a la cuestión suscitada.

La solución más acertada es aquella que trata al daño ambiental como imprescriptible puesto que es anónimo y perteneciente a la colectividad, ésto es, el medio ambiente es un bien que pertenece a todos

y las reglas clásicas de derecho civil siempre prevén una titularidad del bien. Consonantemente la lección de Leite (2003) afirma que:

A prescrição é instituto criado para apenar o titular do direito pela sua inércia no não exercício desse direito. Como os direitos difusos não têm titular determinável, não seria correto transportar-se para o sistema de indenização dos danos causados ao meio ambiente o sistema individualístico do Código Civil, apenando, desta forma, toda a sociedade, que, em última *ratio*, é a titular ao meio ambiente sadio²⁷⁶.

Aunque se adoptase una regla específica para la prescripción del daño ambiental se deberían establecer excepciones a ésta.

La preservación ambiental y la restricción al respectivo daño dependen de muchas acciones interligadas pero ante todo de la conciencia de los ciudadanos y de los gobernantes. Por otro lado, se cree que un sistema resarcitorio más adecuado al bien ambiental constituye un instrumento legislativo necesario, útil y vendría a ampliar el sistema de protección, inhibiendo y previniendo la aparición del daño de la misma forma en que por ejemplo la amenaza penal desestimula la práctica del delito.

²⁷⁶ LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

CAPÍTULO 6 DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO POR DAÑO CAUSADO AL MEDIO AMBIENTE

El hombre a pesar de ser racional muchas veces es un ser inconsecuente que no analiza los resultados de sus acciones las cuales se presentan, no raramente, destructivas. Es necesario que se establezca un límite para estas acciones con miras a preservar un bien que pertenece a toda la humanidad que es la naturaleza un bien que a partir de él todas las especies de vida permanecen existiendo. Es preciso garantizar una calidad de vida saludable para todos independientemente del color, raza, religión o de cual sea el origen.

Conforme dice la Constitución, art. 225, *epígrafe*, “Todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado [...]”, compitiendo a todos “[...] o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”, siendo toda persona, física o jurídica responsable por los daños a este bien principalmente el Poder Público que tiene el deber de fiscalizar todas las acciones humanas como también conceder la licencia ambiental para que las empresas puedan ejercer su actividad entre otras atribuciones.

El papel del Estado en lo referente al medio ambiente es tan importante como en cualquier otra actividad que él ejerza y él puede ser responsabilizado por todo acto que venga a perjudicar la naturaleza hasta

el mismo por acto que haya sido provocado por algún agente de su cuerpo de funcionarios.

En este capítulo fueron abordados los siguientes aspectos: el medio ambiente entendido como derecho fundamental, el problema de la responsabilidad civil del Estado por daño causado al medio ambiente así como la oportunidad de las excluyentes de la responsabilidad cuando se trata del Estado como agente causante del daño haciendo una breve síntesis de las acciones que son utilizados por los ciudadanos para efectivizar la tutela ambiental.

6.1. EL MEDIO AMBIENTE COMO DERECHO FUNDAMENTAL DE CUARTA GENERACIÓN

La tutela de los valores inherentes al Hombre es el principio basal de las Constituciones contemporáneas. El derecho al medio ambiente equilibrado está deliberadamente inserto en las normas constitucionales como derecho fundamental de la persona humana no siendo ya vislumbrado como mera atribución de órganos o de entidades públicas, lo que ocurría con las constituciones más antiguas. Así se entiende que los derechos humanos son históricos: nacen y se transforman. Visto desde este prisma el derecho a la vida es un derecho inseparable de la naturaleza humana expresando su importancia en el desarrollo de las relaciones sociales.

Las investigaciones sobre protección ambiental y de los derechos fundamentales han demostrado la existencia de la unión en la evolución del Derecho con lo que se puede concluir que ambos convergen a un mismo objetivo: asegurar una calidad de vida saludable y digna a todos los habitantes de este planeta.

Para tratar al medio ambiente como un derecho fundamental es preciso aclarar el concepto de derecho fundamental el cual se extrae del principio de que son derechos indispensables para la vida humana, necesarios para que todos vivan con dignidad, libertad e igualdad, caracterizándose principalmente no sólo por el reconocimiento formal de estos derechos sino también por la lucha incesante del Estado en verlos concretados e incorporados en el día-a-día de los ciudadanos y de sus agentes.

El medio ambiente es un derecho humano que merece la garantía y protección por parte del Estado brasilero a través de la actuación conjunta de todos sus Poderes. A partir del momento en que el derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado gana el carácter de una nueva constitución se torna un bien jurídico que debe ser igualmente tutelado como los demás bienes jurídicos previstos en la Constitución.

Por lo tanto el derecho al medio ambiente se encuentra en un desdoblamiento del art. 3° de la Constitución Federal y debe ser revelado en la actuación privada como en la estatal con las mismas prioridades que las demás normas de la Constitución Federal.

El reconocimiento del medio ambiente como derecho humano fundamental tiene su punto culminante cuando se reconocen las características especialísimas en que se basan los derechos fundamentales. Una de estas características se fundamenta en la aplicabilidad plena e inmediata de las normas, pactos, tratados y convenciones internacionales que versan sobre el derecho ambiental.

La Constitución de la República Federal de Brasil de 1988 en su art. 5º, §§ 1º e 2º, consagra expresamente la aplicación inmediata “[...] das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais [...]”, y prescribe que:

“[...] os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil faça parte”.

Se ve que los derechos internacionales ratificados por Brasil no son pasibles de ser excluidos por los derechos y garantías expresados en la Constitución es porque están incluidos en el rol de derechos y garantías vigentes en el país adquiriendo estatura constitucional, aplicabilidad inmediata y característica de *cláusula pétrea*.

Por lo expuesto, se observa que se debe considerar el medio ambiente ecológicamente equilibrado previsto en el art. 225 de la Constitución de la República Federal de Brasil de 1988 como un derecho

humano fundamental garantizado que se encuentra apartado del rol de derechos y garantías descritos en el art. 5º de esta Carta.

Para certificar su fuerza de cláusula pétrea el derecho al medio ambiente es imprescriptible e irrevocable siendo por lo tanto un derecho indisponible, luego intangible. Quedando considerada inconstitucional cualquier alteración normativa que debilite o quiera pasar sobre este derecho que es inherente a la persona humana.

Así, se amplía el rol de los Derechos Fundamentales. La calificación del medio ambiente siendo uno de los derechos de la humanidad propicia la efectividad de este derecho perdiendo su carácter individualista para alcanzar una dimensión universal y solidaria. Este derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado es un derecho a la vida por lo tanto es derecho-deber oponible contra todos pues al mismo tiempo en que la persona es titular de este derecho también tiene la obligación de defenderlo y preservarlo.

El medio ambiente es un derecho fundamental del hombre considerado de cuarta generación necesitando para su consecución de la participación y responsabilidad compartida del Estado y de la colectividad. Se trata de hecho de un derecho fundamental intergeneracional, intercomunitario incluyendo la adopción de una política de solidaridad.

Es en este momento cuando se trata de la defensa y protección de este bien de la humanidad que surge la necesidad de que se establezca la forma de responsabilizar a las personas sean ellas físicas o

jurídicas hacia el medio ambiente insertando aquí al Estado como causante de daño ambiental.

6.2. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO FRENTE AL DAÑO AMBIENTAL

Es sabido que la tutela del medio ambiente da lugar a la responsabilidad civil objetiva por el evento dañoso, o sea, el deber de reparar integralmente el daño surge independiente de apreciación de culpa o dolo del agente. Es lo que se lee del artículo 14, § 1° (repcionado por la constitución Federal en el art. 225, §§ 2° e 3°), de la Ley de Política Nacional del Medio Ambiente (Ley 6.938/81): “[...] o poluidor obligado, independentemente de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade”.

En la responsabilidad civil por daño ambiental como ya se ha acentuado en otra oportunidad no se discute la legalidad o licitud de la actividad desarrollada pero sin su lesividad. De nada sirve argumentar que el autor del daño actuó dentro de la ley, o sea, que poseía licencia ambiental, por ejemplo, pues la investigación dice al respecto de la lesividad o dañosidad del acto practicado.

En el caso de daño ambiental es tarea difícil la segura determinación del nexo causal ya que los hechos de la contaminación por

su complejidad muchas veces permanecen camuflados no sólo por el anonimato, sino por la multiplicidad de causas, de las fuentes y de comportamientos sea por su tardío desenlace, sea por las dificultades técnicas y financieras de su medición, o aún por la amplia distancia entre la fuente emisora y el resultado lesivo además de tantas otras.

Esta complejidad no torna menor para el contaminador el deber de reparar los daños causados. En la jurisprudencia patria ya estuvo el deber de indemnizar aún cuando existiera concausa no atribuible, en tesis, al agente que debía asumir la responsabilidad de indemnizar. Y, no sería sorpresivo que en el futuro próximo existiese la inversión de la carga de la prueba en caso de comprobación del nexo causal en las acciones de reparación de daño ambiental transfiriendo al demandado la necesidad de probar que éste no tiene ningún lazo con el daño.

Las personas jurídicas de derecho público interno, restringiendo este campo para hablar del Estado pueden ser responsabilizadas por las lesiones que causaren al medio ambiente. Ha llegado el momento de tratar sobre la responsabilidad pasiva del Estado frente al daño ambiental.

El Estado puede ser sujeto pasivo de la demanda reparadora del daño ambiental. La regla general de responsabilidad en lo concerniente al poder público es la establecida en el art. 37, §6°, de la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988, el cual establece un régimen único de la responsabilidad civil de la administración pública que es

objetiva por el riesgo ya sea que se trate de conducta comisiva u omisiva, véase:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado, prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Y en lo referente a responsabilidad ambiental el Estado como cualquier otra persona responde objetivamente en virtud de lo expresamente estipulado en el art. 225, §3º, de la Constitución de la República Federal de Brasil de 1988, y en el art. 14, §1º, de la Ley 6.938/81.

Art. 225 [...]

§3º - As condutas e as atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Art. 14 [...]

§1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, efetuados por sua atividade [...]

Acerca del tema, Leite resalta (2003):

O problema da responsabilidade do Estado, no âmbito do direito do ambiente, exigirá a discussão de dois núcleos temáticos: a) responsabilidade do Estado por atos ilícitos e b) responsabilidade do Estado por atos lícitos²⁷⁷.

Tratándose del primer núcleo temático el sistema jurídico brasileiro fue disciplinado por el mencionado art. 37, siendo la discusión en cuanto a los actos ilícitos practicados por el Estado. Así, el poder Público será siempre responsabilizado cuando sus agentes causaren daño a terceros, estando a salvo su derecho de regreso contra el real causante de la lesión.

En lo referente a la temática de los actos ilícitos, importa realizar que el Estado ejerce una función destacada en el control ambiental conforme se desprende de las tareas impuestas al mismo por el legislador constituyente, en el art. 225 de la Constitución Federal y así el mismo cuando acredita actuar correctamente puede ser responsabilizado en virtud de la conducta de uno de sus agentes o así mismo en virtud de un acto perjudicial realizado por alguna empresa concesionaria o permissionaria de servicios públicos.

²⁷⁷LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

En esta ocasión es posible percibir que todas las actividades de riesgo al medio ambiente están bajo el control del Estado y siendo así el mismo responde subsidiariamente por el daño ambiental provocado por terceros. Esta posición se refuerza más con la cláusula constitucional que impone al Poder Público el deber de defender el medio ambiente y de preservarlo para las presentes y futuras generaciones. Así alejándose del deber de actuar o actuando deficientemente el Estado debe responder por su descuido, negligencia o deficiencia que se traducen en un ilícito ocasionando el daño que no ha evitado el cual debería haberlo sido por derecho. En este caso, reparada la lesión podrá demandar a su vez, regresivamente, el derecho al causante del daño.

En este mismo sentido afirma Mancuso (citado LEITE, 2003):

Já no tocante às lesões ao meio ambiente e patrimônio cultural (...), cremos que remanesce integra a responsabilidade objetiva de todos os que concorrem para o resultado, ressalva, entre eles, a via regressiva.

Canotilho (apud LEITE, 2003) presenta algunos ejemplos que caracterizan esta responsabilidad del Estado, como el incumplimiento o la falta de ejecución de preceptos que se relacionan a la protección del medio ambiente por parte de los agentes del Poder Público, el origen de normas reglamentarias claramente disonantes con las normas legales

protectoras de los bienes constitutivos del ambiente y finalmente, el no-cumplimiento por parte del legislador de las imposiciones constitucionales que se dicen con respecto a la protección de la naturaleza.

La autorización administrativa no exonera a la persona responsable de su obligación de reparar el daño ambiental. Pero queda a cargo del agente probar que su conducta se encontraba dentro de los parámetros aceptables.

Es importante traer a la luz el pronunciamiento del ya citado doctrinario Canotilho (citado LEITE, 2003) al tratar de los daños ambientales y actos autorizados:

Creemos que, não obstante os problemas suscitados pelo efeito de legalização do ato administrativo, o efeito justificativo do ilícito pelo ato licenciador conduziria, em último termo, à neutralização do princípio do poluidor pagador. Em última análise, a responsabilidade acabava por se transferir pêra o legislador, e, conseqüentemente, para os cidadãos²⁷⁸.

Para la lectura del art. 170, inciso VI, de la Constitución Federal de 1988, el cual asegura el principio de defensa de medio ambiente como un de los fines de la actividad económica y de la libre iniciativa y también el art. 225 de la misma Carta se verifica que el legislador constitucional

²⁷⁸ LEITE, José Rubens Morato. *Dano Ambiental: do individuo ao coletivo extrapatrimonial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 23.

buscó una verdadera responsabilidad compartida cuando se trata sobre el daño ecológico.

Doctrinarios como Fiorillo (2003), Silvio Rodrigues (2002) y Nelson Nery (2004) afirman que el Estado puede ser legitimado pasivo si tuviera alguna parte en la actividad causante del daño. La simple autorización del Poder Público para el funcionamiento de alguna empresa que venga a causar daño al medio ambiente no es causa suficiente por sí sola para determinar la responsabilidad de este ente.

Es preciso afirmar que independientemente de cualquier entendimiento doctrinario la responsabilidad del Estado por cualquier acto que vega a causar perjuicio al medio ambiente natural es objetiva, sin importar la prueba de culpabilidad, teniendo como base los dispositivos constitucionales ya mencionados del art. 37, 225, y el propio art. 5° de la Constitución Federal de Brasil.

El párrafo único del art. 22 del Código de Defensa del Consumidor (Ley 8.078/90) confirma la previsión constitucional. Aquí:

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas concessionárias, permissionárias, ou sob qualquer forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as

peessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste Código.

En la hipótesis de daño derivado de acto comisivo u omisivo practicado por persona jurídica de derecho público es siempre investigada la culpabilidad del agente que le dio causa. De tal manera que la responsabilidad del Estado es objetiva y la del agente causante del evento dañoso por estar basada en la culpa es subjetiva.

A título de ilustración una de las penalidades pasibles de ser aplicadas en las áreas de protección ambiental es la “[...] obrigação de reposição e reconstituição [...]” (art. 9º, §2º, da lei 6.902/81). Además de ésto, la Ley nº 6.938/81 prevé como uno de los objetivos de la Política Nacional del Medio Ambiente la “[...] imposição ao poluidor e ao predador da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados [...]” (art. 4º, inciso VII), “[...] independente da existência da culpa [...]” (art. 14, §1º).

6.3. EXCLUYENTES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO POR DAÑO CAUSADO AL MEDIO AMBIENTE

Es asunto tormentoso en la doctrina el saber si está permitido aplicar alguno de los excluyentes de la responsabilidad. Todavía, la tendencia doctrinaria prevaeciente es en el sentido de no adoptar el caso fortuito y la fuerza mayor como excluyentes tratándose de interés difuso y

de medio ambiente pues éstos huyen de la concepción clásica del derecho intersubjetivo.

En la especie de responsabilidad civil por daño ambiental gran parte de la doctrina adoptó como regla la Teoría del Riesgo Integral la cual admite cualquier excluyente de la responsabilidad. No es necesario establecer culpabilidad, basta la comprobación del daño y del nexo causal entre éste y el agente responsable por la lesión. En el caso de intereses difusos lo que cuenta es el daño producido y la necesidad de una reparación integral.

Al adoptarse la Teoría del riesgo como ocurre en el caso de la responsabilidad por daño ambiental se entiende que ocurren alteraciones a las reglas de exclusión previstas en el Código Civil. La Constitución Brasileira y la Ley de Política Nacional del Medio Ambiente (Ley 6.938/81) traen un régimen especial de responsabilidad al degradador ambiental y no disponen acerca de ninguna exclusión de la obligación de reparar el daño ecológico (caso fortuito, fuerza mayor, hecho de un tercero, culpa de la víctima). De esta manera el agente contaminador debe asumir integralmente todos los riesgos que se derivan de su actividad por tratarse de una verdadera socialización del riesgo. Más que esto, la teoría del riesgo integral se funda en el principio de equidad pues aquél que lucra con una actividad debe responder por el riesgo o desventaja de ella resultante.

Una excepción, sin embargo, se hace imperiosa. En lo referente a la responsabilidad civil de las personas jurídicas de derecho público en especial el Estado frente al daño ambiental, diferentemente de las personas jurídicas de derecho privado, refuerza la Teoría del Riesgo Creado en la cual se admiten las excluyentes del caso fortuito y de la fuerza mayor. De esta manera, si un ciclón, por ejemplo, derrumba algunas edificaciones se trata de un evento en el cual el Estado no tiene ninguna participación, tampoco sus agentes ya que se originó por fuerza mayor. No verificándose el nexo causal entre la acción (u omisión) y el resultado no hay que hablar de responsabilidad estatal.

Es importante que se haga una aclaración sobre este asunto, ya que en caso de daño ambiental la doctrina y la jurisprudencia afirman que la responsabilidad del Estado es objetiva fundada en la teoría del riesgo creado.

La premisa básica de la teoría del riesgo creado es que si una persona en ejercicio de una actividad, crea o amplía un riesgo para otro deberá cargar con sus consecuencias dañosas. El riesgo creado tiene lugar cuando la persona hace uso de mecanismos, instrumentos o de medios que aumentan el peligro de daño. En estas hipótesis las personas que causaren daño responden por la lesión practicada, debido a la creación de riesgo o peligro y no por la culpa. Va en esto un problema de causalidad. Sin nexo causal no existe la obligación de indemnizar. A pesar de la existencia de un daño si su causa no estuviera relacionada con el

comportamiento del agente no habría que hablar de relación de causalidad y por consecuencia de obligación de indemnizar.

El profesor Sílvio Rodrigues (2002) aduce que para la teoría del riesgo creado todo aquél que en virtud de la actividad que involucra crear el riesgo de causar un daño a tercero lo obliga a repararlo aunque su actividad y su comportamiento estén exentos de culpa. Así examinada la situación y verificada la relación de causalidad entre la conducta del agente y el daño experimentado por la víctima ésta tendría derecho a ser indemnizada.

Posee como requisitos la ocurrencia de un daño y la existencia del nexo causal, ambos ya explicados en otra oportunidad.

En relación al Estado, nunca en la historia constitucional patria (desde la Constitución Federal de 1946) fue abrazada la teoría del riesgo integral. Ni siquiera en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal el cual siempre rechazó expresamente la teoría del riesgo integral tratándose del Estado como agente causante de daño ambiental.

Otro aspecto bastante importante fue tratado por el Juez Cavalieri Filho (citado LEITE, 2000).

Convém registrar que a teoria do risco administrativo não se confunde com a do risco integral, muito embora alguns autores neguem a existência de qualquer distinção entre elas, chegando mesmo a sustentar que tudo não passa de uma questão de semântica. A realidade, entretanto, é que a

distinção se faz necessária para que o Estado não venha a ser responsabilizado naqueles casos em que o dano não decorra direta ou indiretamente da atividade administrativa²⁷⁹.

Véase que entre las dos teorías citadas no existe ningún punto de conexión, al contrario, existe una fuerte distinción y ésta es muy importante y necesaria cuando se habla de responsabilidad civil del Estado con el fin de que éste no venga a ser responsabilizado en los casos en que la lesión no derive directa o indirectamente de su actividad.

Aún citando a Cavalieri Filho (citado Leite, 2003):

Duas outras conclusões podem ser extraídas do texto constitucional. O Estado só responde pelos danos que os seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros. A expressão grifada – seus agentes, nessa qualidade – está a evidenciar que o constituinte adotou expressamente a teoria de risco administrativo como fundamento da responsabilidade da Administração Pública, e não a teoria do risco integral, portanto condicionou a responsabilidade objetiva do Poder Público ao dano decorrente da sua atividade administrativa, isto é, aos casos em que houver relação de causa e efeito entre a atividade do agente público e o dano. Sem essa relação de causalidade, como já ficou assentado, não há como e nem por quê responsabilizá-lo. Importa dizer que o Estado não responderá pelos danos causados a outrem pelos servidores

²⁷⁹ Ibidem, p. 69.

quando não estiverem no exercício da função, nem agindo em razão dela. Não responderá igualmente, quando o dano de fato é exclusivo da vítima, caso fortuito ou força maior e fato de terceiro, por isso que tais fatores, por não serem agentes do Estado, excluem o nexo causal²⁸⁰. (grifo do autor)

Así queda claro que el Estado solamente responderá por los daños que son de su causa, o sea, habiendo nexo causal entre el evento dañoso y la conducta del agente público es que se podrá hablar de responsabilidad del Estado con base en la teoría del riesgo creado.

De estas lecciones doctrinarias relativas a la responsabilidad objetiva es posible retirar la orientación central de la limitación de esta responsabilidad a la teoría del riesgo creado: la redacción del dispositivo constitucional que no admite el recibimiento de la teoría del riesgo integral.

Comparando el texto constitucional del art. 37, § 6º, que empeña la responsabilidad del Estado sólo cuando hubiere una acción u omisión del agente público, en esta calidad que cause el daño (de ahí las excluyentes ya mencionadas), como lo que prescribe el § 1º del art. 14 de la Ley nº. 6.938/81, será posible observar que aquél mismo raciocinio jurídico puede y debe ser hecho.

Así dispone el art. 14, §1º de la Ley 6.938/81:

²⁸⁰ Ibidem, p. 88.

[...] Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou recuperar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros afetados por sua atividade.

Por lo tanto, de la misma forma que en relación al Estado tiene que haber un nexo causal entre el daño y una acción del funcionario ya que en esta cualidad aquél es responsabilizado por el daño, aquí también tiene que quedar configurado el nexo causal entre el daño ambiental y a terceros y el contaminador por su actividad.

Se vislumbra que no se tiene que hablar de responsabilidad de un eventual contaminador cuando la conducta lesiva al medio ambiente es practicada por un tercero, sea él víctima o no, o aún cuando haya ocurrido un caso fortuito o de fuerza mayor.

Por lo tanto, es posible constatar que la responsabilidad civil por el daño ecológico es objetiva fundada en la teoría del riesgo creado por la cual se admiten algunas de las causas excluyentes de la responsabilidad civil (caso fortuito o fuerza mayor) y no en la del riesgo integral (que no admite las excluyentes), en los exactos y expresivos términos del § 1º del art. 14 de la Ley n.º. 6.938/81, que solamente empeña la responsabilidad de alguien por daños ambientales si queda comprobada la acción efectiva (actividad) de éste alguien directa o indirectamente en el causar el daño.

En cada caso concreto existirá la necesidad de demostrar la existencia de dos presupuestos indispensables: la ocurrencia del daño

ambiental y el nexo causal con la acción u omisión del agente responsable, que sea la causa eficiente del evento capaz de generar el perjuicio a ser indemnizado.

Así, queda demostrado que en base al art. 14, § 1º de la Ley de la Política Nacional de Medio Ambiente (Ley n.º. 6.938/81), la responsabilidad del Estado por daño causado al medio ambiente es objetiva fundada en la Teoría del Riesgo creado o riesgo administrativo como acostumbra a denominarla la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia brasileira y no en la Teoría del riesgo integral como sugiere la minoría de los doctrinarios (éstos muchas veces se valen de la propia argumentación utilizada en la teoría del riesgo creado para fundamentar su posición ante la teoría del riesgo integral).

CAPÍTULO 7 DE LOS RESIDUOS SÓLIDOS

Según datos de la Organización de las Naciones Unidas en los últimos 30 años el volumen de basura producido en el mundo aumentó tres veces más que la población en media de cada persona que resulta responsable por la producción de un kilo de basura por día²⁸¹.

Con el aumento de las poblaciones se verificó también el aumento de la producción de residuos ultrapasando así la capacidad de absorción por el medio ambiente de estos subproductos de las actividades de la

²⁸¹ FIGUEIREDO, Paulo Jorge Moraes. *Os resíduos sólidos e sua significação frente ao impasse ambiental e energético da atualidade*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 23.

población, estos residuos retornan al medio por la propia dinámica de la naturaleza como: radiación, contaminación, lluvias ácidas, etc.

7.1. CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN

Residuos sólidos son los restos de las actividades humanas resultado de lo que fue utilizado en los procesos de producción y son considerados inútiles o descartables, sin utilidad o valor.

La definición de Reseduos Sólidos está contenida en la legislación brasilera por la resolución 5\93 del Consejo Nacional de Medio Ambiente – CONAMA:

Art. 1º Para os efeitos desta Resolução definem-se:

I – resíduos sólidos: conforme a NBR 10.004 da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT – “Resíduos nos estados sólidos e semisólido, que resultam de atividades da comunidade de origem: industrial, doméstica, hospitalar, comercial, agrícola, de serviço e de varrição. Ficam incluído nesta definição os lodos provenientes de sistemas de tratamento de água, aqueles gerados em equipamentos de instalações de controle de poluição, bem como determinados líquidos cujas particularidades tornem inviável seu lançamento na rede pública de esgotos ou corpos d’água, ou exijam para isso solução técnica e economicamente inviáveis, em face da melhor tecnologia disponível”.

Por esta definición se entiende que los residuos sólidos son expulsiones, materiales sólidos o hasta mismo semi-sólidos provenientes de las actividades de tipo industrial, doméstico, hospitalario, de la sociedad, agrícola, de barrido y de servicios. Quedan incluidos los líquidos tóxicos no pasibles de tratamiento o impedidos de ser vertidos en la red pública. También forman parte de este rol los residuos provenientes de tratamiento del agua, de lodo o fango, aquellos que quedan expuestos o no tienen como ser disueltos en el agua.

Al entender de Machado (2002):

“O termo ‘resíduo sólido’ no Brasil significa lixo, refugo e outras descargas de materiais sólidos, incluindo resíduos sólidos de materiais provenientes de operações industriais, comerciais e agrícolas e de atividades da comunidade [...] não inclui materiais sólidos ou dissolvidos nos esgotos domésticos ou outros significativos poluentes existentes nos recursos hídricos, tais como a lama, resíduos sólidos dissolvidos ou suspensos na água, encontrados nos efluentes industriais, e materiais dissolvidos nas correntes de irrigação ou outros poluentes comum na água²⁸²”.

Importante observación ya que sería de gran relevancia el que fuesen citadas también las materias sólidas disueltas en las aguas

²⁸² MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 262.

residuales domésticas, en el barro o por ejemplo aquellos que están contenidos en varias formas de irrigación.

Según Ribeiro y Morelli²⁸³ (2009): “talvez a criação de um índice (porcentagem em sólido) que separe os resíduos sólidos e líquidos pudessem solucionar este problema.”

En cuanto a la clasificación, de acuerdo con la norma NBR – 10004|2004 de la ABNT, los Residuos Sólidos pueden ser:

- Resíduos classe – I Perigosos, são aqueles que oferecem risco à saúde ou risco de poluição ao meio ambiente devido a suas características de corrosividade, inflamabilidade, reatividade, toxicidade ou patogenicidade e devem ser tratadas de forma correta para evitar danos, necessitam de disposições especiais, devem ser aterrados em aterros especiais, ou incinerados de forma específica destinada só a este tipo de atividade, têm-se como exemplo dessas classe de resíduos, aqueles derivados da atividade agrícola que utilizam agrotóxicos, como as embalagens dos pesticidas;
- Resíduos classe II – Não perigosos;
- Resíduos classe II A – Não inertes: são basicamente os resíduos provenientes de moradias, de fácil solubilidade, por exemplo, o lixo doméstico que em geral não apresenta danos sérios ao meio ambiente ou à saúde:

²⁸³ RIBEIRO, Daniel Vêras; MORELLI, Márcio Raimundo. Resíduos sólidos problema ou oportunidade? Rio de Janeiro: Interciência, 2009, p 19.

- Resíduos classe II B – inertes: são aqueles que quando dispostos no solo ou na água não se dissolvem, como por exemplo; os restos de entulhos de construção civil, também não apresentam riscos à saúde.

Traducción libre:

- Resíduos classe – I Peligrosos, son aquellos que ofrecen riesgo a la salud o riesgo de contaminación al medio ambiente debido a sus características de corrosividad, inflamabilidad, reactividad, toxicidad o patogenicidad y deben ser tratados en forma correcta para evitar daños, necesitan de dispositivos especiales, deben ser enterrados en rellenos especiales o incinerados en forma específica destinada sólo a este tipo de actividad, se tiene como ejemplo de esta clase de residuos a aquellos derivados de la actividad agrícola que utiliza agrotóxicos como los embalajes de los pesticidas;
- Resíduos classe II – No peligrosos;
- Resíduos classe II A – No inertes: son basicamente los residuos provenientes de moradas, de fácil solubilidad, por ejemplo la basura doméstica que en general no representa serios daños al medio ambiente o a la salud:
- Resíduos classe II B – inertes: son aquellos que cuando son depositados en suelo o en el agua no se disuelven como por ejemplo; los restos de escombros de construcción civil, tampoco representan riesgos a la salud.

En cuanto a su origen los residuos pueden ser clasificados en basura domiciliaria, comercial, de barrido, de salud y hospitalaria, de servicios, agrícolas, industriales y escombros provenientes de construcción civil.

Otra clasificación puede ser hecha en cuanto a la composición química, así pueden ser: orgánicos o biodegradables.

Basura mojada y seca: La basura nuestra de todos los días.

Basura mojada es un tipo de residuo no reciclable. Esta basura está constituida por:

- Restos de alimentos, vegetales y cáscaras de frutas, huevos y huesos.
- Pañales descartables, absorbentes y papel higiénico.

Algunas basuras secas de nuestro día a día no son reciclables, entre ellas:

- Papeles; papel carbónico, fotografías, cintas adhesivas y “colillas” de cigarrillo.
- Vidrios: espejos, vidrios de ventanas, gabinetes de baño, lámparas fluorescentes e incandescentes, cristales y utensilios de vidrio templado, vidrios de automóviles, tubos y válvulas de TV, cerámicas, porcelana y vidrios trabajados como pírex.
- Metal; esponja de acero, clips, grampas.
- Plástico: ebonita (manijas de ollas y tomas). Los inorgánicos o no biodegradables, ejemplo, vidrio, parafina y lámparas.

Esta conceptualización y clasificación se hace importante porque auxilia en lo pertinente a las formas de destinación y de tratamiento, son importantes también para relacionar la legislación adecuada a cada tipo de residuos.

7.2. DIFERENCIA ENTRE BASURA Y RESIDUO

Basura es todo aquello descartado por el hombre considerado inutilizable. La cantidad de basura producida es proporcional a las actividades industriales y urbanas. Está directamente ligado al crecimiento poblacional y al modelo económico vigente. Las consecuencias dañosas al medio ambiente y al hombre han constituido una gran preocupación para todos.

Se estima que en Brasil cada ciudadano produce de 600 gramos a 1 kilo de basura por día. Si este número fuera multiplicado por la cantidad de personas que constituyen la población brasilera serían más de 190 mil toneladas de basura producidas diariamente. La problemática de la basura gana dimensiones alarmantes por la peligrosidad de muchos materiales descartados y por la rapidez del descarte.

En Brasil el Decreto Federal N° 5.940, del 25 de octubre de 2006, instituyó la separación de los residuos reciclables descartados por los órganos y entidades de la administración pública federal directa e

indirecta en la fuente generadora y su destinación a las asociaciones y cooperativas de los catadores de materiales reciclables.

No es posible no producir basura pero podemos disminuir su volumen cambiando nuestro comportamiento. Es preciso reducir el desperdicio, reutilizar siempre que sea posible, comprar menos y realizar recolección selectiva. Separar la basura – papel, plástico, metal, vidrio para reciclaje es una alternativa ecológica y está al alcance de todos nosotros.

La diferenciación entre basura y residuo aún no es pacífica en la doctrina ni tampoco tiene alguna mención en la legislación vigente.

El Profesor Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2005), define que:

Lixo e resíduo tende a significar a mesma coisa. De forma genérica podemos afirmar que constituem toda substância resultante da não-interação entre o meio e aqueles que o habitam, ou somente entre eles, não incorporada a esse meio, isto é, que determina um descontrole entre os fluxos de certos elementos em um dado sistema ecológico. Em outras palavras é o 'resto', a 'sobra' reaproveitada pelo próprio sistema, oriundo de uma desarmonia ecológica...Lixo é o resto sem valor, enquanto que resíduo é meramente resto²⁸⁴.

Tratándose de esta diferenciación algunos doctrinarios clasifican basura y residuo como siendo la misma cosa en cuanto que otros

²⁸⁴ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro* 6. ed ampliada. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 45.

prefieren definir basura como resto sin valor alguno, totalmente descartable e innecesario y al residuo como aquello que puede ser reaprovechado principalmente utilizado en forma de generar algún retorno tanto económico como de preservación.

Como atesta Povinelli y Bidone²⁸⁵ (2005): “várias definições se apresentam para o mesmo fato, fenômeno, resultam sempre materiais diversos. Aqueles considerados não-reutilizáveis chamados, até passado recente de lixo.”

Se nota que existe una amplia discordancia entre las definiciones de basura y residuos, la falta de claridad de estos conceptos acarrea una serie de problemas principalmente en lo que compete a la administración de este material ya que el hecho de no ser uniformes puede confundir a las personas y dificultar las acciones orientadas al tratamiento, administración y destino final de estos materiales. Existe la necesidad de empadronamiento para explicitar mejor tales conceptos.

7.3. TRATAMIENTO Y DESTINO FINAL DE LOS RESIDUOS

La materia a ser expuesta es básicamente de responsabilidad de la ingeniería ambiental o sanitaria, sin embargo no se pueden negar sus implicancias judiciales principalmente en lo que atañe a la mala

²⁸⁵ POLVINELLI; J. BIDONE: F.R. *Os Conceitos Básicos de Resíduos Sólidos*. São Carlos: EESC/USP, 2005. P. 15.

destinación a los efectos de la responsabilidad civil, dando lugar al análisis según la finalidad del trabajo.

En primer lugar es de suma importancia resaltar que Brasil adoptó un principio constante en la Convención de Basilea de 1989 en la cual, en general, el residuo debe ser depositado y tratado en el lugar donde fue generado, es decir que cada municipio resulta responsable por la basura generada en su interior pudiendo impedir la entrada de residuos provenientes de otros lugares, sin embargo puede existir la remoción de residuos hacia un lugar donde no ha sido generado configurando esto una excepción.

Según Machado (2002):

[...] para que o município opte por aceitar o comportamento de exceção – aceitar lixo alheio – ele deverá motivar cabalmente o ato administrativo ou a lei que autorizar o procedimento, sob pena de oportuna decisão judicial impeditiva²⁸⁶.

Así, el acto administrativo deberá estar debidamente justificado y la Unión y los Estados no pueden imponer que determinados municipios acepten residuos generados en otros lugares. Esta regla también es válida para los países en general, todos los países son responsables por el destino y tratamiento del residuo generado en su interior. En cuanto al

²⁸⁶ MACHADO, ob. cit., p. 318.

tratamiento de estos residuos, de acuerdo con la Resolución CONAMA 005/93, el art.1º, III así disciplina:

O sistema de tratamento de resíduo sólido é o conjunto de unidades, procesos e procedimentos que alteram as características físicas, químicas ou biológicas dos resíduos e conduzem à minimização dos riscos à saúde pública e à qualidade do meio ambiente.

Y continúa en el inciso IV;

IV - O sistema de disposição final de resíduos sólidos é o conjunto de unidades, processos e procedimentos que visam o lançamento de resíduos no solo, garantindo-se a proteção da saúde pública e a qualidade do meio ambiente²⁸⁷.

De las definiciones supra citadas se extrae que los residuos sólidos sólo podrán ser depositados en el medio ambiente para luego ser tratados a fin de dirimir la degradación causada a la naturaleza y los riesgos a la salud pública.

El destino final de los residuos sólidos es otra preocupación pues el volumen de residuos es cada vez mayor, principalmente en los grandes centros urbanos lo que genera dificultades presupuestarias para políticas destinadas al tratamiento y al espacio físico a ellos determinado. Las

²⁸⁷ BRASIL, CONAMA, Resolução nº 5 de 05 de agosto de 1993, disponível em: <http://www.ambientepleno.com.br/indexsearch.php?PID=160795>. Acesso em: 21.9.2011.

formas utilizadas para el destino de los residuos sólidos serán estudiadas a continuación.

7.3.1. DEPÓSITO A CIELO ABIERTO

Los conocidos “vertederos” son descargas libres realizadas por particulares, industriales o aún mismo por las prefecturas municipales. A pesar de que la legislación rechace los depósitos de residuos sólidos a cielo abierto y determinar las formas adecuadas de depósitos de los mismos lo que se observa en las ciudades y la no aplicabilidad de estas disposiciones legales y un número exorbitante de vertederos inclusive en grandes centros urbanos.

Machado (2000), en su doctrina critica la utilización de este tipo de depósito haciendo que el lector preste atención a la falta de legislación federal al respecto, así menciona:

A prática referida não deveria ficar ao alvedrio dos Estados mas ser taxativamente proibida por norma federal, com penalidade adequada em caso de infração para que em medias e pequenas cidades não continuem a ploriferar os “lixões” pondo em risco não só a saúde da coletividade, como especificamente dos infelizes que demandam tais depósitos como “catadores de lixo”²⁸⁸.

²⁸⁸ MACHADO, ob. cit., p. 465.

7.3.2. RELLENO SANITARIO

Se entiende por rellenos sanitarios los lugares escogidos para depósito de residuos donde diversas cautelas deben ser analizadas para evitar la contaminación de las aguas subterráneas y del suelo. Arruda (2005), habla con propiedad sobre el depósito en rellenos sanitarios al afirmar que:

Todo lixo é compactado e depositado nesses aterros e depois cobertos por terra; (i) a cobertura da terra deve ser diária para evitar vetores, (ii) o solo deve ser impermeabilizado, bem como (iii) deve ser controlada a drenagem, para evitar a poluição do lençol freático e (iv) deve haver estação de tratamento do chorume no próprio local²⁸⁹.

Machado (2002) (apud Sociedad Americana de Ingeniería Civil) define:

E método de disposição de refugo na terra, sem criar prejuízos ou ameaças à saúde e a segurança pública, pela utilização de princípios de engenharia que confinam o refugo ao menor volume possível, cobrindo-o com uma camada de terra na

²⁸⁹ ARRUDA, Paulo Tonani Matteis. *Responsabilidade civil decorrente da poluição por resíduos sólidos domésticos*. São Paulo: Método, 2005, p. 45.

conclusão de cada dia de operação, ou mais freqüentemente de acordo com o necessário²⁹⁰.

No se puede confundir relleno sanitario con relleno irregular que es aquel donde la basura es depositada en el lugar y cubierto diariamente pero no hay un tratamiento adecuado de los lixiviados ni estudio previo para la implementación de estos rellenos de acuerdo con las determinaciones de las normas sanitarias.

7.3.3. INCINERACIÓN

Los residuos son destruidos por vía térmica lo que reduce la basura hasta a un 5% de su volumen y puede haber aprovechamiento de energía. El gran problema de la incineración son los gases producidos que muchas veces pueden ser perjudiciales a la salud humana, el tratamiento de estos gases liberados posee un costo relativamente alto para ser eficaz según Arruda (2005):

A incineração permite o aproveitamento de energia, mas não a reciclagem do material tóxico liberado no processo – seja na forma sólida (exemplo: cinzas), líquida (exemplos: vapores d'água) e gasosa (exemplo; gases poluentes), tendo como

²⁹⁰ MACHADO, ob. cit., p. 465.

benefício a redução do volume do material orgânico produzido²⁹¹.

En la práctica lo que se analiza es que en este tipo de tratamiento los residuos son procesados en forma inadecuada lo que acarrea la transferencia de la contaminación al aire. Lo ideal sería que se instalasen dispositivos que evitaran o disminuyesen los efectos causados por los gases derivados de este proceso. En ciertos casos, a pesar del alto costo la incineración es necesaria como por ejemplo en los residuos hospitalarios donde éste es un tipo legal de tratamiento, viabilizando una mejor forma de destrucción de materiales considerados como perjudiciales o peligrosos a la salud humana en virtud de su alto grado de toxicidad.

7.3.4. COMPOSTAJE

El compostaje se trata del método por el cual los residuos son transformados en compuestos y utilizados como abonos o fertilizantes de manera similar son retiradas las masas de residuos orgánicos recogidos. Arruda²⁹² critica esta modalidad de destino pues no siempre son eliminados todos los parásitos contenidos en los residuos sólidos lo que podría contaminar alimentos a ser ingeridos. Otra crítica es que tal

²⁹¹ ARRUDA, ob. cit., p. 48.

²⁹² ARRUDA, ob. cit., p. 48.

método exige mucho espacio para almacenar el material derivado del compostaje.

La Sociedad Renacimiento (2011) conceptúa compostaje como:

O processo de reciclagem onde corre a degradação biológica, aeróbia ou anaeróbia, de resíduos orgânicos, que resulta na sua estabilização, produzindo uma substância única utilizável, em algumas circunstâncias, como condicionador do solo²⁹³.

En relación a este tipo de procedimiento, Machado²⁹⁴ (2002), también hace su crítica: “É importante regulamentar o processo para que haja a destruição de agentes patológicos e de parasitas, pois o adubo advindo desse método poderá contaminar alimentos a serem ingeridos crus.”

Es importante resaltar que la mayoría de los residuos domésticos son de origen orgánico y por lo tanto pasibles de compostaje, sería interesante que ese tipo de técnica fuese utilizada observándose la forma correcta de hacerlo de acuerdo con las normas técnicas.

7.3.5. RECICLAJE

²⁹³ RENASCIMENTO – Sociedade de recuperação e valorização de resíduos Ltda. Valorização. Disponível em: <<http://www.renascimento-residuo.pt/frames.htm>>. Acesso em: 13 de novembro de 2011.

²⁹⁴MACHADO, ob. cit., p. 468.

El reciclaje consiste en el reaprovechamiento de materiales principalmente los inertes a través del procesamiento en forma de recuperarlos para ser utilizados aún mismo como materia prima de un nuevo producto. Conforme Arruda²⁹⁵ (2005) “grande parte dos resíduos sólidos reciclados é inerte; não orgânico. Mas, os resíduos sólidos orgânicos também são recicláveis”.

Pereira Neto (2006) concuerda con este razonamiento afirmando que:

As conseqüências desta visão restrita sobre a reciclagem do lixo urbano no País são nítidas nas tomadas de decisões sobre os sistemas adotados nos Municípios e nos programas de reciclagem já instalados. Estes sistemas induzem a população urbana ao conceito errôneo de que somente os materiais ‘inertes’ são recicláveis²⁹⁶.

Teóricamente se habla mucho del reciclaje como una buena opción para el problema de la basura pero lo que se observa en la práctica es que los materiales que realmente interesan a las grandes empresas son aquellos que traen un retorno lucrativo.

Como ejemplo, podría ser citado el caso de los Estados Unidos, donde el alza de los combustibles convencionales aliada a la dificultad de

²⁹⁵ARRUDA, Paulo Tonani Matteis. *Responsabilidade civil decorrente da poluição por resíduos sólidos domésticos*. São Paulo: Método, 2005.

²⁹⁶ PEREIRA NETO, J.I. Um sistema integrado de coleta, reciclagem, tratamento e destinação de resíduos sólidos urbanos. São Paulo: CEMPER, 2006. P. 06.

encontrarlos hicieron que los residuos sólidos fuesen vistos en forma diferente, hoy son utilizados como una buena y rentable fuente de energía.

Varios programas existentes en Brasil ya estimulan a la población a reciclar sus materiales descartados, inclusive a aquellas personas más pobres que son acompañadas por programas de índole asistencial pero el número aún es muy pequeño si es comparado con la producción diaria de residuos en nuestro país.

7.3.6. RECOLECCIÓN SELECTIVA

La recolección selectiva consiste en un sistema en el cual se recoge en forma separada una parte de basura considerada apta para el reciclaje, se separa la basura inorgánica de la orgánica en los propios lugares donde la basura fue generada, como por ejemplo, en las residencias o en los establecimientos comerciales.

De acuerdo con Calderon (2003):

Adotando medidas integradas para se tratar o lixo, como reciclagem, compostagem e incineção, inclusive com possibilidades de geração de energia elétrica nos dois últimos casos, reduziram bastante os resíduos. Assim, apenas 10% do

lixo urbano não seria aproveitado e seria encaminhado para aterros²⁹⁷.

El objetivo de este estudio no es agotar ni definir las diferentes maneras de tratamiento y destino de estos materiales. Lo que se torna importante para esta observación es la verificación de las medidas posibles para el problema de la mala destinación de los residuos sólidos, al no ser observado en lo cotidiano causando lo numerosos problemas relacionados a la salud pública, problemas éstos que podrían ser fácilmente resueltos si fuesen observadas las formas correctas de destino así como las más adecuadas a cada tipo de situación.

7.4. RESIDUOS SÓLIDOS DOMÉSTICOS

El proceso de urbanización de Brasil siguió el modelo de los países del tercer mundo donde el crecimiento de las ciudades se desarrolló en forma desenfrenada con la migración de los habitantes que vinieron del campo a las ciudades no habiendo existido una preparación ni una estructura suficiente para que las personas absorbieran los problemas derivados la basura producida por ellos los cuales se tornaron cada vez más graves.

²⁹⁷ CALDERONI, Sebetai. *Os bilhões perdidos no lixo*. 4. ed. São Paulo: Humanitas/FFCH/USP, 2003. P. 24.

Los residuos domésticos son las masas de residuos producidos en forma continua y reiterada resultantes de las actividades humanas provenientes en su mayor parte de las residencias, producidos también por los establecimientos comerciales, oficinas y pequeñas empresas; no se incluyen los residuos provenientes de establecimientos de salud y de industrias. Conforme Pereira Neto²⁹⁸, la principal preocupación con los residuos producidos en las ciudades es el hecho de que en su mayoría estén húmedos y de que no exista una administración adecuada de este material generando uno de los grandes problemas ambientales de la actualidad.

En la visión de Zanta y Ferreira²⁹⁹ (2011), “resíduos domésticos são os resíduos domiciliares e, também, aqueles com características similares, como os comerciais e os resíduos da limpeza pública, normalmente, encaminhados para a disposição em aterros”.

De acuerdo con la revista Resol, 2003, “Resíduos sólidos domiciliares ou residenciais são aqueles gerados e coletados diretamente no domicílio e|ou residência”.

En general estos residuos domésticos son compuestos en su mayoría de materia orgánica que puede ser superior al 50% de todo el material, ésto no es taxativo, estos residuos sólidos domésticos también pueden contener algunos materiales tóxicos en su composición.

²⁹⁸ PEREIRA NETO, ob. cit., p. 130.

²⁹⁹ ZANTA, Viviana Maria e Ferreira, Cynthia Fantoni Alves. Gerenciamento Integrado de Resíduos sólidos Urbanos. Disponível em: <<http://www.ens.ufscbr/labs/Livro%20Prosab\cap01.doc>>. Acesso em; 23 set. 2011.

En cuanto a la generación de estos residuos, Lima (2005) afirma:

A geração de resíduos depende de fatores culturais, nível e hábito de consumo, renda e padrão de vida das populações, fatores climáticos e das características de sexo e idade dos grupos populacionais³⁰⁰.

Esta problemática en la generación aún no se ha completado en nuestra realidad, lo que se analiza en la práctica son los factores ligados a la minimización de estos residuos, el problema de la disposición final y de manejo. En otros países más desarrollados este tipo de observancia ya forma parte de sus políticas de saneamiento, como es el caso de Bélgica que adopta un programa de minimización y prevención en la generación de residuos sólidos atribuyendo la política de “contaminador-pagador”, Ya en las residencias domiciliarias los ciudadanos quedan obligados a separar sus residuos reciclables bajo pena de pago de una tasa creciente cada año.

En la realidad brasilera y argentina se nota que los aspectos analizados en cuanto a la solución sobre los residuos sólidos urbanos se presentan con predominancia en el final del ciclo de consumo luego del uso y descarte por el consumidor, se habla mucho de la disposición final lo que contribuye a la no participación y no concientización de la

³⁰⁰ LIMA, Luis Mário Queiroz. *Lixo tratamento e biorremediação*. São Paulo: Hermes, 2005. P. 170

población en cuanto a la importancia de cada uno, principalmente en lo atinente a la manera en que los residuos son generados y descartados.

La reaparición de enfermedades que en el pasado habían sido controladas o erradicadas como el dengue y la fiebre amarilla es justificada por el profesor Forattini³⁰¹ (2005), quien afirma que el saneamiento ambiental es el gran responsable, principalmente en cuanto a la proliferación de moscas como derivado del destino impropio de los residuos sólidos domésticos.

Hoy día a pesar de que la población brasilera y argentina aún forman parte del mundo subdesarrollado se preocupan, justamente, con movimientos ambientalistas como bien mayor y a través del esclarecimiento a toda la sociedad podrá exigir del poder público una forma de dirimir el problema de los Residuos Sólidos Urbanos.

CAPÍTULO 8 RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DAÑO AMBIENTAL CAUSADO POR RESIDUOS SÓLIDOS DOMÉSTICOS EN BRASIL Y ARGENTINA.

La contaminación comenzó desde el momento en que los hombres ya no sobrevivieron solamente en la actividad minera y pasaron

³⁰¹ FORATTINI, O.P. *A saúde públicano no século XX*. Revista saúde pública, 2005, p. 34.

a cultivar otras formas de alimentación basadas en la agricultura, se establecieron en determinados lugares durante más tiempo, con esto comenzó a existir acumulación de materiales ya utilizados y descartados así como otras formas de contaminación.

Por ser estos daños al medio ambiente, inicialmente, de pequeño monto ueron casi no notados. Sin embargo, posteriormente en el inicio de la industrialización la humanidad pasó a percibir que los recursos naturales eran finitos y que la población estaba contribuyendo a la desaparición de los mismos.

El fenómeno de la Revolución Industrial no fue acompañado por el saber que los recursos surgidos de la naturaleza eran inagotables y las personas se valían de todo lo que era necesario como materia-prima sin la debida preocupación en lo respectivo a la preservación y mantenimiento de estos recursos.

Lo que se puede notar al principio fueron las devastaciones perceptibles, por ejemplo, la disminución de los bosques. Aún, no se había atentado con las devoluciones al medio ambiente de los restos generados por la producción y por la utilización de los bienes ya consumidos y utilizados por los seres humanos.

8.1. CONTAMINACIÓN CAUSADA POR LOS RESIDUOS SÓLIDOS DOMÉSTICOS

En el ordenamiento brasileiro el tema contaminación fue inicialmente tratado por el Decreto nº 50.877/1961, conceptualizando contaminación de la siguiente forma:

Qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas das águas, que possam importar em prejuízo à saúde, à segurança e ao bem-estar das populações e ainda comprometer a sua utilização para fins agrícolas, industriais e comerciais, e principalmente a existência normal da fauna aquática.

Con el pasar del tiempo fue observada la importancia de ampliar el concepto supra verificado con el objetivo de no sólo abarcar las aguas sino todo bien ambiental fundamental para la sobrevivencia y el bienestar humano.

La Ley 123 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires³⁰², conceptúa como contaminación: “Presença no ambiente de qualquer agente físico, químico e biológico, de temperatura de uma concentração de vários agentes, em lugares, forma e concentrações tais que possam ser nocivos para a saúde, segurança ou bem-estar da população humana, prejudiciais para a vida animal ou vegetal, ou impeçam o uso e o gozo normal dos materiais, propriedades e lugares de recreação³⁰³”.

³⁰² ZEBALLOS DE SISTO, María C., “El Orden Ambiental. Las evoluciones de impacto ambiental en la ciudad de Buenos Aires, Ley 23”, Ugerman Editores, 1999.

³⁰³ Ley 123, Anexo, Evaluación de Impacto ambiental, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El artículo 3º de la Ley n. 6.938\81 en conjunto con el art. 225 de la Constitución de la República Federal de Brasil de 1988, que establece la Política Nacional de Medio Ambiente conceptúa la contaminación en su inciso III:

III – poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

- a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
- b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;
- c) afetem desfavoravelmente a biota;
- d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;
- e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.

Se tutela el bien mayor del ser humano que es la vida basada en la saludable calidad de vida y en el equilibrio de los factores supra relacionados en las líneas del referido artículo.

Es esclarecedora la lección de Silva (2011) en su obra, que:

São aquelas substâncias sólidas, líquidas, gasosas ou em qualquer estado da matéria que geram a poluição. Ou em sentido ainda mais abrangente: “poluente é todo fator de perturbação das condições ambientais, não importa a sua

natureza, viva ou não, química ou física, orgânica ou inorgânica”³⁰⁴.

De esta definición resulta que la contaminación constituye una modificación en las esferas ambientales, vivas o no, químicas, físicas, orgánicas e inorgánicas donde las sustancias en cualquier estado generan el cambio de las condiciones ambientales a peor.

Pompeu (1989) en su obra, afirma que:

No sentido mais amplo da expressão, a poluição pode ser entendida como qualquer modificação de características de um ambiente de modo torná-lo impróprio às formas de vida que ele normalmente abriga; num sentido mais restrito e prático, a definição de poluição deve incluir um elemento indicador de prejuízo sanitário, econômico ou simplesmente estético. A modificação do ambiente, para ser considerada poluição, deve afetar, de maneira nociva, direta ou indireta, a vida e o bem-estar humano³⁰⁵.

En modo general lo que debe ser considerado como contaminación es todo aquello que modifica en forma de perjudicar aún estéticamente el ambiente tornando al mismo en impropio para la vida saludable.

³⁰⁴ SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 4. ed. São Paulo; Malheiros, 2011. P. 32

³⁰⁵ POMPEU, Cid Tomarik. Regime Jurídico da política das águas públicas. CETESB, 1989. P. 43.

Todos los conceptos analizados supra, inclusive aquellos determinados por la ley abarcan en general las formas de contaminación sea de las aguas, del aire atmosférico, del sonido, del suelo entre otras. Tratando la contaminación, en síntesis como la modificación del ambiente natural o hasta del artificial perjudicando a la salud, al bienestar de las personas, la flora y la fauna.

En cuanto a la contaminación designada por residuos sólidos domésticos, foco de nuestro trabajo, se puede analizar que la preocupación con los despachos indebidos de los residuos sólidos no es reciente el art. 12 de la ley nº 2.312, del 03\01\1961, que fue reglamentada por el decreto nº 49.974 de 1961 determinaba que:

A coleta, o transporte e destino final do lixo deverão processar-se em condições que não tragam inconvenientes à saúde e ao bem estar público, nos termos da regulamentação a ser baixada.

Descargas de residuos sólidos domésticos a cielo abierto en forma libre o indebidamente en otros tipos de rellenos sanitarios o ambientes constituyen contaminación. Entre las formas de contaminación del medio ambiente causada por los residuos sólidos domésticos los depósitos a cielo abierto y los rellenos sanitarios son los más frecuentes ya que no tratan debidamente la suspensión producida causan daños principalmente de las aguas subterráneas y el suelo como también a los

alimentos que puedan ser irrigados con aguas contaminadas. La suspensión también puede atraer moscas y otros insectos o animales que pueden ser responsables de varias dolencias.

Otras formas de contaminación por residuos sólidos domésticos pueden ser las derivada de la falta de control de las plantas de compostaje o de la incineración que en este caso puede liberar en el acto del tratamiento toxinas perjudiciales a aire y a los alimentos. La falta de periodicidad en la recolección de la basura también puede constituir una forma de contaminación del medio ambiente pues la basura acumulada atrae animales, insectos y otros agentes causantes de enfermedades así como modificar el espacio causando así mismo contaminación visual.

8.2. FORMAS DE REPARACIÓN DEL DAÑO AMBIENTAL CAUSADO POR RESIDUOS SÓLIDOS DOMÉSTICOS

Las condenas de reparación por daños ambientales provocados por residuos sólidos domésticos se pueden dar como: obligación de no hacer, obligación de hacer y de pago de indemnización.

Conviene ratificar que las formas de reparación del daño ambiental obedecen a un orden jerárquico. Primeramente, se busca la recuperación del bien lesionado; posteriormente, en forma subsidiaria la indemnización pecuniaria en los casos en que la reparación no sea posible. Por lo tanto, la principal opción de la responsabilidad civil

ambiental no es la justa compensación monetaria de la víctima sino la preservación del daño ecológico y la reintegración de los bienes ambientales lesionados.

La obligación de no hacer se caracteriza por la abstención de la conducta que causó el daño ambiental como por ejemplo el cese de actividades que generen el lanzamiento de residuos sólidos domésticos en lugar inadecuado o prohibido o así mismo el cese de la disposición de determinados residuos en lugares no apropiados.

En cuanto a la obligación de hacer ésta implica que puede haber una determinación de posibles acciones que tengan en miras la reparación o recuperación del medio ambiente al status *que ante*, a través de medidas del tipo: retiro de residuos de determinado lugar, o aún, la demolición de obras realizadas sin la debida licencia ambiental como por ejemplo usinas de incineración que degraden el medio ambiente y que estén en situación irregular.

Es importante resaltar que la obligación de hacer puede consistir en obligación de dar educación ambiental a los agentes para que por ejemplo no exista reincidencia en la conducta lesiva al medio ambiente.

Vale aún resaltar que en ambas obligaciones tanto en la de hacer como en la de no hacer podrá ser determinado el pago de multa por el incumplimiento de la misma.

Si fueren realizadas las obras para por ejemplo la remoción de residuos sólidos urbanos indebidamente lanzados el pago de valor

pecuniario referente a indemnización debe contener los gastos referentes a las mismas.

La indemnización del daño al bien ambiental público debe ser destinada a fondos regulados por ley.

8.3. RESPONSABILIDAD CIVIL POR LOS DAÑOS CAUSADOS POR LA CONTAMINACIÓN POR RESIUIOS SÓLIDOS DOMÉSTICOS

Responsabilidad viene del latín *responsus*, del verbo *respondere*, que tiene el sentido de responder. De ahí que la responsabilidad deriva de la idea de cumplir una obligación de carácter transitorio establecida entre un acreedor y un deudor.

Venosa³⁰⁶ (2011) define que “o termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual uma pessoa, natural ou jurídica, deve arcar com as conseqüências de um ato, fato ou negócio danoso.”

En la definición de Diniz (2010):

Responsabilidade é a “aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiro, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa ou por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou da simples imposição legal³⁰⁷”.

³⁰⁶VENOSA. ob. cit., p. 01.

³⁰⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro – Responsabilidade civil*. 7 vol. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 34

De los conceptos supra elencados se verifica que la idea de responsabilidad está vinculada a un hecho perjudicial, a una lesión a un bien jurídico protegido.

En caso de los daños ambientales la responsabilidad civil se da en forma objetiva en la cual sólo es necesario que se demuestre el daño y el nexo causal decurrente de la conducta y actividad del agente independiente de la comprobación de culpa como corrobora el art. 14, § 1º de la Ley nº 6.938\81, instituyente de la Política Nacional de Medio Ambiente, *in verbis*:

Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente de existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao meio ambiente.

La gran preocupación en el campo ambiental es la reparación del daño, no se toma en consideración si la conducta fue culposa o dañosa así como si fue derivada de acto legal o ilegal bastando que ocurra el daño al medio ambiente. El agente será responsabilizado independiente

de error o fraude en su conducta basta la existencia de relación de causalidad entre la conducta que inclusive puede ser lícita y el daño.

Lo que se aprecia es el resultado de la debida conducta dañosa que torna perjudicial la vida humana, su hábitat cuando se considere que la lesión ocurrida generó una apropiación indebida de los derechos de todos a tener una vida saludable basada en aire puro, en agua limpia, etc.

La responsabilidad civil derivada de daño ambiental por la contaminación por residuos sólidos será siempre objetiva y extracontractual por tratarse de relación no establecida vía contrato.

Las características del acto con la presencia de culpa, dolo, error, fraude entre otras sólo pueden influir en el dosaje de la pena y en su aplicabilidad no eximiendo de responsabilidad al causante del daño que puede tener derecho de repetición.

8.3.1. TEORÍA DEL RIESGO INTEGRAL

La teoría del riesgo integral se caracteriza por ser innecesaria la comprobación de culpa pero es considerada extremista por algunos doctrinarios por no admitir causas excluyentes de la responsabilidad.

Cavaliere Hijo (2003), al comentar el artículo 14, § 1º de la Ley 6.938/81, resalta que:

O artigo 225 § 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, recepcionou o já citado art. 14 § 1º, da Lei

6.938\81, criando a responsabilidade objetiva baseada no risco integral, ou seja, na teoria segundo o qual não se admitem excludentes de responsabilidade. O autor aduz que “se fosse possível o caso fortuito ou a força maior como causas excludentes de responsabilidade civil por dano ecológico, ficaria fora da incidência da lei a maior parte dos casos da poluição ambiente”³⁰⁸.

A pesar de las divergencias doctrinarias se adopta la teoría supra citada en la cual, todo aquel que ocasionara un daño ambiental derivado de la acción u omisión que acarree contaminación por residuos sólidos urbanos debe ser responsabilizado civilmente en manera de resarcir todos los perjuicios causados independientemente de la culpa.

Las causas excluyentes de responsabilidad como caso fortuito o fuerza mayor, dolo de tercero, culpa de la víctima no excluyen la responsabilidad en estos casos, el argumento utilizado por aquellos que defienden esta teoría es que estas causas excluyentes no pueden ser superiores a los intereses de la colectividad, los derechos individuales no podrán sobrepasar a los derechos colectivos.

Es importante resaltar que no se debe confundir acción u omisión con comportamiento. Como por ejemplo si un particular deposita basura de su residencia en la vía pública debe ser responsabilizado por la debida conducta reprobable e ilegal, pero si por caso existiera la costumbre de

³⁰⁸ CARVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. P. 154.

arrojar basura doméstica en determinado lugar donde diariamente la recolección de estos residuos es hecha justamente para evitar la proliferación de la contaminación atendiendo las normas legales y la recolección no acontece por hechos ajenos al particular éste no será responsable por el hecho pues no existe manifestación de una acción comisiva u omisiva que desencadenase el daño derivado de la contaminación y sí un comportamiento ya realizado consuetudinariamente por todos los de la comunidad lo que no generaría responsabilidad.

De acuerdo con la teoría del riesgo integral lo que se busca es la responsabilidad total de aquellos que actuaren en forma ilegal y terminaren por causar daños a la colectividad, ésta defiende que de la misma forma en que existió apropiación del bien traído por la actividad dañosa el contaminador debe acarrear también con la carga del resarcimiento del perjuicio causado para aquellos que directa o indirectamente sufrieron el daño.

8.3.2. DEL AGENTE ACTIVO Y PASIVO

El sujeto pasivo de la acción es aquel que asumió el riesgo de la actividad determinada o aquel que responde por acto un tercero, empleado o agente.

En regla, los intereses ambientales tutelados son difusos, en este caso el área activa de una demanda por daños y perjuicios sería la

comunidad, pero puede haber aún intereses particulares o individuales a ser analizados en cada caso concreto. En el caso de los residuos sólidos urbanos en la mayoría de las veces la colectividad actúa como sujeto activo de las acciones, por ejemplo una comunidad que necesita agua de un depósito que ha sido contaminado por la eliminación de residuos en sus márgenes. Puede existir aún solidaridad pasiva donde dos o más personas responden concurrentemente por el daño, su reparación y prevención en términos ejemplificativos podría ser observado el caso de un distrito industrial si no fuera posible elencar individualmente a los responsables por daños ambientales allí causados, todos los que forman parte de los distritos responden solidariamente, teniendo así en miras reparar el interés público de resarcimiento total del perjuicio ambiental de la forma más rápida posible atendiendo siempre a los intereses de la colectividad. Si hubiera más de un responsable para el mismo daño con la responsabilidad sólo de uno de ellos dará lugar al derecho de repetición de éste contra los otros.

8.3.3. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PRIVADO

En cuanto a la responsabilidad de la persona jurídica de derecho privado el sujeto responderá en forma objetiva por los daños causados por residuos sólidos urbanos no haciendo distinción entre las personas

físicas de su propietario o de sus representantes la persona jurídica de derecho privado responde como proponente de sus empleados, así como por sus órganos. No es necesario que se demuestre la intención del establecimiento en violar la ley ni que ésta haya actuado con imprudencia o impericia. El simple hecho de generar el residuo y su destino inadecuado aunque sea realizado por terceros es hecho suficiente para generar el deber de reparar el daño.

8.3.4. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PÚBLICO

La responsabilidad jurídica de derecho público se encuadra en la teoría del riesgo integral ya mencionada anteriormente, independientemente de ser la conducta lícita o ilícita, comisiva o omisiva, en los términos del art. 37, § 6º de la Constitución de la República Federal de Brasil de 1988, pues es obligación del Estado la protección al medio ambiente y la adopción de medidas y políticas orientadas a cohibir el desarrollo desenfrenado basado en la degradación. El Estado, entonces, pasa a tener responsabilidades equiparadas a las de una persona común.

En este sentido, Stoco³⁰⁹ (2001), defiende que el presupuesto de la responsabilidad objetiva por parte del poder público resulta de la propia Constitución de la República Federal de Brasil de 1988, en el art. 37, § 6º,

³⁰⁹ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial - Doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2001, p.90.

así como del art. 21, XXIII, c, que preceptúa que “a responsabilidade civil por danos nucleares independe de culpa”, aplicándose así por analogía a los daños derivados de otras conductas como es el caso de los residuos sólidos urbanos.

Arruda (2005) corrobora con este entendimiento y refuerza su posicionamiento al afirmar que:

O tema da responsabilidade do Estado foi abordado na Confederação das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento, consagrando que os Estados têm o direito de explorar seus recursos, desde que não sejam causados danos a outros Estados, cooperando na erradicação da pobreza, sob pena de se negar vigência ao desenvolvimento sustentável [...] vale ressaltar que o princípio nº 10 que orienta os Estados a viabilizarem o acesso aos procedimentos administrativos e processos judiciais, inclusive, para indenização e ressarcimento de eventuais danos causados³¹⁰.

Esta responsabilidad civil por parte del poder público puede derivar de conducta comisiva, omisiva, lícita o ilícita si se encuadra en la teoría del riesgo referida anteriormente.

El Estado responde solidariamente por daños causados por terceros independientemente de la comprobación de culpa debido a su

³¹⁰ ARRUDA, Paulo Tonani Matteis. *Responsabilidade civil decorrente da poluição por resíduos sólidos domésticos*. São Paulo: Método, 2005, p. 93.

deber de prestar protección al medio ambiente a través de medidas y de control.

Otra corriente defendida es la de que el particular que obtiene licencia ambiental del Estado para actuar en forma lícita pero actúa fuera de los límites establecidos responde objetivamente en cuanto que el Estado responde subjetivamente pues existiría la necesidad de comprobación de que la falta de servicio de fiscalización de este particular contribuyó para el eventual daño.

Los que defienden la teoría subjetiva se alejan de que la responsabilidad sólo será objetiva si el Estado concediese licencia ilegal por mal desempeño del servicio público, sin embargo no es el posicionamiento dominante.

8.3.5. ACUMULACIÓN DE LAS SANCIONES DE NATURALEZA CIVIL, PENAL Y ADMINISTRATIVA.

Está permitida la acumulación de estas sanciones, visto que son de naturaleza diferente en las esferas administrativas y penales no es necesario el presupuesto del daño ambiental, basta que exista la conducta lesiva ilícita. Arruda, (2005) justifica con sapiencia esta afirmación:

A responsabilização na esfera civil independe das sanções de âmbito administrativo e penal, que poderão ser cumulativas ou

não, dependendo da conduta do agente poluidor. E tal se justifica no disposto no art. 225, § 3º da CF\88, [...] que utiliza a conjunção “e” para definir as modalidades de responsabilização a que está sujeito o poluidor³¹¹.

El hecho es que independientemente de la aplicación y comprobación de conductas ilegales, la sanción civil podrá producirse basada en la comprobación en el daño causado al medio ambiente.

8.3.6 IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS AMBIENTALES

Por tratarse de derechos tenidos como fundamentales se torna imprescriptible este tipo de reparación son derechos difusos que no poseen un titular determinado a no ser la colectividad, por no mencionar que el daño al medio ambiente se produce en su mayoría a largo plazo con la verificación de los resultados dañosos mucho después de su inicio lo que dificulta la determinación precisa de la fecha inicial del daño.

8.3.7. FORMAS DE REPARACIÓN DEL DAÑO AMBIENTAL

En lo referente a los bienes materiales ya fue analizado que éstos deben ser resarcidos en forma integral, se debe posibilitar la *restitutio in*

³¹¹ Ibidem, p. 102.

integrum debiendo aproximarse al máximo al *status quo ante* en el cual se encontraba la naturaleza anteriormente.

Sin embargo, en algunos casos no es posible este tipo de reparación visto que los daños resultan ser totalmente irreversibles, para estos casos las formas de condena pueden consistir en (i) obligación de incentivo a medidas de planeamiento de actividades relativas a la contaminación ambiental; (ii) incentivo a la educación ambiental en todos los niveles; (iii) incentivo fiscal para miembros de la industria que se comprometan con la planificación de la reducción de la contaminación y así mismo con la producción de residuos sólidos domésticos, entre otros.

Para los demás casos otras formas de responsabilidad civil son: (i) indemnización por daño causado por el acumulación de basura en lugar próximo a aguas subterráneas generando contaminación de las aguas; (ii) condena en virtud de no cumplir con la obligación de no disponer basura a cielo abierto; (iii) condena por la obligación de hacer, pudiendo consistir en la obligación de proveer educación ambiental a los agentes o así mismo en la adecuación de las condiciones de la basura ya depositada; conminación de pena de multa diaria en caso de que no sean cumplidas las obligaciones determinadas; entre otras.

8.4. EFICACIA DE LA RESPONSABILIDAD

Las dificultades para la demostración de los elementos de la responsabilidad en materia ambiental son innumerables.

El daño es de difícil comprobación aunque sea el derivado de una acción comisiva u omisiva pues la destinación irregular de los residuos sólidos urbanos domésticos en la mayoría de las veces perdura en el tiempo acumulando pequeños resultados que sólo con el pasar del tiempo acumulan un daño de mayor proporción y percepción.

Otra cuestión es que además de estas dificultades en la medición en forma inmediata de la proporción del daño el mismo resultado ocurre debido a reiteradas conductas de diversos agentes lo que dificulta la prueba de los elementos para establecer responsabilidad, sin mencionar que los daños también pueden ser anónimos como por ejemplo en los casos de disposición de basura en terrenos baldíos durante el período nocturno.

Un hecho importante a ser analizado es que todas las acciones provenientes de los seres humanos generan algún tipo de daño ambiental, por lo tanto se debe fijar un término medio entre las conductas realmente lesivas y censurables en términos de rendición de cuentas y las conductas de menor potencial lesivo. El hecho de que un particular deposite su basura en terrenos baldíos, por ejemplo, es un hecho reprobable y contrario a la ley pero si todas las conductas de este tipo fuesen analizadas por el poder público un número incontable de acciones

serían presentadas ante la ley abarrotando las dependencias judiciales de todo el país.

Se debe tomar en consideración qué es lo realmente punible a título de responsabilidad, como por ejemplo, la disposición de residuos sólidos urbanos a cielo abierto por los municipios lo que podrá causar grandes trastornos a toda la comunidad, este tipo de comportamiento debe ser atacado por todos los medios jurídicos posibles, la responsabilidad de los entes públicos ante este tipo de situación disminuiría significativamente los problemas ambientales y de salud pública relacionada a la basura. Mientras que la sociedad permanezca indiferente y no exija un pago por los daños sufridos el instituto de la responsabilidad civil no será eficaz.

CAPÍTULO 9 INSTRUMENTOS PROCESALES DE DEFENSA DEL MEDIO AMBIENTE

Ante el estudio sobre la responsabilidad civil por daños ambientales se hace imperioso el análisis de los medios procesales que pueden ser utilizados para tutelar el medio ambiente. Es importante para el ciudadano conocer cuales son los instrumentos que están a su disposición para defender ese bien esencial cuando se sufre una lesión por una persona física o jurídica. Es la solución encontrada para buscar la

responsabilidad del agente causante del daño y la reparación del bien ambiental cuando se lesionó haciéndolo retornar al *status quo ante*.

La defensa del medio ambiente en razón de la naturaleza del bien tutelado (bien difuso) conforme determina el art. 19 de la Ley de la Acción Civil Pública recibirá tratamiento directo y primario de las normas procesales previstas en la jurisdicción colectiva y solamente de forma secundaria deberán ser aplicados el Código de Proceso Civil y los demás instrumentos.

El medio ambiente cuenta con instrumentos de protección en el campo administrativo, en el ámbito penal y también en la esfera civil. Son numerosas las particularidades e incontables los aspectos y las controversias que surgen y gravitan en torno a los aludidos instrumentos existentes. A continuación serán tratados algunos instrumentos de tutela del medio ambiente.

9.1. ACCIÓN CIVIL PÚBLICA

El típico y más importante medio procesal de defensa del medio ambiente es la acción civil pública, que fue recepcionada por la Constitución en su art. 129, inciso III.

La Ley n°. 7.347, del 24 de julio de 1985, a su vez reglamentó la acción civil pública, apropiada en los casos de daños causados al medio ambiente, al consumidor de bienes de derechos de valor artístico,

estético, histórico, turístico y paisajístico, a cualquier otro interés o derecho difuso o colectivo, a la defensa del orden económico, así como el orden urbanístico estableciendo reglas procesales para ello.

El objetivo de la Acción Civil Pública consiste en dos formas de reparación del daño ambiental, siendo la primera por el regreso al estado anterior a la lesión, denominada reparación específica y la segunda por la indemnización pecuniaria que funciona como una forma de compensación ecológica. De esta forma podrá contemplar la formulación de un pedido alternativo, siempre que sea compatible y necesaria la obtención de la tutela pretendida.

En lo que concierne al interés colectivo *latu sensu* la protección del medio ambiente queda a cargo de uno de los legitimados mencionados en el art. 5°, de la Ley 7.347/85, que son el Ministerio Público, los entes públicos (Unión, Estado y Municipios), los entes autárquicos, empresas públicas, fundaciones, sociedades de economía mixta y las asociaciones civiles constituidas hace más de un año y que tengan en su estatuto la previsión de la tutela jurisdiccional del medio ambiente. También se tiene que considerar la legitimación extraordinaria conferida a los sindicatos por la CR/88 (art. 8°, III) siempre que esté presente el interés legítimo para proponer Acción Civil Pública referente a las cuestiones del medio ambiente del trabajo, defensa de los sindicalizados en cuanto consumidores y otras hipótesis de interés de categoría.

En lo que dice respecto a la legitimación pasiva cualquier persona que haya practicado el evento dañino podrá figurar en la acción, sea la persona física o jurídica, de derecho público o privado puesto que la ley no restringe su amplitud.

Tratándose de acción civil pública es perfectamente aceptable la realización de la investigación civil que es una atribución exclusiva del Ministerio Público. Tiene como finalidad la recolección de material de apoyo para el enjuiciamiento de la acción civil pública, averiguando la existencia de circunstancias que den lugar a la aplicación de la Ley n°. 6.938/81, con el fin de dar formato a la convicción de quien promueve la acción y evitar el ejercicio de la acción imprudente. No posee carácter obligatorio.

Para el Ministerio Público existe obligatoriedad moderada con la conveniencia y oportunidad en el ejercicio de la acción civil. Para los demás colegitimados el ejercicio de la acción es facultativa.

9.2. ACCION POPULAR AMBIENTAL

La acción publica es uno de los remedios constitucionales más antiguos y a pesar de marchas y contramarchas de la historia se puede decir que fue pionera en la defensa de los intereses colectivos *latu sensus* es característica de los regímenes democráticos y existe desde el derecho romano.

Fue prevista por primera vez en el ordenamiento jurídico patrio con la Constitución Imperial de 1824 en su art. 157 anteriormente citado.

Pero fue recién con la Constitución Federal de 1988, art. 5º, inciso LXXIII, que hubo previsión expresa para la utilización de la acción popular en la defensa del medio ambiente:

Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada, má fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Tiene como objeto la protección del medio ambiente en cuanto a los actos nocivos practicados contra él sea por una persona física o jurídica de derecho público o privado.

El sujeto activo como afirma la Constitución es cualquier ciudadano independientemente de que sea elector o no. El ciudadano propone la acción sin fundamentarse en tener interés por ser elector o no. El ciudadano propone la acción sin fundamentarse en un interés individual sino en el interés público. No hay así coincidencia entre el titular del bien lesionado y el sujeto de la acción.

En cuanto al sujeto pasivo este será cualquier persona responsable por el acto nocivo al medio ambiente de acuerdo con el

concepto de contaminador establecido por la Política Nacional del Medio Ambiente (Ley n. 6.938/85).

Es importante señalar que estando el acto consumado aunque las consecuencias nocivas al medio ambiente este siendo producidas no habrá lugar a la acción popular ya que la acción civil pública pretende atacar el acto y no a sus consecuencias, a pesar de que haya posicionamientos en contra afirmando que la acción popular posee una doble naturaleza jurídica, deshaciendo el acto nocivo y condenando al demandado al pago de perdidas y daños.

9.3. INTERDICTO COLECTIVO

El derecho legal lesionado por el acto ilegal o abusivo de autoridad pública o agente de persona jurídica encuentra protección en el mandato de seguridad previsto en el art. 5º, inciso LXIX de la Constitución Federal:

Art. 5º [...]

[...]

LXIX – Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

LXX – o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

Partido político com representação no Congresso Nacional; organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Cabe destacar que ese instituto no sirve solo para la tutela de los intereses colectivos sino que también de aquella categoría de intereses posicionados en relación a la calidad de vida a la que se le da el nombre de difusos y entre los cuales el medio ambiente es uno de los ejemplos más expresivos.

De esa forma es posible extraer quienes son los legitimados activos y pasivos del mandato de seguridad colectivo ambiental. Así pueden figurar en el polo activo partidos políticos con representación en el Congreso Nacional, organizaciones sindicales, entidades de clase o asociaciones legalmente constituidas y funcionando hace por lo menos un año. Sin embargo muchos doctrinarios defienden la tesis de que ese rol no es taxativo y más allá de los elencados en el art. 5º, inciso LXX, pueden figurar otros sujetos como por ejemplo el Ministerio Público.

En el polo pasivo del *mandamus* surge una acentuada restricción a su utilización en la tutela del medio ambiente, pues el concepto de contaminador que es presentado por la Ley nº. 6.938/81 es mucho más amplio que aquel que puede ser encontrado en la norma constitucional de modo que esa disonancia acaba por tornarlo un instrumento de diminuta

operatividad en cuanto a la defensa de bienes y valores ambientales. Más allá de eso la existencia de la prueba pré-constituída de la liquidez y certidumbre del hecho que se afirma puede hacer inviable la utilización del *mandamus* en la medida en que con poca frecuencia se exigirá prueba pericial para la efectiva demostración del daño ambiental.

9.4. ACCIÓN DIRECTA DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY O DEL ACTO NORMATIVO

El objetivo de la Acción Civil Pública es la defensa de uno de los derechos tutelados por la Constitución Federal por el Código de Defensa del Consumidor y por la Ley de la Acción Civil Pública, pudiendo tener como fundamento la inconstitucionalidad de ley o acto normativo. La Acción Directa de Inconstitucionalidad de Ley o Acto Normativo tiene como objetivo en el decir de Nelson Nery Júnior (2003):

[...] a declaração, em abstrato, da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, com a conseqüente retirada da lei declarada inconstitucional do mundo jurídico por intermédio da eficácia *erga omnes* da coisa julgada³¹².

La Constitución Federal cuidando de ese remedio jurídico posibilitó su regulación por los Estados-miembros creando la acción

³¹² NERY JUNHOR, Nelson. Código de Processo Civil Comentado: e legislação extravagante. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003 p. 1309.

directa de inconstitucionalidad de leyes o actos normativos estatales y/o municipales frente a las constituciones estatales.

Para proponer la acción están legitimados el Ministerio Público, la OAB, las entidades sindicales y de clase (art. 102, I, línea “a” y art. 103 y 125, párrafo 2º, Constitución Federal).

De la misma forma que las demás acciones figura en el polo pasivo todo aquel que causó un daño al medio ambiente, o sea, el contaminador.

9.5. INTERDICTO DE MANDATO AMBIENTAL

Es el instrumento capaz de tutelar el medio ambiente en la medida en que el derecho ambiental tenga como objeto una vida de calidad. Hablar de vida de calidad es buscar el tornar efectivos los preceptos de los artículos 5º y 6º de la Constitución y estos son indiscutiblemente objeto del recurso de interdicto, por cuanto ostentan la naturaleza de derechos constitucionales.

En los términos de la Constitución Federal art. 5º, inciso LXXI, tenemos:

[...] conceder-se-á mandado de injunção sempre que falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à personalidade, à soberania e à cidadania.

Es un instituto que está a disposición de cualquier persona sea ella física o jurídica, nacional o extranjera, titular de un derecho, de una libertad o de una prerrogativa constante expresada en la Constitución y que venga a probar que ese derecho, libertad o prerrogativa no pueden ser tutelados por falta de normas reglamentarias.

Es preciso aclarar que aunque no se niegue su importancia ese remedio constitucional aún es muy poco utilizado para la defensa del medio ambiente en los días actuales.

CONCLUSIÓN

La constitucionalización del derecho al medio ambiente en Brasil y en la Argentina y en gran parte de los demás países del mundo es el fenómeno que traduce la importancia que la tutela jurídica del medio ambiente adquiere en el sentido de que es condición para la supervivencia de las presentes y futuras generaciones. El concepto del medio ambiente es globalizante, o sea es un macrobien, pues abarca el conjunto de todos los factores involucrados para una calidad de vida saludable, limitándose no solamente al medio natural.

Una de las materias más importantes en el campo del Derecho Ambiental es la responsabilización por daños causados a los recursos ambientales debido a su relevancia imperante en el ordenamiento patrio que elevó como derecho fundamental el medio ambiente ecológicamente equilibrado.

Un hecho alarmante verificado en los últimos años es la cuestión de la contaminación causada por los residuos sólidos urbanos. Hasta hace poco tiempo atrás el asunto no era foco de discusiones tampoco era considerado importante principalmente en comparación a otros problemas ambientales de repercusión mayor.

En la realidad la contaminación por residuos sólidos domésticos atenta contra el desarrollo sustentable, comprometiendo recursos naturales vitales al ser humano y a la naturaleza como un todo.

Las personas, los entes públicos, las empresas, todos depositan sus residuos en la naturaleza sin cuidado o preocupación alguna, un hecho que podría ser aceptado hasta el siglo pasado pero que hoy es Inadmisible, la eliminación de residuos no puede tornarse un obstáculo al desarrollo humano.

Actualmente la sociedad tomo conciencia del problema debido al crecimiento de la concientización ambiental, pero para la minimización de esos efectos contaminantes y degradantes no es posible impedir la producción de residuos sólidos domésticos bajo pena de paralización del crecimiento económico y la propia supervivencia humana. Por ello se busca un equilibrio entre medio ambiente y producción, no se admite que el contaminador que excede esos límites salga intacto de sus acciones.

El objetivo de esta investigación está en el campo del Derecho Ambiental y del Derecho Civil. La responsabilidad civil se da de la forma en que deben ser reparados o compensados los daños causados a los demás que sufrieron con el daño ambiental o ecológico algún tipo de perjuicio. Ese daño puede ser incluso moral, difícil de evaluar, pero plenamente posible para aquel que se siente lesionado en su calidad de vida, salud y bienestar.

Según la utilización de los recursos la investigación es pura. Según el abordaje la investigación es cualitativa y según los objetivos la investigación es exploratoria y descriptiva.

Objetivo general:

Analizar la responsabilidad civil por daño causado al medio ambiente frente a la contaminación de los residuos sólidos doméstico en Brasil y en la Argentina;

Objetivos específicos:

Identificar cual es la importancia de la responsabilidad Civil por daño causado al medio ambiente frente a la contaminación de los residuos sólidos domésticos en Brasil y en la Argentina;

Analizar si es posible responsabilizar civilmente a aquellos que destinan y disponen los residuos sólidos domésticos de forma inadecuada al medio ambiente comprometiendo el desarrollo sustentable y la calidad de vida humana;

Verificar si hay posibilidad de responsabilidad civil derivada de la mala destinación de los residuos sólidos domésticos y si hubiera un aspecto positivo como se daría ese proceso.

Los objetivos fueron alcanzados en virtud de preceptos legislativos que fueron utilizados para el mantenimiento del bien mayor de toda la humanidad: la vida saludable basada en la calidad de vida en equilibrio con la naturaleza.

Se constató que la responsabilidad civil de los daños ambientales es extracontractual y está firmado bajo la óptica de la teoría del riesgo integral que no admite excluyentes, convirtiendo a todo aquel que lesionó un bien ambiental incluso de forma culposa responsable por los daños causados.

Al adoptarse la teoría del riesgo integral se tiene en foco el total resarcimiento de forma realmente eficaz del daño causado al medio ambiente y siendo que se considera un derecho fundamental tiene prevalencia sobre otros institutos, como por ejemplo, el derecho de propiedad.

Se constató que en toda y cualquier actividad perjudicial al medio ambiente derivada de mala disposición y de la mala administración de esos residuos da lugar a la responsabilidad civil, ya que es posible la señalización del responsable por la conducta humana.

Una vez que la actividad contaminante sea lícita existe la posibilidad de responsabilidad como por ejemplo en el caso de las usinas de incineración o rellenos sanitarios que estuvieran funcionando de acuerdo con las normas establecidas pero pueden no ser suficientes para evitar daños al medio ambiente.

La responsabilidad civil está determinada por la reparabilidad del daño causado por conducta comisiva u omisiva contraria al derecho.

No se hace distinción entre las personas jurídicas o físicas, de derecho público o privado, interponiéndose así mismo a los órganos

estatales la responsabilización derivada de los residuos sólidos domésticos especialmente en los casos en que fuera probada algún tipo de negligencia en el deber de fiscalizar e incluso de disponer formas correctas de distinción de esos residuos asegurando los intereses de toda una sociedad.

Otro factor importante es que el daño a ser resarcido debe ser el daño cierto y actual, no se puede prever la responsabilidad por daños causados por residuos sólidos domésticos que sean hipotéticos, no puede ser punido un daño futuro, que no debe ser confundido con daño presumido. El daño presumido se trata de un daño de difícil reparación y valoración y a pesar de la gran posibilidad de certeza en cuanto a esos daños futuros existen muchas divergencias en ese sentido, por eso la atención mayormente apunta incluso a los daños crónicos, con los efectos futuros totalmente dimensionados, no se aplica la sanción de responsabilidad civil, lo que se puede hacer es condenar al agente al pago de una indemnización por la parcela pasada es la obligación de no hacer, prohibiendo la actividad para el futuro.

La Constitución de la República Federal de Brasil de 1988 combinada con la ley 6.938\81 (Ley de Políticas Nacionales del Medio Ambiente) es clara en afirmar que cuando se trata del daño ambiental la responsabilidad es objetiva debiendo el causante de la lesión repararla independientemente de la constatación del elemento propulsor de la conducta (culpa).

Se torna indiscutible la naturaleza objetiva de la responsabilidad civil imputada al causante de un daño ambiental por la disposición de residuos sólidos domésticos, puede haber aún la imputación combinada de la sanción de sello administrativo, penal y civil.

En lo referente a la responsabilidad civil del Estado es pacífico el entendimiento de que este proviene de conductas comisivas u omisivas que causen daños a terceros incluyéndose en este contexto el daño ecológico. Por ello esa responsabilidad trae a su paso reglas peculiares analizadas a lo largo de la investigación las cuales hablan de la controversia existente en el análisis de la idoneidad de las excluyentes de la responsabilidad tratándose del Estado como agente causante de esa especie de daño, toda vez que la doctrina se divide en cuanto a la aplicabilidad en virtud de la existencia de dos teorías muy divergentes, que provoca esa división doctrinaria. Tales teorías se presentan bajo la denominación de teoría del riesgo integral y teoría del riesgo creado cuya divergencia es sobre la aplicabilidad de una u otra en el ámbito de la responsabilidad civil del Estado en virtud de un daño causado al medio ambiente.

Vale señalar que los bienes ambientales al poseer la naturaleza de derechos fundamentales generan un derecho imprescriptible.

Es importante el análisis del estudio de la responsabilidad con efecto en los daños causados por la mala disposición de los residuos sólidos domésticos, evaluación de la teoría del riesgo integral y de los

medios de reparación de los daños causados por ellos por los simples hechos de que la sociedad precisa de un aparato jurisdiccional en defensa de sus intereses difusos, sobretodo porque tales acciones evitarán desvíos en la recolección y disposición de los residuos sólidos y en consecuencia a los perjuicios al medio ambiente y a la calidad de vida saludable.

REFERENCIAS

Agenda 21. Estado de São Paulo. Secretaria de Meio Ambiente. Agenda 21 Global. Acesso em: 14 de setembro de 2011. Disponível em: <http://www.ambiente.sp.gov.br/agenda21/apresentação.htm>.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALTVATER, Elmar. Existe um marxismo ecológico? In: BORON, Atílio A. AMADEU, Javier; GONZÁLEZ, Sabrina (orgs.). *A teoria marxista hoje: problemas e perspectivas*. Tradução de Rodrigo Rodrigues. São Paulo: Clacso, Expressão Popular, 2007.

ALVES, Alaôr Caffé *Lógica: pensamento formal e argumentação*. 4. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. *O Princípio do poluidor-pagador: Pedra angular na política comunitária do ambiente*. Coimbra: Coimbra, 2007.

ARGENTINA, Constitución Nacional de la República Argentina. DF, Senado, 1988.

ARRUDA, Paulo Tonani Matteis. *Responsabilidade civil decorrente da poluição por resíduos sólidos domésticos*. São Paulo: Método, 2005.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. ed. São Paulo: LTr, 2007.

BARROS, Susana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília jurídica, 1996.

BARROS, Wellington Pacheco. *Curso de direito ambiental*. 2, ed. São Paulo: Atlas, 2008.

BATTESINI, Eugênio. Da teoria econômica à prática jurídica: origem, desenvolvimento e perspectivas dos instrumentos tributários de política ambiental. *Caderno do Programa de Pos-Graduação em Direito -*

PPGDir.\UFRGS. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, v. III, n. VI
p. 125-142, maio 2005.

BELCHIOR, Germana Parente Neiva; MATIAS, João Luis Nogueira. A
função ambiental da propriedade. XVII Congresso Nacional do Compedi,
2008, Brasília. *Anais do XVII Congresso Nacional do Compedi – Brasília*.
Florianópolis: Fundação José Artur Boiteux, 2008.

BENJAMIN, Antonio Herman. Constitucionalização do ambiente e
ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim
Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). *Direito constitucional
ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. A natureza no direito brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso. In:
CARLIN, Volnei Ivo (org.). *Grandes temas de direito administrativo:
homenagem ao professor Paulo Henrique Blasi*. Campinas: Millennium,
2009.

BESALÚ PARKINSON, Aurora. “*Responsabilidad civil por daño ambiental*”.
1ª. ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional
argentino*, ed. Editar, Buenos Aires, 1995, t. VI.

BOFF, Leonardo. *Saber cuidar: ética do homem – compaixão pela terra*. Petrópolis: Vozes, 1999.

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

BRASIL, Código Civil, Lei Federal nº 10.406, de janeiro de 2002. Disponível em: >http://WWW.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4771.htm>. Acesso em: 21 de setembro de 2011.

_____. CONAMA, Resolução nº 5 de 05 de agosto de 1993, Disponível em: <http://WWW.ambientepleno.com.br/indexsearch.php?PIId=160795>. Acesso em 23/10/2011.

_____. Constituição Político do Império do Brasil de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição24.htm>. Acesso em: 10/09/2011.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891. Disponível em: http://WWW.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição91.htm>. Acesso em: 10 de novembro de 2011.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição34.htm. Acesso em: 10 de novembro de 2011.

_____. Constituição do Brasil de 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição37.htm. Acesso em: 10/09/2011.

_____. Constituição do Brasil de 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição46.htm. Acesso em: 10 de novembro de 2011.

_____. Constituição da República Federal do Brasil de 1967. Disp. em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição67.htm. Acesso em: 10 de novembro de 2011.

_____. Constituição da República Federal do Brasil de 1988. Disp. em: http://WWW.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição88.htm. Acesso em: 10 de novembro de 2011.

_____. Decreto Federal nº 24.645, 10 de janeiro de 1934. Estabelece medidas de proteção aos animais. Disponível em:

HTTTP\www.planalto.gov.br|ccivil_03|decreto|1930-1949|D24645.htm.

Acesso em: 10 de novembro de 2011.

Decreto Federal nº 49.974_A|61 de 21 de janeiro de 1961. Regulamenta, sob a denominação de Código Nacional de Saúde. A Lei nº 2.312, de 3 de setembro de 1954, de Normas Gerais sobre defesa e Proteção da Saúde. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/legislação/ListaTextoIntegral.action?id=160292>. Acesso em 10|10|2011.

_____. Decreto Federal nº 50.877 de 29 de junho de 1961. Dispõe sobre o lançamento de resíduos tóxicos ou oleosos nas águas interiores ou litorâneas do País e dá outras providências. Disponível em: <http://www.lei.adv.br|50877-6htm>. Acesso em 29\10|2011.

_____. Estatuto da Terra. Lei Federal n. 4.504, de 30 de novembro de 1964. Disponível em: <http\\www.Planalto.gov.br\CCIVIL\LEIS|L450.htm>. Acesso em: 13|08|20011.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 7. ed. São Paulo: Saraiva: 2007.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Responsabilidad civil por daño ambiental*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, LL, 1994-C-1056.

_____. *Derecho ambiental*, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1995.

CAMPOS JUNIOR, Raimundo Alves de. *O conflito entre o direito de propriedade e o meio ambiente*. Curitiba: Juruá, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Protecção do ambiente e direito de propriedade: crítica de jurisprudência ambiental*. Coimbra: Coimbra, 1995.

_____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARDERONI, Sebatai. *Os bilhões perdidos no lixo*. 4. ed. São Paulo: HUMANITAS\FFCH\USP, 2003.

CARLESSO, Luciano Arlin. Direito humano a um meio ambiente de trabalho ecologicamente equilibrado: um direito de todos os seres humanos trabalhadores. *Revista LTr*, v. 72, n. 2, p. 209-219, fev. 2008.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de; CASTILHO, Manoel Lauro V. de. A diversidade cultural no conceito constitucional de meio ambiente. In: CARLIN, Volnei Ivo (org.) *Grandes Temas de direito administrativo: homenagem ao Professor Paulo Henrique Blasi*. Campinas: Millenium, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 4. Ed. São Paulo; Malheiros, 2003.

CLÉVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais, *Revista de direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 54, p. 28-39, jan.\mar., 2006.

COASE, Ronald. *The firme, the market and the Law*. Chicago: University of Chicago Press, 1988.

COSTA, Melinda de Oliveira Gonsalves Fernández. A ação popular como instrumento de defesa do meio ambiente e exercício da cidadania ambiental. *Direito Público*. Porto Alegre, v. 4, n. 15, 2005.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Colisão entre princípios constitucionais. *Razoabilidade proporcionalidade e argumentação jurídica*. Curitiba: Juruá, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade civil*. 7. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos Fundamentais e proteção do meio ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito*. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. Tradução de Carlos Coccioli: São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRARA, Rosario; FRACCHIA, Fabrizio; RAZON, Nino Olivetti. *Diritto dell'ambiente*. 3. ed. Roma: Laterza, 2002.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio, *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FIGUEIREDO, Paulo Jorge Moraes. *Os resíduos sólidos e sua significação frente ao impasse ambiental e energético da atualidade*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 201.

FORATTINI, O.P. A saúde pública do século XX. *Revista Saúde Pública*, 34, 2005. Acesso em: 23 de agosto de 2011. Disponível em: http://www.scielo.hpdwscript=sci_serial&pid=0034-8910&ing=en&nrm=iso.

GARCIA, Emerson. O direito à educação a sua perspectiva de efetividade. In: GARCIA, Emerson (coord.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro; Lúmen Juris, p. 149-198, 2004.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. *Direito fundamental ao meio ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 22.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: RT, 1990.

GRIGARAVICIUS, Maria Delia Pereiro de. *Dano Ambiental en el Medio Ambiente Urbano: Um Nuevo Fenómeno Económico en el Siglo XXI*. La Ley, Buenos Aires, 2001.

GUERRA, Sérgio. *Controle judicial dos atos regulatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003.

GULLETT, Warwick. The precautionary principle in Australia: policy, law & potencial precautionary EIAs, *Risk: health, safety & environment*, v. 11, p. 93-124, 2000.

HÄBERLE, Peter. *La libertad fundamental en el estado constitucional*. Tradução de Carlos Ramos. San Miguel: Pontificia Universidad Católica del Peru, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *La ética del discurso y la cuestión de la verdad*. Tradução de Ramón Vilà Vernis. Buenos Aires: Paidós, 2006.

JORDANO FRAGA, Jesús, *La reponsabilidad de la administración com ocasión de los daños al médio ambiente*, en “Revista de Derecho Urbanístico”, nº 119, 1990.

KRÄMER, Ludwing. *Manuale di diritto comunitário per l' ambiente*. Milano: Giuffrè, 2002.

KRELL, Adreas J. *Discricionalidade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais - um estudo comparativo*. Porto Alegre; Livraria do Advogado, 2004.

_____. *Desenvolvimento sustentável às avessas nas praias de Maceió\AL: a liberação de espigões pelo novo Código de Urbanismo e Edificações Maceió: EDUFAL, 2008.*

LAMY, Marcelo. Conceitos indeterminados: limites jurídicos de densificação e controle. *Revista Internacional d' Humanitats*, v. 11, p. 43-

58. CEMOrOCFeusp \ Núcleo de Humanidades ESDS \ Univ Autónoma de Barcelona, 2007.

LEUZINGER, Márcia Dieguez; CUREAU, Sandra. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Maria Leonor Paes Cavalcanti Ferreira. As novas funções do direito administrativo em face do Estado de Direito Ambiental. In CARLIN, Volnei Ivo (org.) *Grandes temas de direito administrativo: homenagem ao Professor Henrique Blasi*. Campinas: Millenium, 2009.

LENZA, Pedro. *Curso de direito constitucional esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

LIMA, Luis Mario Queiroz. Lixo tratamento e biorremediação. São Paulo; Hemus, 2005.

_____. *Fundamentos constitucionais do processo: sob a perspectiva de eficácia dos direitos e garantias fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2002.

Lima, Francisco Gérson Marques de. *Fundamentos constitucionais do processo: sob a perspectiva de eficácia dos direitos e garantias fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2002.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Derecho Ambiental y Daño*. 1. ed. Buenos Aires: La Ley, 2009.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MAGALHÃES, Juraci Perez. *A evolução no direito ambiental no Brasil*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

MANCUSO, Rodolfo e Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores (Lei 7.347\85 e legislação complementar)*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MATIAS, João Luis Nogueira; BELQUIOR, Germana Parente Neiva. Direito, economia e meio ambiente: a função promocional da origem jurídica e o incentivo a condutas ambientalmente desejadas. *Revista Nomos*, Fortaleza, v. 27, p. 155-176, jul.\dez., 2007.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *Meio Ambiente. Direito e dever fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16. ed. São Paulo: RT, 2001.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Fundamentos de direito ambiental no Brasil. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 7, p. 170-179, 1994.

MIRANDA, Jorge, *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco*. Doutrina, jurisprudência, glossário, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco*. Doutrina, jurisprudência, glossário, 5. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007.

MOLINARO, Carlos Alberto. *Direito ambiental: proibição de retrocesso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MORAIS, Luís Carlos Siva de. *Curso de direito ambiental*. 2. ed. São Paulo. *Atlas*, 2006.

MOTA, Marcel. *Pós-positivismo e restrições de direitos fundamentais*. Fortaleza: Omni, 2006.

NATALE, Alberto A. *Protección del Medio Ambiente en la Reforma Constitucional*, La Ley, 1994-E, 1385 Sección Doctrina.

NEUFRAY, Jean-François. *Droit de l'environnement*. Bruxelles, Bruylant, 2001.

NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. O Estado Ambiental de Direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, p. 295-307, a. 41. N. 163, jul.\ set. 2004.

PERRINI, Raquel Fernandes. A ação popular como instrumento de defesa ambiental. *Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo, p. 183-207, n. 11, abr.\jun., 1995.

PEREIRA NETO, J.I. Um Sistema interal de coleta, reciclagem e tratamento e destinação de resíduos sólidos urbanos. São Paulo: CEMPRE, 2006.

PIGRETTI, Eduardo A. *La responsabilidad por daño ambiental*, Centro de publicaciones Jurídicas y Sociales, Buenos Aires, 1981.

PIMENTA, Eduardo Salles. O ambiente e a legislação brasileira. In: ARAÚJO, Gisele Ferreira de (org.). *Direito ambiental*: São Paulo; Atlas, 2008.

POMPEU, Cid Tomarik. Regime jurídico da polícia das águas públicas. CTESB, 1989.

POVINELLI, J. BIDONE; F.R.A. Conceitos Básicos de Resíduos Sólidos. São Carlos: EESC\USP, 2005.

PRIEUR, Michel. *“Droit de l’environnement”*. Editorial Darloz, Paris, 1991.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Instituições de direito ambiental*. São Paulo: Max Limoad, 2002.

_____. Marcelo Abelha. *Elementos de direito ambiental: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: parte geral*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RENASCIMENTO – Sociedade de recuperação e valorização de resíduos Ltda. Valorização. Acesso em: 13/11/2011. Disponível em: <<http://www.renascimento-residuos.pt/frames.htm>>.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Constituição e meio ambiente na perspectiva do direito constitucional comparado*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite, WOLD, Chris, NARDY, Afrânio. *Princípio de direito constitucional comparado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SANT'ANNA, Mariana Senna. *Planejamento urbano e qualidade de vida: da Constituição Federal ao plano diretor*. In: DALLARI, Adilson Abreu; DI SARNO, Daniela Campos Libório (coord.). *Direito urbanístico e ambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SANTOS, Fernando. *A efetividade dos direitos fundamentais sociais e controle das políticas públicas à luz da teoria dos princípios*. *Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 44, n. 175, p. 219-230, jul/set. 2007*.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SEARA FILHO, Germano. Apontamento de introdução à educação ambiental. Ambiente. *Revista Cetesb e tecnologia*, São Paulo, n. 1, [s\d].

SÉGUIN, Elida. *O direito ambiental: nossa casa planetária*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SICHES, Luis Recaséns. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. 2. ed. México: Porrúa, 1973.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Proteção internacional do meio ambiente*. São Paulo: Manole, 2003.

_____. Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades. São Paulo: Atlas, 2001.

STIGLITZ, Gabriel A. *Responsabilidad civil por contaminación del medio ambiente*, LL, A-78, La Rocca, Buenos Aires, 1983.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial - Doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2001.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

VILLANUEVA, Claudia. Derecho de acceso a la información ambiental, antecedentes internacionales y legislación nacional. In: DEVIA, Leila (coord.). *Nuevo rumbo ambiental*. Buenos Aires, Madrid: Ciudad de Argentina, 2008.

Villey, Michel. "Esbozo hitórico sobre la palabra responsable", en En torno al contrato, la propiedad y la obligación, Ghersi-Carozo, Buenos Aires, 1980.

ZANTA, Viviana Maria e Ferreira, Synthia Fantoni Alves. Gerenciamento Integrado de Resíduos sólidos Urbanos. Acesso em: 22\09\2011. Disponível em: <<http://www.ens.ufsc.br/labs/livro%20Prosab/cap01.doc>>.

ZEBALLOS DE SISTO, Maria C., *“El Orden Ambiental. Las de impacto ambiental en la ciudad de Buenos Aires, Ley 23”*, Lei 123, anexo, Ugerman, Editores, 1999.

WAINER, Ann Helen. *Legislação ambiental brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.