



Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul

Administração e Expediente: Rua Celeste Gobbato, nº 229, 3º andar

Dep. Revista da AJURIS – Porto Alegre – RS

Fones: (51) 3284.9003

Endereço Eletrônico: sandra@ajuris.org.br

PRESIDENTE DA ASSOCIAÇÃO

Pio Giovanni Dresch

VICE-PRESIDENTE CULTURAL

Maria Lúcia Boutros Buchain Zoch Rodrigues

DIRETOR DA REVISTA

Ingo Wolfgang Sarlet

FUNDADOR

Lenine Nequete

COMPOSIÇÃO DOS CONSELHOS

Conselho Diretivo

- ✓ *Maria Lúcia Boutros Buchain Zoch Rodrigues*
- ✓ *Ingo Wolfgang Sarlet*
- ✓ *Eugênio Facchini Neto*
- ✓ *Alberto Delgado Neto*
- ✓ *Ruy Rosado de Aguiar Júnior*

Conselho Consultivo

Ex-Diretores da Revista da AJURIS

- ✓ *Athos Gusmão Carneiro, Moacir Adiers, Antonio Janyr Dall'Agnol Júnior, Arnaldo Rizzardo, Araken de Assis, José Antônio Paganella Boschi, Carlos Alberto Etcheverry, Gilberto Schäfer, Almir Porto da Rocha Filho e Elaine Harzheim Macedo.*

Ex-Diretores da Escola Superior da Magistratura

- ✓ *Cristóvam Daiello Moreira, Milton dos Santos Martins, Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Eládio Luiz da Silva Lecey, Antonio Janyr Dall'Agnol Júnior, Antônio Guilherme Tanger Jardim, Cláudio Caldeira Antunes, Wilson Carlos Rodycz, José Antônio Paganella Boschi, Edith Salete Prando Nepomuceno, Eugênio Facchini Neto, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Iris Helena Medeiros Nogueira e Ricardo Pippi Schmidt.*

Conselho Editorial Técnico Nacional

- ✓ *Adroaldo Furtado Fabrício, Alberto Delgado Neto, Alexandre Mussoi Moreira, Araken de Assis, Arminio José Abreu Lima da Rosa, Arnaldo Rizzardo, Athos Gusmão Carneiro, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Clademir José Ceolin Missaggia, Elaine Harzheim Macedo, Eugênio Facchini Neto, Francisco José Moesch, Gilberto Schäfer, Giovanni Conti, Ingo Wolfgang Sarlet, Maria Aracy Menezes da Costa, Nereu José Giacomolli, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Rogério Gesta Leal, Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Sérgio José Dulac Müller e Tupinambá Pinto de Azevedo.*
- ✓ *Prof. Dr. José Luís Bolzan de Moraes – Unisinos, RS; Prof. Dr. Marcos Maliska – UniBrasil, Paraná; Prof. Dr. Andreas J. Krell – UFAL, Alagoas; Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier – UniBrasil, Paraná; Prof^a Dr^a Maria Celina Bodin de Moraes – PUC, Rio de Janeiro; Prof. Dr. José Adercio Leite Sampaio – PUC, Minas Gerais; Prof. Dr. Fábio Siebeneichler de Andrade – PUCRS; Prof. Dr. Paulo Caliendo – PUCRS; e Prof. Dr. Wilson Steinmetz – UCS, RS.*

Conselho Editorial Técnico Internacional

- ✓ *Prof. Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni – Universidad de Buenos Aires, Argentina; Prof. Jairo Parra Quijano – Universidad Santo Tomás, Bogotá, Colômbia; Prof. Dr. Nicola Picardi – Università La Sapienza, Roma, Itália; Prof^a Dr^a Paula Costa e Silva – Universidade de Lisboa, Portugal; Prof. Dr. Alessandro Simoni – Università Degli Studi di Firenze, Itália; Prof^a Dr^a Anna De Vita – Università Degli Studi di Firenze, Itália; Prof. Dr. José María Porrás Ramírez – Universidad de Granada, Espanha; Prof. Dr. Paolo Ridola – Università La Sapienza, Roma, Itália; Prof. Dr. Humberto Nogueira Alcalá – Universidad de Talca, Santiago, Chile.*

Pareceristas Convidados

- ✓ *Prof. Dr. Alvaro Filipe Oxley da Rocha; Prof. Dr. Alexandre Freire Pimentel; Prof. Dr. Andreas J. Krell; Prof. Dr. Alexandre Moraes da Rosa; Prof. Dr. Adalberto de Souza Pasqualotto; Prof. Dr. Carlos Luiz Strapazzon; Prof. Dr. Fabio Roberto D'Ávila; Prof. Dr. Fabio Siebeneichler Andrade; Prof. Dr. José Maria Rosa Tesheiner; Prof. Dr. Luciano Feldens; Prof. Dr. Marcelo Schenk Duque; Prof^a Dr^a Maria Claudia Crespo Brauner; Prof^a Dr^a Maria Cristina Cereser Pezzella; Prof. Dr. Narciso Leandro Xavier Baez; Prof. Dr. Paulo Antônio Caliendo Velloso da Silveira; Prof. Dr. Sérgio Augustin; Prof. Dr. Sergio Gilberto Porto; Prof^a Dr^a Selma Rodrigues Pettele; Prof. Dr. Wilson Steinmetz;*

Revista da AJURIS é uma publicação da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, vinculada ao Centro de Pesquisas da Escola Superior da Magistratura/AJURIS.

Editorial

A *Revista da Ajuris* está vinculada ao Centro de Pesquisas “Judiciário, Justiça e Sociedade”, mantido pela Escola Superior da Magistratura/AJURIS, publicando artigos que se enquadrem nas linhas de pesquisa de tal Centro, bem como de seus vários núcleos de estudo.

Nossa revista, ao longo dos seus quase quarenta anos de ininterrupta circulação no ambiente jurídico nacional, sempre primou pela excelência dos artigos publicados, abrangendo temas que passeiam pelo Direito Público e Privado, material e processual, de interesse permanente de todos os operadores jurídicos.

A edição 131 de nossa Revista, que ora chega ao seu público leitor, não se afasta da trajetória que marcou seu sucesso passado. Abrange uma temática diversificada, atual e de interesse permanente.

No campo do **Direito Público**, publicam-se os trabalhos “*O controle de constitucionalidade como instrumento garantidor da democracia: possibilidade de ampliação do debate democrático através das audiências públicas*”, de Geisla Aparecida Van Haandel Mendes e Ubirajara Carlos Mendes; o trabalho multidisciplinar “*Judicialização da saúde e assistência farmacêutica a doenças raras: o exemplo da mucopolissacaridose tipo I no Brasil*”, de Raquel Boy, Marlene Braz, Bárbara Krug, Ana Beatriz Bezerra de Miranda, Dailor Sartori Jr., Paulo Gilberto Cogo Leivas e Ida V. D. Schwartz; “*A educação para o consumo consciente no ensino infantil*”, de Augusto César Leite de Resende; “*Espécie normativa da vedação de tributos confiscatórios*”, de Luiz Felipe Silveira Difini.

Na área do **Direito Privado** comparecem os artigos “*O Estatuto da Criança e do Adolescente e a ineficácia dos prazos para cumprimento de medida socioeducativa*”, de Antônio José Fernandes Vieira e Leonardo de Lourenço Máximo; “*Os bancos cadastrais positivos e o tratamento à informação sobre (in)adimplemento*”, de Maria Cláudia Cachapuz; “*Cláusula resolutiva expressa: análise crítica de sua eficácia*”, de Rebeca Garcia; “*Discriminação nos contratos de consumo x autonomia privada*”, de Rubia Carla Goedert.

O **Direito Processual** faz-se representar pelos trabalhos: “*Direito processual civil e alopoiesis: como o novo CPC poderá funcionar como um ‘provocador’ de uma ‘corrupção sistêmica’ no sistema do direito?*”, de Adalberto Narciso Hommerding; “*Vícios da sentença, declaração de inconstitucionalidade de lei e as consequências na formação da coisa julgada*”, de André Luiz dos Santos Nakamura; “*Multa coercitiva ou cominatória (astreintes) e submissão ao teto dos Juizados Especiais Cíveis: a jurisdição constitucional de cócoras para os grandes grupos econômicos e financeiros*”, de Fernando Antônio de Lima; “*A proposta de pagamento parcelado como instrumento*

de realização de direitos na execução civil: aplicabilidade ao cumprimento de sentença”, de Jaqueline Mielke Silva; “Os novos paradigmas culturais do direito e do processo na sociedade contemporânea”, de Marco Félix Jobim; e “Ainda considerações acerca da Lei nº 12.403/2011 e das medidas cautelares no processo penal: em busca de critérios para concretizar as limitações implementadas”, de Vinicius Gomes de Vasconcellos.

Também o **Direito Ambiental** foi tratado, através de dois artigos, sendo um estrangeiro: “*A extensão da reparação do dano ambiental*”, de Ari Alves de Oliveira Filho; e “*A biodiversidade à mercê dos mercados? Reflexões sobre compensação ecológica e mercados de biodiversidade*”, dos professores portugueses Carla Amado Gomes e Luís Batista.

Na seção de **Jurisprudência Comentada**, publica-se “*A Decisão nº C-830/10 da Corte Constitucional da Colômbia e a análise sobre a constitucionalidade da publicidade de tabaco e seus derivados*”, por Mariana Menna Barreto Azambuja.

Como o leitor pode verificar, apesar da diversidade temática, todos os artigos são de permanente atualidade, selecionados por uma ampla gama de renomados revisores externos, pelo sistema de *double blind review*.

Aos nossos fiéis leitores e assinantes, desejamos uma proveitosa leitura.

Ingo Wolfgang Sarlet,
Diretor da Revista

Eugênio Facchini Neto,
Coordenador do Conselho Editorial

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ALOPOIESIS: COMO O NOVO CPC PODERÁ FUNCIONAR COMO UM “PROVOCADOR” DE UMA “CORRUPÇÃO SISTÊMICA” NO SISTEMA DO DIREITO?

CIVIL PROCEDURAL LAW AND ALOPOIESIS: HOW COULD THE NEW BRAZILIAN CIVIL PROCEDURAL CODE SERVE AS A “PROMPTER” OF A “SYSTEMIC CORRUPTION” IN THE SYSTEM OF LAW?

Adalberto Narciso Hommerding¹

Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Alicante, Espanha

RESUMO: O anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, uma vez entrando em vigor, pode servir de porta de ingresso para a *alopoiesis* no sistema de Direito, uma vez que alguns artigos de lei possibilitam a invasão dos códigos da economia, política e moral dos juízes no sistema jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Políticas legislativas²; Código de Processo Civil; *alopoiesis*.

ABSTRACT: *If the legislative proposal to enact a new Brazilian Code of Civil Procedure becomes a law, it may serve as the threshold to alopoiesis into the system of law, since some of its proposed articles expose the juridical system to the invasion of the economic, political and judicial moral codes.*

KEYWORDS: *Legislative policies; Civil Procedure Code; alopoiesis.*

A ideia da chamada *autopoiesis*, teoria aplicada ao Direito desde Niklas Luhmann³, é a ideia de que o Direito é um sistema normativamente fechado, mas cognitivamente aberto. Isso permite que

¹ Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, São Leopoldo/RS, Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Professor na Escola Superior da Magistratura da Associação dos Juízes do Estado do Rio Grande do Sul – Ajuris e na Universidade Regional Integrada – URI, *campus* de Santo Ângelo/RS, na Graduação e Mestrado em Direito, Juiz de Direito no Estado do Rio Grande do Sul.

² O presente texto faz parte das pesquisas realizadas na Universidade Regional Integrada – URI, *campus* de Santo Ângelo, no curso de Mestrado em Direito, em que o autor ministra a disciplina “Políticas legislativas e diversidade”.

³ Consultar: LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980; LUHMANN, Niklas. *Observaciones de la modernidad*:

o Direito se autorreproduza, independentemente do ambiente (entorno), não sendo contaminado por outros sistemas, como o político, o econômico e o moral, por exemplo. No âmbito da legislação, ou seja, no âmbito da produção legislativa, a cognição do legislador é dita “aberta”, pois os fatos sociais passam a ser tematizados na lei (o sistema está disposto a aprender); no âmbito da adjudicação, isto é, no âmbito da aplicação judicial, o sistema opera de modo “fechado”, evitando que o Direito perca sua autonomia frente aos demais sistemas, como os da política e da economia, moral, etc.

A *alopoesis*, por sua vez, é a corrupção da autopoiese. É uma corrupção sistêmica que ocorre quando os sistemas passam a ser contaminados por outros sistemas. Exemplificando, poderíamos dizer que, em razão da alopoiese, o sistema de Direito – o que também pode acontecer com os demais sistemas – passa a ser contaminado pela política ou pela economia, ou, ainda, pela moral, da mesma forma que a política ou a economia passam a ser contaminadas pelo Direito. Quando isso ocorre, nenhum dos sistemas funciona adequadamente, pois há uma contaminação em seu interior que provoca a corrupção do código lícito/ilícito no caso do Direito, ou do código governo/não governo no caso da política, ou, ainda, do código pagamento/não pagamento no caso da economia, enfim.

No sistema de Direito, portanto, a *alopoesis* acontece quando o Direito não consegue se desenvolver em determinados âmbitos da sociedade, e mesmo em seu interior, em suas instituições, em especial pela falta de autonomia. Essa falta de autonomia, ou esse enfraquecimento da autonomia do Direito, como dito, decorre da “sobreposição” de outros códigos (economia, política, moral, etc.) sobre o código do Direito. Ou seja, o Direito perde sua autonomia operacional, pois passa a ser invadido e corrompido por outros códigos, perdendo, assim, a condição de reflexão/reflexividade⁴. Dito de outro modo, quando um sistema fica refém de outro sistema, advém a tal perda de autonomia, pois o sistema refém passa a ser “predado” pelos chamados “predadores externos” (Streck⁵).

racionalidad y contingência em la sociedad moderna. Traducción de Carlos Fortea Gil. Barcelona: Paidós Studio, 1997; LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983; LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985; LUHMANN, Niklas; DE GEORGI, Raffaele. *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, 1993.

⁴ Ver NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 140 e ss.

⁵ Consultar, nesse sentido, STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 370.

Se os riscos de ocorrência de uma *alopoiesis* no sistema de Direito existem – uma vez que os imperativos do sistema econômico, em especial, “volta e meia” insistem em afrontar o código do Direito –, penso que alguns questionamentos, em sede de política legislativa, em especial no atual momento por que passa o direito processual civil com a redação de um novo Código de Processo Civil, têm de ser feitos, sob pena de a *alopoiesis* se instalar de tal forma no âmbito do sistema de Direito de modo a fazer “ruir” os lindes que ainda existem entre sistema jurídico e ambiente social. Nesse sentido, afinal de contas, o que as noções de *autopoiesis* e de *alopoiesis* têm a ver com o anteprojeto do Novo Código de Processo Civil que vem sendo desenvolvido pelos juristas/legisladores de *terrae brasilis*? Onde é que entra a dita *alopoiesis* nesse contexto? Qual a sua influência direta no direito processual? Perguntando de outro modo, como o Direito pode ser predado pelos sistemas político, econômico, moral, etc. a partir de um simples código de processo? Um anteprojeto de Código de Processo Civil pode servir de porta à corrupção sistêmica do Direito? Esses são alguns dos questionamentos que faço no presente texto e que pretendo responder a partir da ideia de que o anteprojeto do Novo Código de Processo Civil pode vir a servir de “porta de ingresso” de elementos estranhos ao Direito. Quero demonstrar, em resumo, que a legislação processual pode operar como corruptora do sistema de Direito. Sigo, pois.

A inefetividade do processo civil, nos últimos tempos, fez com que a comunidade jurídica procurasse alternativas ao modo como vem se desenvolvendo o processo judicial no Brasil. A lei processual, assim, vinha (e vem) sofrendo inúmeras alterações, tendo em vista a necessidade de um processo mais célere, ágil, que resulte em uma entrega mais rápida do bem da vida pretendido. Propostas de mudanças legislativas tais como a introdução da antecipação de tutela, a modificação dos recursos de agravo, a introdução do cumprimento de sentença em substituição à execução de sentença e, em um plano externo ao do Código de Processo Civil, a criação dos Juizados Especiais são algumas das respostas dadas pelos legisladores para a transformação do processo. Atualmente, após remendos e mais remendos no Código de Processo Civil, que data de 1973, a última resposta vem na forma de um novo código que, entre outras mudanças, propõe dar aos juízes maior poder para decidir, e para decidir de forma “eficiente”. Pois bem: isso é bom para a democracia? O Direito

Também TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 29.

manter-se-á íntegro em sua autonomia diante dos sistemas político, econômico ou moral? Que espécie de eficiência ou efetividade é essa?

Antes que alguém possa dizer que estou defendendo a impossibilidade de os juízes interpretarem a lei, apresso-me a dizer que não. Até pela minha formação, que é hermenêutica. Mais que isso: sou Magistrado. O que me preocupa, sobretudo em tempos de ativismo judicial desmesurado e de judicialização da política⁶, é a demasiada confiança e o consequente “peso” que os legisladores possam depositar sobre os juízes. Explico. Há uma linha tênue entre decisões políticas e decisões de princípio. Decisões políticas, como ensina Ronald Dworkin, cabem aos legisladores, à classe política, representante do povo; decisões com base em princípios cabem aos juízes. Isso é o que possibilita a convivência pacífica entre democracia, vista como poder da maioria, e as minorias, cujos direitos fundamentais têm de ser resguardados.

O Poder Judiciário é um poder contramajoritário. Significa dizer que é a “válvula de escape” das minorias para a defesa de seus direitos fundamentais. O ativismo judicial, porém, é uma corrupção do sistema de Direito porque não se coaduna com a atividade judicial, que não é política, mas jurídica. Entenda-se: não é política no sentido de o Judiciário não poder ocupar-se com argumentos de política, o que não significa que o Direito não seja político. Aliás, segundo alguns jusfilósofos⁷, o Direito seria um ramo da “moralidade política”.

Quando os juízes, pois, em suas decisões, decidem conforme argumentos de política, e não conforme argumentos de princípio, tais decisões implicam corrupção do sistema de Direito porque não é função do Poder Judiciário

⁶ Para uma distinção entre ativismo judicial e judicialização da política, ver o excelente: TASSINARI, Clarissa. Op. cit.

⁷ Acerca da temática, consultar, necessariamente, as seguintes obras: DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002; DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999; DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução de Cícero Araújo e Luiz Moreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005; DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011; DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs: Response*. Disponível em: <www.bu.edu/law/events/upcoming/documents/9.25.09RonaldDworkinBrochure_Panels.pdf>; DWORKIN, Ronald. *La justicia con toga*. Traducción de Marisa Iglesias Vila e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2007; DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica de Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Martins Fontes, 2006. No Brasil, STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

fazer as vezes de Poder Legislativo. O ativismo judicial, portanto, interfere nas competências destinadas aos demais poderes, tais como o Legislativo e o Executivo. Mais: o ativismo judicial é a porta de entrada dos valores morais do juiz, o que termina por comprometer irremediavelmente o próprio sistema democrático. Aí o Judiciário descamba para a irracionalidade jurídica, deixando que fatores alheios ao Direito (*v.g.*, a moral do juiz) inferiram no sistema jurídico, quebrando com a diferenciação funcional característica do sistema de Direito.

O Direito é um subsistema funcional da sociedade. Nesse sentido, como afirmado anteriormente, o Direito é um sistema autopoietico, sendo sua autopoiese uma continuação da autopoiese da sociedade. O sistema jurídico, porém, deve demarcar sua própria *autopoiesis* a partir da distinção entre sua unidade e o entorno, formando sua diferenciação funcional. Portanto, deve ser capaz de traçar seus limites, pois somente como sistema é que vai adquirir “sentido”. O entorno, nesse aspecto, é pura complexidade, sendo o próprio Direito que definirá suas premissas de validade por intermédio de uma norma jurídica (lei) e das decisões judiciais. Esse é o início do movimento autopoietico do sistema jurídico que se descortina em sua autorreferencialidade⁸.

O anteprojeto do Novo Código de Processo Civil desponta como uma ode ao ativismo judicial e, por conseguinte, à corrupção do sistema de Direito. Quando os legisladores, no exercício de suas competências, permitem ao juiz, por exemplo, utilizar-se do seu “bom senso” para “adequar” o procedimento judicial, nada mais estão fazendo do que abrir caminho ao ativismo judicial e, portanto, à discricionariedade judicial que, fatalmente, descambarão na introdução no sistema de Direito de elementos alheios a ele, favorecendo, pois, o enfraquecimento da autonomia e da diferenciação funcional do sistema jurídico. Eis a corrupção sistêmica. Eis a *alopoiesis*.

Toda operação do sistema jurídico parte de uma operação anterior (lei, jurisprudência, etc.) e cria condições para a operação seguinte. Assim, é conservada a exclusividade do sistema mediante uma “recursividade” que lhe é interna e exclusiva. Claro que ocorrem interferências econômicas, políticas, morais, etc. no sistema de Direito, mas essas interferências somente afetam o Direito na medida em que sua estrutura pode tolerar. O sistema de Direito, portanto, processa informações mediante o código *Recht/Unrecht*, modificando

⁸ Nesse sentido, consultar: SCHWARTZ, Germano. Autopoiese e direito: auto-observações e observações de segundo grau. In: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. *A verdade sobre a autopoiese no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 103-104.

seu interior, dando continuidade à sua autopoiese. Nas palavras de Germano Schwartz,

o sistema jurídico [...] tem sua autonomia dada não por sua autorregulação ou autocriação. Ele consegue autonomia a partir do estabelecimento de seu próprio código, universalmente aplicado a partir de sua própria e peculiar especificidade. É mediante o código que o sistema jurídico se estabelece como um subsistema funcionalmente diferenciado do sistema social, dele se isolando, mas, ao mesmo tempo, permanecendo em contato com ele e todos os seus subsistemas. Logo, o sistema jurídico somente terá sua autonomia afetada quando o seu código estiver em perigo. Ou seja, quando começar a tomar decisões com base em códigos de outros subsistemas.⁹

O elemento básico do Direito, pois, é a “decisão”. A decisão é que permite reduzir a complexidade. E complexidade é o excesso de possibilidades¹⁰. É o que se pode verificar na operação de um sistema, pois em cada operação de um sistema existe um excesso de possibilidades que solicita, portanto, uma “redução” da complexidade. A redução da complexidade é possível, assim, a partir do momento em que se tem um processo de tomada de decisão. Como explica Leonel Severo Rocha,

quando se decide fazer alguma coisa e se realiza alguma coisa, o momento da ação ou simplesmente da fala [...] é um momento de construção de realidades. De alguma maneira, existem excessos de possibilidades no mundo que exigem a escolha de uma delas, e a consequente operação de construção da realidade. Há potencialmente muitas possibilidades diferentes de ser, e apenas uma possibilidade real de acontecer. Há um momento em que se poderia, portanto, escolher entre as possibilidades. Mas uma vez estando escolhida, esta constitui a realidade (as outras possibilidades

⁹ Idem, p. 106-107.

¹⁰ Ver LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*, cit., p. 12-13.

continuam existindo como ambiente). A sociedade se constrói com critérios altamente complexos.¹¹

É pela repetição da decisão – e a conseqüente redução de complexidade – que o Direito pode produzir diferença e reiniciar sua própria *autopoiesis*. Assim, o Direito como sistema autopoiético se funda em sua circularidade. Essa circularidade baseia-se na relação circular entre as decisões e as normas jurídicas. A circularidade das decisões judiciais constitui-se na autopoiese jurídica. Por isso é que o sistema deve ser fechado. A clausura do Direito, assim, protege sua grande função, que é a decisão¹².

A ideia de efetividade do Direito é uma das ideias pensadas para a racionalidade do Direito, isto é, para a racionalidade das decisões no âmbito do sistema de Direito. A efetividade do Direito, segundo Leonel Severo Rocha, é, assim, uma “ideia interessante” e passou a substituir a validade do Direito que era baseada anteriormente na “hierarquia”. O mais importante para o sistema de Direito, então, passou a ser a efetividade, pois, nas palavras de Leonel, “é preciso eficácia naquilo que o Direito determina como comportamento obrigatório, como possibilidade de construção de algum tipo de realidade social”¹³.

Ou seja, um dos problemas do Direito nas sociedades complexas passou a ser o da efetividade do processo de tomada de decisões, passando a ocupar, a partir daí, o Poder Judiciário uma função determinante, qual seja, a de operacionalizar, com efetividade, a equação entre os meios normativos e os fins sociais¹⁴. Sendo poder do Estado de Direito, o Judiciário procura o sentido de suas práticas na Constituição, atribuindo sentido ao Direito a partir dela. O problema é que o poder diluído no “topo” da hierarquia do sistema e a verdade do Direito passaram, de fato, a depender dos juízes, como diz Leonel¹⁵, e isso passou a gerar sérios problemas, tais como o ativismo judicial e a conseqüente arbitrariedade das decisões judiciais em razão da ampla discricionariedade deixada aos juízes para decidir.

¹¹ ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre a observação luhmanniana. In: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. Op. cit., p. 21.

¹² Cfe. SCHWARTZ, Germano. Autopoiese e direito: auto-observações e observações de segundo grau. In: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. Op. cit., p. 106-107.

¹³ ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre a observação luhmanniana. In: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. Op. cit., p. 32.

¹⁴ Idem, *ibidem*.

¹⁵ Idem, p. 33.

Por essa razão, juristas adeptos das (diversas) teorias da argumentação¹⁶ e da hermenêutica¹⁷ passaram a dar maior atenção à necessidade de se desenvolver uma teoria da decisão judicial capaz de dar conta – e cabo – da discricionariedade judicial. A saída para isso, não só para a hermenêutica, mas para as teorias da argumentação, em sua grande parte, foi apostar na ideia de que toda decisão deve ter por base a Constituição, os princípios e os direitos fundamentais, o que também não impediu o avanço da discricionariedade.

Em um sentido contrário ao manifestado pela hermenêutica ou pelas teorias da argumentação, que veem a necessidade de coibir ativismos, o que o anteprojeto do novo CPC parece deixar claro, curiosamente, é uma defesa da efetividade do Direito (entendida aqui como “celeridade processual” e “instrumentalidade”) que só pode se dar a partir da defesa do consequente ativismo judicial e, portanto, da discricionariedade dos juízes. Ou seja, na

¹⁶ Na Alemanha, por todos: ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Traducción de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001; ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997; ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997; ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen argumentation*. Frankfurt: Surkamp, 1978. Na Espanha, em especial: ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Traducción de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000; ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel, 2010; ATIENZA, Manuel. *Interpretación constitucional*. Bogotá: Universidad Libre; Facultad de Derecho, 2010; ATIENZA, Manuel; LOZADA PRADO, Alí. *Cómo analizar una argumentación jurídica*. Quito: Cevallos, 2009; ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. *100 preguntas sobre conceptos básicos del derecho*. Alicante: Club Universitario, 1996; ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. *Las piezas del derecho: teoría de los enunciados jurídicos*. 4. ed. Barcelona: Ariel, 2007. No Brasil, ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação*. São Paulo: Malheiros, 2005.

¹⁷ Originalmente, no Brasil, STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo, STRECK, Lenio Luiz et al. (org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005; STRECK, Lenio Luiz. Constitucionalismo, jurisdição constitucional e estado democrático de direito. *Anuário do programa de pós-graduação em direito*. Mestrado e doutorado 2001. Centro de ciências jurídicas. São Leopoldo: Unisinos, 2001; STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, cit.; STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002; STRECK, Lenio Luiz. *Verdad y consenso*. Constitución, hermenéutica y teorías discursivas. De la posibilidad a la necesidad de respuestas correctas en derecho. Traducción Luis Enrique Alvarez Aranda. Lima: Ara, 2009; STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Na mesma linha, OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. Também MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. Coleção Lenio Luiz Streck. Florianópolis: Conceito, 2010.

contramão das tendências que limitam o poder de decisão dos juízes – justamente para não corromper o sistema de Direito –, os legisladores optam em possibilitar aberturas cognitivas no sistema processual, conferindo com isso aos juízes amplos poderes de direção do processo que batem de frente com as regras e princípios processuais institucionalizados, a começar pelo princípio do devido processo legal e seu corolário do princípio do contraditório.

É possível explicar mais amiúde o que venho descrevendo até aqui. Tomarei como exemplo os seguintes dispositivos do anteprojeto do NCPC, já aprovados pelo Senado, com redação dada pela relatoria.

O primeiro deles é o do art. 119 do PSL nº 166/2010, que substitui o anteprojeto original. Assim dispõe o referido dispositivo:

Art. 119. O juiz não se exime de decidir alegando lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico, cabendo-lhe, no julgamento, aplicar os princípios constitucionais, as regras legais e os princípios gerais de direito, e, se for o caso, valer-se da analogia e dos costumes.

O referido artigo, como se pode ver, contém disposições semelhantes às dos arts. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (antiga LICC) e 126 do atual Código de Processo Civil. Alguns teóricos do Direito, em especial autores como Germano Schwartz¹⁸, adepto da teoria sistêmica de cunho luhmanniano, entendem que dispositivos como os do art. 4º da antiga LICC e do art. 126 do atual CPC são dispositivos que permitem uma “abertura cognitiva” do sistema de Direito, possibilitando aos juízes decidir, então, dentro do código do Direito, mas buscando elementos fora desse âmbito. Assim, diz Schwartz:

Para Luhmann, o Direito está voltado para seu entorno contingencial também porque a recusa em não julgar é proibida. Toda norma só é norma porque a expectativa comportamental pode ser diversa daquela prevista. O Direito é fechado porque necessita reproduzir suas operações. Todavia, quando possui o programa específico, ele se abre para o mundo externo amalhando essa comunicação mediante sue código (*Recht/Unrech*) e, a partir daí, retoma sua recursividade.

¹⁸ SCHWARTZ, Germano. Autopoiese e direito: auto-observações e observações de segundo grau. In: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. Op. cit., p. 107-108.

No sistema brasileiro, o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil é exemplar nesse sentido. É uma norma jurídica que autoriza a abertura do sistema, mas que, em seguida à abertura, traz para si, dita comunicação, desta vez já sob o amparo de seu código específico.¹⁹

É bem verdade que, por um lado, poderia assistir razão a Germano Schwartz. Assim prevendo, a lei (seja ela a LICC ou o CPC), segundo o raciocínio de Schwartz, passaria a fornecer ao juiz outras possibilidades, que não as contidas no texto legal, sempre insuficiente onticamente, para que a decisão não deixasse de ser proferida, uma vez vedado o *non liquet*. “Por um lado” – afirmei –, poderia assistir razão ao Professor Schwartz. É que, por outro lado, não lhe assiste razão: primeiro, porque, em tempos de constitucionalismo contemporâneo, nem deveríamos mais pensar em aplicar um dispositivo como o art. 4º da LICC (ou o art. 126 do CPC), que, de fato, apenas serve para “represtinar” os tradicionais “princípios gerais do Direito” que serviam para “colmatar” lacunas da lei; e isso para “início de conversa”. Segundo, porque, se entendermos que os dispositivos da LICC ou do CPC “abrem” o sistema de Direito – como quer Schwartz –, então a Constituição, vista hermeneuticamente como uma “matriz de sentido” (Hesse, Streck) para a interpretação jurídica, contendo, assim, princípios que “fecham” a interpretação do Direito, possibilitando com isso dar sentido às regras (Streck), e, sob a perspectiva sistêmica, vista como “acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico, mas principalmente enquanto mecanismo de autonomia operacional do direito na sociedade moderna”²⁰, não mais serviria para absolutamente nada, pois a LICC ou o CPC se encarregariam de cumprir com as funções atribuídas à Constituição. Terceiro, porque, mesmo admitindo que o art. 4º da LICC possa abrir o sistema de Direito e que, portanto, o raciocínio do Professor Germano Schwartz está correto, tal previsão legislativa, uma vez (ou várias vezes) aplicada(s), pode passar a causar uma verdadeira “catástrofe” na manutenção da autonomia do sistema de Direito. Explico.

Em excelente artigo doutrinário – no qual me baseio em grande parte para fazer as considerações que seguem, haja vista a “clareza” das ideias que ali estão postas –, Lenio Luiz Streck, Rafael Tomaz de Oliveira e André Karam

¹⁹ Idem, *ibidem*.

²⁰ Cfe. NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

Trindade²¹ conseguiram “colocar a nu” a situação patológica por que passa o direito processual brasileiro, isto é, a situação de ausência de uma reflexão mais profunda e demorada acerca de temas que tocam a origem filosófica dos institutos processuais. Um desses temas diz respeito aos vínculos entre sujeito, jurisdição e Estado, cujas peculiaridades não vêm sido tematizadas pela doutrina jurídica de *terrae brasilis*. Como isso não acontece, ainda se pensa, por exemplo, que a jurisdição tem o processo como seu mero “instrumento”, ao invés de pensá-la, ela, jurisdição, como “instrumento do processo”²² (afinal de contas, vivemos em um Estado Democrático de Direito, não é mesmo?); ainda se pensa, desse mesmo modo, que o ato judicial – portanto, jurisdicional – é um “ato de vontade” de um sujeito (o juiz) e que este sujeito, que é o sujeito da modernidade, solipsista, é o responsável direto pela “certeza” que deve produzir o processo que, por sua vez, vive das construções teóricas favoráveis ao protagonismo judicial²³.

Dito de outro modo, ainda com Streck, Oliveira e Trindade, o paradigma da subjetividade, do sujeito cartesiano, domina o processo civil brasileiro, em especial a partir da tradicional tese da “instrumentalidade do processo” defendida por Cândido Rangel Dinamarco, cuja visão centra a jurisdição na realização (teleologia, portanto) de “escopos” jurídicos, sociais e políticos, em que o juiz “é o legítimo canal através de que o universo axiológico da sociedade impõe as suas pressões destinadas a definir e precisar o sentido dos textos, a supri-lhes eventuais lacunas e a determinar a evolução do conteúdo substancial das normas constitucionais”²⁴.

A perspectiva da instrumentalidade do processo, portanto, é uma perspectiva que não leva em consideração a intersubjetividade, pois comprometida com a ideia de um sujeito (protagonista) que atribui sentidos a partir de sua subjetividade “assujeitadora”, o que possibilita decidir de qualquer forma, possibilitando, assim, que a decisão possa ser tomada independentemente

²¹ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; TRINDADE, André Karam. O “cartesianismo processual” em *terrae brasilis*: a filosofia e o processo em tempos de protagonismo judicial. In: *Revista NEJ* - Eletrônica, v. 18, n. 1, p. 05-22, jan./abr. 2013. Disponível em: <<http://www.univali.br/periodicos>>.

²² Nesse aspecto, contra a instrumentalidade do processo e a favor da ideia de que a jurisdição deve ser o instrumento do processo, consultar: LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas, FUMEC, 2008.

²³ Cfe. STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; TRINDADE, André Karam. Op. cit., p. 05-22.

²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 47.

de qualquer coisa, buscando, então, o julgador, *a posteriori*, a justificação para aquilo que já está decidido, como se a aplicação, *applicatio*, não fosse “fundida” com a compreensão/interpretação²⁵.

Ora, esse modo de ver o processo impede enxergar que o juiz não deve “explicar” aquilo que o “convenceu”, como bem pontuam Lenio, Rafael e André. O juiz deve, sim, “explicitar” os motivos de sua compreensão, oferecendo, assim, uma justificação de sua interpretação, visando a demonstrar como a interpretação oferecida por ele é a melhor para o caso²⁶. É que, como adverte Hans-Georg Gadamer, compreende-se para interpretar, e não o contrário!

A redação do art. 119, aprovada pelo Senado, porém, não é um problema em si²⁷. Mas pode ser um problema, se entendermos que os princípios constitucionais continuam funcionando como quer o texto legal, isto é, como “colmatadores de lacunas legais”. É que princípios constitucionais não são critérios para colmatação de lacunas do texto legal. São, sobretudo, condição de possibilidade para legitimação das decisões judiciais. E isso de tal modo que o “regramento” determinado por uma decisão só pode ser considerado legítimo na medida em que dele se possa extrair um princípio que o sustente, como dizem Streck, Oliveira e Trindade, sempre amparados na teoria da adjudicação proposta por Ronald Dworkin. Por isso, na esteira do que esses mesmos autores defendem, é possível afirmar que o art. 119 é inútil, pois, para “melhorar” as decisões judiciais, não adianta o legislador ofertar novos critérios de colmatação de lacunas, substituindo instrumentos ou critérios interpretativos para que se possa decidir. A solução não está aí. Está mais adiante: temos de substituir a “estrutura” que sustenta o pensamento processual, “saltando” da subjetividade para a intersubjetividade, como dizem Streck e seus discípulos²⁸.

Qual o problema, portanto, em se entender que os arts. 4º da antiga LICC, 126 do atual CPC e 119 do PSL 166/2010 permitem – e constituem, portanto – uma “abertura cognitiva” do sistema de Direito, possibilitando, com isso, ao juiz decidir? É simples, penso eu²⁹. Quando entendemos que os princípios constitucionais funcionam como colmatadores de lacunas e que, a exemplo dos

²⁵ Cfe. STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; TRINDADE, André Karam. Op. cit., p. 05-22.

²⁶ Idem, ibidem.

²⁷ Como bem reconhecem STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; TRINDADE, André Karam. Op. cit., p. 05-22.

²⁸ Idem, ibidem.

²⁹ Sempre a partir de Streck, Oliveira e Trindade.

princípios gerais de Direito, da analogia e dos costumes, são “integradores” da interpretação, terminamos por afastá-los do âmbito do Direito, possibilitando que elementos outros, como a moral do juiz ou o que ele pensa politicamente acerca de determinado assunto, ingressem no sistema de Direito, provocando, com isso, corrupção sistêmica em seu âmbito.

Em outras palavras, pensar desse modo é não superar a ideia do paradigma “novecentista” da interpretação do Direito, que é a de que os princípios, sejam eles os constitucionais, sejam eles os “gerais de direito”, funcionam como “axiomas” criados para resolver problemas que decorrem da insuficiência ôntica dos textos legais. Significa equiparar os princípios constitucionais com os princípios gerais de direito – e também, ao final, inclusive com a analogia e com os costumes (por que não dizer?) –, estabelecendo, pois, uma “confusão epistemológica”, uma vez que os princípios gerais de direito não passam de instrumentos matematizantes de composição de falhas do sistema, ao passo que princípios constitucionais têm (ou ao menos deveriam ser vistos “como tendo”) caráter deôntico, são pragmático-problemáticos, responsáveis pela força normativa da Constituição, funcionando como imperativos de moralidade política.

A hermenêutica filosófica de cunho gadameriano (influenciada, sobretudo, pela filosofia hermenêutica de Martin Heidegger) trouxe conquistas para a Filosofia e, em especial, para o Direito no sentido de mostrar, por exemplo, que a Constituição tem força normativa (Hesse); é uma matriz de sentido, que deve ser vista como um “existencial” (Streck). A filosofia “no” Direito, proposta por Lenio Luiz Streck, calcada na hermenêutica de cunho filosófico, por sua vez, mostrou que a interpretação do Direito também é um processo não fatiado de compreensão/interpretação/*applicatio* (Gadamer) e que princípios não vêm de fora do Direito e nem são “aplicados”, pois, na verdade, estão por detrás das regras, resgatando o mundo prático para o Direito e introduzindo a moralidade no Direito (Streck, seguindo Dworkin). Isso tudo deveria impossibilitar o regresso do pensamento jurídico brasileiro ao positivismo kelseniano, de nível semântico, normativo. A teoria dos sistemas, em especial a de Luhmann, também trouxe outras tantas conquistas. Fez ver, por exemplo, que o Direito não se sustenta na ideia de uma “vontade racional” – a do sujeito cartesiano – ou em pilastras metafísicas (Deus, natureza, etc.); fez ver que o Direito é um subsistema social que opera por meio de comunicação e que tem de ser resguardado em sua autonomia, sob pena de ser fragilizado. Nesse contexto, depois de tudo o que se desenvolveu em termos de ciência do Direito, então, a pergunta que fica é: como, a estas “alturas do campeonato”, o legislador do novo Código de Processo Civil,

na contramão de todas essas conquistas histórico-evolutivas, na contramão do paradigma do Estado Democrático de Direito, ainda pode pensar em dar ao processo e às consequentes decisões judiciais o mesmo tratamento que era dado ao processo praticado em tempos de Estado Liberal de Direito, fundado na “vontade da lei”, ou, ainda, em tempos de Estado Social de Direito, em uma suposta “vontade dos juízes”, sujeitos solipsistas detentores da jurisdição que, portanto, seria aquilo que eles, juízes, viessem dizer que seria?

Quero dizer com isso que mesmo a teoria sistêmica, aqui, também parece enganar-se, ao menos do ponto de vista do que defende o Professor Germano. As disposições dos artigos anteriormente referidos são inúteis, repito. Identificam tão somente a velha tendência de valorização do protagonismo judicial e sua discricionariedade, abrindo caminho para a corrupção do sistema de Direito, coisa que, pela ótica da hermenêutica e da própria teoria dos sistemas, não poderia ocorrer. Claro que a teoria dos sistemas não se preocupa com o conteúdo da decisão. Aliás, a decisão em si, para a teoria dos sistemas, é importante para a redução da complexidade, como já referido. Mas não tem ela, a teoria sistêmica, maior preocupação com o que se decidiu. E aí é que está o problema e se esconde o perigo; problema esse que a hermenêutica tenta solucionar, com todas as dificuldades que possam surgir no seu caminho. Afinal de contas, é possível contar com os juízos morais – e, portanto, não democráticos – do juiz para a decisão das causas judiciais?

A teoria dos sistemas, portanto, em que pese ser uma teoria de observação, também tem de servir de alerta ao Direito de que sua lógica, isto é, a lógica do sistema jurídico, não pode ser a da *alopoiesis*. A *alopoiesis*, como dito, corrompe o sistema de Direito. Se a teoria dos sistemas é o “novo” – e de fato penso que seja e que dela advêm excelentes contribuições teóricas para a análise da sociedade e, em especial, do Direito –, temos de cuidar – e para isso nos vem em socorro a hermenêutica – para que o novo não seja mirado com os “olhos do velho”. Entender que o artigo possibilita uma abertura cognitiva do sistema é entender, pois, que o Direito não dá conta do próprio Direito.

O outro artigo a que faço referência e que merece críticas no sentido de ser um possibilitador de corrupção do sistema de Direito é o art. 118, também do PSL 166/2010, em especial o seu inciso V: “Art. 118. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] V – dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova adequando-os às

necessidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico”.

A disposição do artigo anteriormente citado confere amplos poderes ao juiz, e o faz de forma a lhe atribuir papel preponderante na condução e no “gerenciamento” do processo, como dizem Streck, Oliveira e Trindade³⁰. Ocorre que – o alerta é dos mesmos autores –, por detrás da especificação legal, esconde-se a tese do protagonismo judicial, cuja legitimidade é uma legitimidade econômico-formal, e não democrático-material. Explico, com a ajuda e as palavras de meus amigos e “fiéis” de mesma “Igreja”:

Por detrás do protagonismo judicial, esconde-se uma tendência que, de uma forma bem específica, lhe impulsiona, oferecendo uma espécie de “legitimidade” (evidentemente uma legitimidade econômico-formal, e não democrático-material). Segundo asseveram os partidários dessa tendência, o problema do sistema de justiça e do nosso modelo processual pode ser resumido e bem compreendido como um problema de *gestão*. Esse problema divide-se em *gestão* no nível *macro* e *gestão* no nível *micro*. No nível *macro*, coloca-se o problema do funcionamento do próprio sistema de justiça, com destaque para o gerenciamento funcional dos serventuários; já no nível *micro*, tem-se problemas de ordem burocrático-processual e de gerenciamento de questões internas, ligadas ao andamento do processo, especificamente considerado. As propostas de solução desse problema de “gestão” que acomete o Poder Judiciário chegam, no limite, a indicar um modelo empresarial privado para a gestão e a organização do sistema de justiça.³¹

Ou seja, o art. 118, do modo como está posto, com preocupações nitidamente instrumentalistas, faz com que economia (o sistema econômico), representada pelo modelo empresarial privado de gestão, que busca efetividade a qualquer custo, termine por ingressar no sistema de Direito via código de processo. A disposição do código, por sua vez, aplicada, resolve problemas

³⁰ Ver STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; TRINDADE, André Karam. Op. cit., p. 05-22.

³¹ Idem, ibidem.

de complexidade, reduzindo-a, mas possibilitando o ingresso de elementos (econômicos) estranhos ao Direito, de tal forma que garantias como o devido processo legal e o contraditório e o respeito às regras prévias do processo restem afrontados, ficando submetidos à lógica da economia, que nada mais é que a lógica do sistema de mercado e do sistema de consumo. Se já é um problema para o Direito o fato de que sempre esteve “a reboque” da economia, maior problema haverá se os legisladores sufragarem modelos que nitidamente destacam o caráter econômico de gestão do Direito.

Assim, da mesma forma que dispositivos como os do art. 119 abrem a possibilidade de ingresso no sistema de Direito de elementos do sistema moral (não da moral institucionalizada, mas da moral do juiz) ou do sistema político (convicções políticas do juiz), um dispositivo como o do art. 118, em especial a previsão do inciso V do referido artigo, possibilita a corrupção do sistema de Direito pelo sistema econômico que, envolvendo um modelo de gestão empresarial em detrimento de um modelo de gestão pública, considerado ultrapassado por burocrático, passa a colonizar a administração da justiça, dando primazia ao fator “mercado” como fator de decisão. Em outras palavras: o sistema econômico, por meio de um código de processo, termina por ditar as regras do sistema jurídico, dizendo a este que as decisões judiciais têm de ser rápidas para que o Direito seja efetivo, desimportando, assim, o seu conteúdo, em especial o deontológico/normativo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O anteprojeto do novo Código de Processo Civil está comprometido, sobretudo, com os imperativos do sistema econômico, da chamada “gestão econômica”, que se baseia em efetividade, lida aqui como “instrumentalidade”. Não ficam excluídos desses “colonizadores” do Direito o sistema político e a moral dos juízes que também funcionam – e continuarão funcionando – como “predadores” do sistema de Direito. A análise dos dispositivos em comento demonstra que o modelo de gestão do processo é o modelo econômico que, agora, às claras, passa a ser tematizado no código de processo, voltado exclusivamente para a gestão econômica da justiça. Os dispositivos em análise também deixam ver que a opção política dos legisladores, infelizmente, é a de continuar apostando nos juízos políticos e morais dos juízes, na contramão das conquistas históricas feitas pelo Direito – em especial pelo Direito Constitucional – que, agora, passa a correr risco ainda maior no que diz respeito à sua autonomia. Dito de outro modo, a *alopoiesis*, por via do novo CPC, poderá vir a se instalar no sistema

jurídico, levando-o à ruína e o submetendo, em definitivo, aos imperativos da economia.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Traducción de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

_____. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

_____. *Theorie der juristischen argumentation*. Frankfurt: Surkamp, 1978.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Traducción de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000.

_____. *El derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel, 2010.

_____. *Interpretación constitucional*. Bogotá: Universidad Libre; Facultad de Derecho, 2010.

_____; LOZADA PRADO, Alí. *Cómo analizar una argumentación jurídica*. Quito: Cevallos, 2009.

_____; RUIZ MANERO, Juan. *100 preguntas sobre conceptos básicos del derecho*. Alicante: Club Universitario, 1996.

_____. *Las piezas del derecho: teoría de los enunciados jurídicos*. 4. ed. Barcelona: Ariel, 2007.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação*. São Paulo: Malheiros, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução de Cícero Araújo e Luiz Moreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

_____. *Justice for Hedgehogs: Response*. Disponível em: <www.bu.edu/law/events/upcoming/documents/9.25.09RonaldDworkinBrochure_Panels.pdf>.

_____. *La justicia con toga*. Traducción de Marisa Iglesias Vila e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2007.

_____. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica de Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas, FUMEC, 2008.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

_____. *Observaciones de la modernidad: racionalidad y contingência em la sociedad moderna*. Traducción de Carlos Fortea Gil. Barcelona: Paidós Studio, 1997.

_____. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. *Sociologia do direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

_____; DE GEORGI, Raffaele. *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, 1993.

MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. Coleção Lenio Luiz Streck. Florianópolis: Conceito, 2010.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre a observação luhmanniana. In: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. *A verdade sobre a autopoiese no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHWARTZ, Germano. Autopoiese e direito: auto-observações e observações de segundo grau. In: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. *A verdade sobre a autopoiese no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo, STRECK, Lenio

Luiz et al. (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Constitucionalismo, jurisdição constitucional e estado democrático de direito*. In: *Anuário do programa de pós-graduação em direito*. Mestrado e doutorado 2001. Centro de ciências jurídicas. São Leopoldo: Unisinos, 2001.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *Verdad y consenso*. Constitución, hermenéutica y teorías discursivas. De la posibilidad a la necesidad de respuestas correctas en derecho. Traducción Luis Enrique Alvarez Aranda. Lima: Ara, 2009.

_____. *Verdade e consenso*. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; TRINDADE, André Karam. O “cartesianismo processual” em *terrae brasilis*: a filosofia e o processo em tempos de protagonismo judicial. In: *Revista NEJ - Eletrônica*, v. 18, n. 1, p. 05-22, jan./abr. 2013. Disponível em: <<http://www.univali.br/periodicos>>.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial*: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

VÍCIOS DA SENTENÇA, DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI E AS CONSEQUÊNCIAS NA FORMAÇÃO DA COISA JULGADA

DEFECTS OF JUDICIAL DECISION, UNCONSTITUTIONAL LAW AND THE CONSEQUENCES IN FORMATION OF THE RES JUDICATA

Andre Luiz dos Santos Nakamura¹
Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP

RESUMO: Será objeto o estudo do vício da decisão judicial e do instrumento normativo que lhe serviu de fundamento na eficácia da coisa julgada.

PALAVRAS-CHAVE: Coisa julgada; vícios; sentença; inconstitucionalidade.

ABSTRACT: *The study will be the subject of the vice of judicial decision and the legislative instrument that has served as the basis of the effectiveness of res judicata.*

KEYWORDS: *Res judicata; vices; sentence; unconstitutional.*

SUMÁRIO: 1 Conceito de coisa julgada; 2 Dos vícios da sentença e a formação da coisa julgada; 3 A coisa julgada inconstitucional; Conclusões; Referências.

SUMMARY: *1 Definition of res judicata; 2 Defects of judgments and res judicata; 3 The unconstitutional res judicata; Conclusions; References.*

1 CONCEITO DE COISA JULGADA

A coisa julgada divide-se em coisa julgada formal e coisa julgada material. “A coisa julgada formal constitui evento interno de determinado processo, diz respeito exclusivamente às partes e ao juiz, ou seja, uma forma de preclusão, que não se confunde com a coisa julgada material”². A coisa julgada formal é a preclusão máxima dentro de uma determinada relação processual. É a vedação de rediscutir o que já foi decidido

¹ Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Procuradoria do Estado de São Paulo, Procurador do Estado.

² VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Código de processo civil interpretado*. 3. ed. Antonio Carlos Marcato. São Paulo: Atlas, 2008. p. 1525.

em determinado processo. Ocorre haja ou não decisão sobre o mérito da lide levada ao Judiciário³.

A coisa julgada material somente ocorre quando há decisão do mérito da lide levada a juízo. Para que exista a coisa julgada material, necessário que exista a coisa julgada formal⁴. A *coisa julgada material* somente ocorre nos processos em que há a resolução da lide apresentada pelas partes ao Judiciário⁵. Assim, “no sistema do Código, a coisa julgada material só diz respeito ao julgamento da lide, de maneira que não ocorre quando a sentença é apenas terminativa (não incide sobre o mérito da causa)”⁶. Quando a sentença extingue o processo sem julgamento de mérito, somente ocorre a coisa julgada formal⁷. A diferença entre a coisa julgada formal e a coisa julgada material é que esta não permite nova dedução, pelas mesmas partes, da mesma questão no mesmo ou em outro processo; já aquela, permite nova discussão em outro processo⁸.

³ “A coisa julgada formal decorre simplesmente da impossibilidade de interposição de recurso contra a sentença, ou contra o acórdão que confirmou a sentença, ou extinguiu o processo, não importa tenha havido ou não julgamento da lide, do mérito. Ela é comum a toda e qualquer decisão e se refere, exclusivamente, ao processo em que foi aquela proferida.” (SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 623)

⁴ “A coisa julgada material é a eficácia, a força, que faz tornar imutável e indiscutível a sentença que não mais está sujeita a qualquer recurso ordinário ou extraordinário (art. 467). Isto quer dizer que a coisa julgada material tem alguma relação com a coisa julgada formal. Para que ocorra a primeira, há mister a ocorrência da segunda, ou seja, a preclusão de todos os recursos. Mas a recíproca não é verdadeira. Pode ocorrer a coisa julgada formal, sem que se verifique a material. O autor, em casos tais, pode fazer o mesmo pedido, com a mesma causa e contra o mesmo réu, quando a sentença transita, em outro processo, o extinguiu, sem julgamento de mérito, é exceção dos casos de perempção, litispendência e coisa julgada.” (SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 623/624)

⁵ “Coisa julgada e preclusão. Inexiste coisa julgada material se as questões decididas foram somente de natureza processual. A incidência do disposto no art. 468 do CPC supõe decisão de mérito.” (RSTJ 13/399. In: NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 586, nota 1 ao art. 468)

⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 2005. p. 483.

⁷ “A extinção de precedente demanda, sem exame do respectivo merecimento, não faz coisa julgada, senão formal.” (Lex-JTA 149/240-ilegitimidade da parte. In: NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 589, nota 10b ao art. 469)

⁸ “A coisa julgada formal atua dentro do processo em que a sentença foi proferida, sem impedir que o objeto do julgamento volte a ser discutido em outro processo. Já a coisa julgada material, revelando a lei entre das partes, produz seus efeitos no mesmo processo ou em qualquer outro, vedando o reexame da *res in iudicium deducta*, por já definitivamente apreciada e julgada.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 2005. p. 483)

A garantia da coisa julgada está prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, bem como art. 6º do Decreto-Lei nº 4.657/1942. O conceito legal de coisa julgada material é dado pelo art. 467 do Código de Processo Civil, com a seguinte redação: “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”. O conceito legal de coisa julgada é criticado pela doutrina⁹. Esta conceitua a coisa julgada como “o efeito da sentença definitiva sobre o mérito da causa que, pondo termo final à controvérsia, faz imutável e vinculativo, para as partes e para os órgãos jurisdicionais, o conteúdo declaratório¹⁰ da pretensão judicial”¹¹. Sustenta assim Celso Neves que a coisa julgada é um efeito da própria sentença e identifica a coisa julgada com a declaração, sendo o efeito constitutivo e o condenatório derivados da declaração.

A corrente *supra* é criticada por Liebman¹², o qual entende que não seria correto identificar a coisa julgada com a declaração. Nesse sentido diz que “identificar a declaração produzida pela sentença com a coisa julgada significa, portanto, confundir o efeito com um elemento novo que o qualifica”¹³. Liebman distingue os efeitos da sentença e sua imutabilidade. A sentença pode produzir efeitos, mesmo sendo passível de ser reformada. A coisa julgada seria somente

⁹ “A disposição legal não prima pela clareza, aparentemente empregando a palavra eficácia (que é a qualidade daquilo que é eficaz ou a aptidão para produzir efeitos) com o sentido de efeito (que é o resultado ou consequência de um ato ou causa) e deixando de expressar a fonte da eficácia a que se refere.” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao código de processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. IV, 2008. p. 318)

¹⁰ Quando Celso Neves diz se refere ao conteúdo declaratório, ele abrange como consequenciais da declaração o efeito constitutivo e o condenatório. Nesse sentido: “[...] observa-se que a autoridade da coisa julgada deve restringir-se ao conteúdo *declaratório* da sentença, do qual são elementos consequenciais o *constitutivo* e o *condenatório*...” (NEVES, Celso. *Coisa julgada cível*. São Paulo: RT, 1971. p. 444).

¹¹ NEVES, Celso. *Coisa julgada cível*. São Paulo: RT, 1971. p. 443.

¹² “Indicando na coisa julgada um efeito da sentença e distinguindo-lhe o evento constitutivo ou condenatório, exclui ela da autoridade do julgado estes últimos efeitos e os tornam independentes desta, o que quer dizer que a despoja daquela característica intangibilidade que a lei quis muni-los quando conferiu a autoridade da coisa julgada indistintamente a todas as sentenças que decidem a demanda.” (LIEBMAN, Enrico Túllio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4. ed. Trad. Alfredo Buzaid, Benvindo Aires e Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 23)

¹³ LIEBMAN, Enrico Túllio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4. ed. Trad. Alfredo Buzaid, Benvindo Aires e Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 23.

a imutabilidade da sentença e não a sua eficácia que existe mesmo antes de se tornar imutável¹⁴.

Adotamos a posição de Liebman, a mais aceita na doutrina nacional¹⁵. Assim, *a coisa julgada material é a imutabilidade dos efeitos substanciais da sentença de mérito*.

1.1 DECISÕES JUDICIAIS NÃO SUJEITAS À COISA JULGADA MATERIAL

A coisa julgada material ocorre em qualquer julgamento em que o mérito da demanda tenha sido apreciado e decidido pelo Poder Judiciário.

“A coisa julgada material conceituada no art. 467 se forma tão-somente no processo contencioso, em que se pode falar de lide”¹⁶. Assim, *não ocorre a coisa julgada em processo cautelar*; “não há coisa julgada material na concessão, ou não, de medida cautelar, porque o juízo sobre as necessidades de segurança prévia não se estende à totalidade da lide, à existência ou não da relação jurídica e do

¹⁴ “A eficácia da sentença deve, lógica e praticamente, distinguir-se da sua imutabilidade. Aquela pode definir-se genericamente, *como um comando*, quer tenha o fim de declarar, quer tenha o de constituir ou modificar ou determinar uma relação jurídica... Esse *comando*, na verdade, ainda quando seja eficaz, não só é suscetível de reforma por causa da pluralidade das instancias e do sistema dos recursos sobre que está o processado construído, mas ainda está exposto ao risco de ser contraditado por *outro comando*, pronunciado por um órgão do Estado... Somente por uma razão de utilidade política e social intervém para evitar esta possibilidade, tornando o comando imutável quando o processo tenha chegado à sua conclusão, com a preclusão dos recursos contra a sentença nele pronunciada... Nisso consiste, pois, a autoridade da coisa julgada, que se pode definir, com precisão, como a imutabilidade do comando emergente de uma sentença.” (LIEBMAN, Enrico Túllio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4. ed. Trad. Alfredo Buzaid, Benvindo Aires e Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 50/51)

¹⁵ “Considerada em sua relevância sobre a ordem processual, coisa julgada material é a *imutabilidade dos efeitos substanciais da sentença de mérito*. Quer se trate de sentença meramente declaratória, constitutiva ou condenatória, e mesmo quando a demanda seja julgada improcedente, no momento em que já não couber recurso algum institui-se entre as partes, em relação ao litígio que foi julgado, uma situação de absoluta firmeza quanto aos direitos e obrigações que as envolvem, ou que não as envolvem. esse *status*, que transcende a vida do processo e atinge a das pessoas, consiste na intangibilidade das situações jurídicas criadas ou declaradas, de modo que em princípio nada poderá ser feito por elas próprias nem por outro juiz ou pelo próprio legislador, que venha a contrariar o que foi decidido.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil III*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 307/308)

¹⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao código de processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. IV, 2008. p. 319.

direito subjetivo material alegado¹⁷. Na *liquidação de sentença*¹⁸ não há formação de coisa julgada porque esta já se constituiu anteriormente, no processo de conhecimento onde foi formado o título¹⁹. No *processo de execução também não há formação de coisa julgada*, porque não há lide, não havendo declaração alguma do órgão judicial sobre qualquer direito das partes, mas, simplesmente, cumprimento do que já fora anteriormente decidido; mesmo a sentença que extingue o processo de execução não forma coisa julgada²⁰. Nos *procedimentos de jurisdição voluntária, não há formação de coisa julgada*; nesta, não há litígio, e sim um negócio jurídico que depende de um ato administrativo²¹ que o complete e integre²². Não ocorre coisa julgada nas decisões interlocutórias²³; somente se pode falar em coisa julgada em decisões definitivas; para aquelas somente ocorre o fenômeno da preclusão. Theodoro Júnior ensina que “embora não se submetam as decisões interlocutórias ao fenômeno da coisa julgada material,

¹⁷ LACERDA, Galeno. *Comentários ao código de processo civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. VIII, t. I, 2007. p. 289.

¹⁸ Na liquidação por artigos, que é uma modalidade de processo de conhecimento, há formação de coisa julgada.

¹⁹ “Não faz coisa julgada a sentença homologatória de cálculos que inclui parcela ausente no *decisum* da causa de que não caiba mais recurso.” (RSTJ 37/354. In: NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 588, nota 2a ao art. 469)

²⁰ “O provimento extintivo da execução (art. 795) não exhibe carga declaratória suficiente para redundar na indiscutibilidade própria da eficácia de coisa julgada... Evidentemente, há mérito na execução; porem, não há declaração suficiente no exame desse mérito, porque o órgão judiciário não julga, mas executa. Por conseguinte, os arts. 467 a 475 não incidem na execução.” (ASSIS, Araken. *Comentários ao código de processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. VI, 2009. p. 288/289)

²¹ “Não há nesses casos, a atividade substitutiva e secundária que caracteriza a jurisdição, propriamente dita, e por isso a doutrina escusa-se de reconhecer, neles, o exercício dessa função estatal. Deles não resulta, pois, a coisa julgada que é figura conceitualmente peculiar ao procedimento contencioso.” (NEVES, Celso. *A coisa julgada civil*. São Paulo: RT, 1971. p. 472)

²² “Na chamada ‘jurisdição voluntária’, o Estado apenas exerce, através de órgãos do Judiciário, atos de pura administração, pelo que não seria correto o emprego da palavra *jurisdição* para qualificar tal atividade.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. III, 2005. p. 382)

²³ “A coisa julgada material refere-se ao julgamento proferido relativamente à lide, como posta na inicial, delimitada pelo pedido e causa de pedir. Não atinge decisões de natureza interlocutória, que se sujeitam à preclusão, vedado seu reexame no mesmo processo mas não em outro.” (RSTJ 25/430. In: NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 586, nota 4c ao art. 467)

ocorre frente a elas a preclusão, de que defluem conseqüências semelhantes às da coisa julgada formal”²⁴.

1.2 LIMITES OBJETIVOS E SUBJETIVOS DA COISA JULGADA

A coisa julgada somente se forma sobre a parte dispositiva da sentença; deve-se entender por parte dispositiva da sentença tudo o que foi decidido pelo juiz, não importando a localização topográfica da decisão²⁵. Os motivos da sentença não fazem coisa julgada (art. 471, I, do Código de Processo Civil)²⁶; contudo, devem ser tomados em consideração para o entendimento do verdadeiro e completo alcance do que foi decidido no dispositivo da decisão²⁷.

Terceiros estranhos ao processo não são submetidos ao que foi nele decidido e, por isso, não se subordinam à coisa julgada (art. 472 do Código de Processo Civil)²⁸. Somente às partes que participaram do processo se pode opor a coisa julgada. Afirma Celso Neves que “a eficácia da coisa julgada é restrita às partes. Por isso, a *eadem conditio personarum* é requisito da *exceptio*”²⁹. Todo aquele que não participa do contraditório é considerado terceiro. A inoponibilidade

²⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 2005. p. 488.

²⁵ “É exato dizer que a coisa julgada se restringe à parte dispositiva da sentença; a essa expressão, todavia, deve dar-se um sentido substancial e não formalista, de modo que abranja não só a parte final da sentença, como também qualquer outro ponto em que tenha o juiz eventualmente provido sobre os pedidos das partes.” (RT 623/125. In: NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 588, nota 8 ao art. 469)

²⁶ “A imutabilidade decorrente da coisa julgada não abrange a motivação.” (RSTJ 90/199. In: NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. Op. cit., p. 588, nota 5 ao art. 469.

²⁷ “Em conclusão, é exata a afirmativa de que a coisa julgada se restringe à parte dispositiva da sentença. A expressão, entretanto, deve ser entendida em sentido substancial e não apenas formalístico, de modo que compreenda não apenas a frase final da sentença, mas também tudo quanto o juiz porventura haja considerado e resolvido acerca do pedido feito pelas partes. Os motivos são, pois, excluídos, por essa razão, da coisa julgada, mas constituem, amiúde, indispensável elemento para determinar com exatidão o significado e o alcance do dispositivo.” (Liebman apud NEVES, Celso. *Estrutura fundamental do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 241)

²⁸ Nas ações possessórias, há uma tendência jurisprudencial em mitigar a regra de extensão da coisa julgada a quem somente foi parte no processo: “Em ação de *reintegração de posse*, em razão de “invasão de terra por diversas pessoas” e em que “o autor deixou de individualizar todas as pessoas em razão da própria dificuldade e transitoriedade ínsita em casos dessa natureza”, admite-se que “a decisão de reintegração vale em relação a todos os outros invasores”, “dada a dificuldade de nomear-se, uma a uma, as pessoas que lá se encontram nos dias atuais” (RSTJ 195/354: 4ª T., REsp 326.165. In: NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. Op. cit., p. 592, nota 1c ao art. 472).

²⁹ NEVES, Celso. *Estrutura fundamental do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 242.

da coisa julgada a este decorre da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da Constituição Federal). Os terceiros, em relação à sentença, se classificam em: a) terceiros indiferentes (que não têm relação alguma com as partes ou com o objeto do processo); b) terceiros interessados de fato (os que sofrem a repercussão da decisão judicial e da coisa julgada, sem, contudo, ostentar interesse jurídico, ou seja, sem ser titular de uma relação jurídica que sofra alterações com a decisão judicial); e c) terceiros juridicamente interessados que são “sujeitos que sofrem prejuízo jurídico decorrente da eficácia da sentença *inter alios*, quando são titulares de um interesse incompatível com o objeto da decisão”³⁰. O terceiro juridicamente interessado é o titular de relação jurídica ligada por um nexo de prejudicialidade, no plano do direito material, com o objeto da decisão. Assim, a relação jurídica decidida influi sobre a dependente, cujo elemento constitutivo tem aquela como suporte. Ensina José Roberto Cruz e Tucci que o terceiro “poderá ele insurgir-se contra a sentença por via indireta, submetendo o direito objeto de decisão no precedente processo à (re)apreciação judicial, ou, então, poderá impugnar diretamente a sentença, com o escopo de demonstrar que ela é equivocada ou injusta”³¹. Como o fundamento da não oponibilidade da coisa julgada a terceiros é o princípio do contraditório e da ampla defesa, a coisa julgada pode vincular o terceiro, desde que o favoreça³².

Mesmo nas ações relativas ao estado das pessoas, a coisa julgada somente se forma entre as partes que participaram do processo; quando o art. 472, *in fine*, reza que nas ações de estado a coisa julgada tem efeitos perante terceiros, está dizendo apenas que a eficácia constitutiva, como opera a alteração do mundo jurídico, acaba tendo que ser reconhecida por terceiros³³. Por exemplo, ninguém

³⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada cível*. São Paulo: RT, 2006. p. 347.

³¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada cível*. São Paulo: RT, 2006. p. 347.

³² “Nessas condições, com o trânsito em julgado da sentença e a conseqüente imutabilidade do comando que dela emerge, não se vislumbra, em relação ao terceiro, qualquer violação, necessidade de modificação ou estado de incerteza atual, que possa gerar-lhe interesse processual para agir contra a coisa julgada que lhe propiciou vantagem.” (TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada cível*. São Paulo: RT, 2006. p. 348)

³³ “Os casos de *representação* apontados por Savigny, como os de *subordinação* indicados por Betti, na verdade, não passam, ou de hipóteses de *substituição subjetiva no plano processual*, como é o caso do sucessor, ou de *efeitos próprios da eficácia constitutiva* da sentença, quando traz em si a *executividade imediata* que determina alteração no mundo jurídico. Nada tem com a coisa julgada que se restringe ao elemento *declaratório* da sentença, *insuscetível* de afetar terceiros.” (NEVES, Celso. *Estrutura fundamental do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 242)

pode, alegando que não foi parte em um processo de divórcio, deixar de reconhecer a nova qualificação jurídica do divorciado em um negócio jurídico. A sentença relativa ao estado das pessoas faz coisa julgada *erga omnes*, não podendo ser contestada por terceiros, porque estes não existem em questões de estado, se todos os litisconsortes da relação de direito material forem citados. Nas causas em geral, o terceiro juridicamente interessado pode impugnar uma decisão judicial, seja diretamente, recorrendo, conforme previsão do art. 499 do CPC, ou, então, propor ação autônoma que pode resultar em sentença que contradiga o que foi decidido em relação processual anterior (p. ex., uma ação anulatória de negócio jurídico, se procedente, pode ser incompatível com o comando anterior de ação reivindicatória anteriormente declarada procedente; a primeira declarou que “A” não é proprietário porque o negócio é nulo; a segunda, considerando que “A” era proprietário, deu o direito de seqüela sobre a coisa). No caso das ações relativas ao estado das pessoas, se todos os interessados tiverem participado do processo, não haverá o terceiro juridicamente interessado que possa impugnar o resultado da demanda (p. ex., em uma ação de reconhecimento de paternidade, se presentes suposto pai e filho, não haverá terceiro que possa ter interesse jurídico em contestar o resultado da ação)³⁴.

1.3 DA EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA

A eficácia preclusiva da coisa julgada é prevista no art. 474 do Código de Processo Civil³⁵⁻³⁶. É a vedação legal de que a parte, na mesma ou em outra relação processual, renove a causa já definitivamente decidida, seja repetindo os argumentos ou fatos já debatidos, seja trazendo novos argumentos ou provas

³⁴ “Em conclusão; a sentença que decide questão de estado ente contraditores legítimos não pode sofrer impugnação, por faltar a categoria do ‘terceiro juridicamente prejudicado’. Por isso, vale *erga omnes*, porquanto equivalente à eficácia natural da sentença, com a única exceção daqueles terceiros que também sejam legítimos contraditores.” (Ada Pellegrini Grinover apud LIEBMAN, Enrico Túllio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4. ed. Trad. Alfredo Buzaid, Benvindo Aires e Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 206)

³⁵ “Art. 474. Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido.”

³⁶ “Eficácia preclusiva é a *aptidão, que a própria coisa julgada material tem, de excluir a renovação de questões suscetíveis de neutralizar os efeitos as sentença cobertos por ela...* Seria muito pouco proclamar solenemente a intangibilidade da coisa julgada como uma situação de firmeza destinada a propiciar segurança jurídica àquele que foi vencedor no processo (Constituição, art. 5º, inciso XXXVI) mas ao mesmo tempo deixar o flanco aberto para novas decisões sobre pontos ou questões influentes sobre a causa que houver sido definitivamente julgada.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil III*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 330)

que poderiam ter sido discutidos no processo onde se prolatou a sentença³⁷, mas que não o foram, seja porque a parte negligenciou em trazê-los, seja porque estava impossibilitada a tanto³⁸.

Sem a eficácia preclusiva da coisa julgada, esta se tornaria pífia e inoperante. Bastaria que a parte, sabendo da pouca probabilidade de sucesso de sua demanda, deixasse de alegar ou provar algum fato para que lhe fosse aberta a possibilidade de impedir a formação da coisa julgada, ocasionando novo julgamento da demanda, desta vez apresentando as provas ou os argumentos que omitiu. A demanda julgada improcedente por ausência de provas não pode ser novamente proposta sob o argumento de que agora as provas já existem. A eficácia preclusiva impede tal expediente. Não importa a relevância da prova ou o argumento que a parte não trouxe ao processo; mesmo que seja capaz de, por si só, causar uma decisão diametralmente oposta ao decidido, não poderá, em face da eficácia preclusiva da coisa julgada, trazer ao processo para alterar a decisão³⁹. Até mesmo algumas eventuais nulidades do processo são sanadas pela eficácia preclusiva da coisa julgada⁴⁰. As nulidades que podem invalidar a sentença somente poderão ser alegadas em sede de ação rescisória, visando a desconstituir a coisa julgada, salvo a possibilidade de se desconstituir a sentença inconstitucional, como demonstraremos a seguir⁴¹.

³⁷ “O significado do art. 474 é impedir não só que o vencido volte à discussão de pontos já discutidos e resolvidos na motivação da sentença, como também que ele venha a suscitar pontos novos, não alegados nem apreciados, mas que sejam capazes de alterar a conclusão contida no decisório. São razões que a parte poderia *opor ao acolhimento do pedido* as defesas que o réu talvez pudesse levantar, mas omitiu.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil III*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 331)

³⁸ “É inviável, por ofensa à coisa julgada, a propositura de segunda ação, com o mesmo objeto, fundada em novas provas, não produzidas na primeira.” (RTJ 94/829. In: NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 586, nota 2 ao art. 468)

³⁹ “O efeito preclusivo da coisa julgada, expressamente consagrado pela disposição em exame, tem a função específica de preservar a autoridade d coisa julgada adquirida por sentença anterior, afastando a possibilidade de subsequente impugnação desta mediante alegações ou defesas não apreciadas no processo em que foi proferida.” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao código de processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. IV, 2008. p. 331)

⁴⁰ No Capítulo 2, iremos tratar dos vícios que impedem a formação da coisa julgada.

⁴¹ “Até mesmo as nulidades reputar-se-ão convalidadas, com exceção daquelas mais graves que ensejam o ajuizamento da ação rescisória, conforme previsão veiculada no art. 485 e seus incisos, bem assim, as que ensejam as demandas autônomas para a discussão de determinadas nulidades.” (VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Código de processo civil interpretado*. 3. ed. Org. Antonio Carlos Marcato. São Paulo: Atlas, 2008. p. 1533)

A eficácia preclusiva abrange tanto as questões jurídicas quanto fáticas referentes ao fato levado a juízo⁴². Vigora o *princípio do dedutível e do deduzido*. “Segundo este princípio, tem-se que tudo aquilo que poderia ter sido deduzido como argumentação em torno do pedido do autor ou da contestação, ainda que não o tenha sido, reputa-se, por ficção, como tendo sido”⁴³. A coisa julgada somente se forma nos limites do que foi decidido. Assim, se houver um *fato novo* (ulterior ao processo) capaz de gerar uma demanda que irá trazer uma decisão que seja incompatível com a decisão anteriormente decidida, não haveria o óbice da coisa julgada⁴⁴. Não haveria a tríplice identidade⁴⁵, e o que haveria é uma nova demanda que não pode ser obstaculizada pela coisa julgada formada em outra demanda⁴⁶.

Contudo, há que se considerar que, para a proteção da coisa julgada, deve-se evitar que a parte proponha outra demanda que poderia ter sido deduzida em defesa ou em reconvenção que possa ocasionar pronunciamento judicial que contrarie o que ficou definitivamente decidido anteriormente⁴⁷.

⁴² “A norma do art. 474 do CPC faz com que se considerem repelidas também as alegações que poderiam ser deduzidas e não o foram, o que não significa haja impedimento a reexame em outro processo, diversa a lide.” (RSTJ 37/413. In: NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 595, nota 4 ao art. 474)

⁴³ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 8. ed. São Paulo: RT, v. 1, 2006. p. 505.

⁴⁴ “Diferente, porém, é a situação se existe um *fato novo* ou diferente que venha a constituir fundamento jurídico para outra demanda. Nesse caso, o problema da coisa julgada não se põe, porque o fato que constitui fundamento jurídico novo enseja outra demanda diferente e a coisa julgada se refere a demandas idênticas nos três elementos: mesmas partes, mesmo pedido e mesma causa de pedir.” (GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2^o v., 2000. p. 248)

⁴⁵ “Para que se opere a coisa julgada, deve haver a tríplice identidade entre as ações, ou seja, suas partes, causa de pedir e pedido devem ser os mesmos.” (STJ, 3^o T., REsp 332.959, Rel^o Min. Nancy Andrighi, J. 07.06.2005, não conheceram, v.u., DJU 27.06.2005, p. 363. In: NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 585, nota 2 ao art. 467)

⁴⁶ Em sentido contrário: “A coisa julgada atinge o pedido e a sua causa de pedir. Destarte, a eficácia preclusiva da coisa julgada (art. 474 do CPC) impede que se infirme o resultado a que se chegou em processo anterior com decisão trânsita, ainda que a ação repetida seja outra, mas que por via oblíqua desrespeite o julgado anterior.” (STJ, 1^a T., REsp 712.164, Rel. Min. Luiz Fux, J. 06.12.2005, deram provimento, v.u., DJU 20.02.2006, p. 224. In: NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. Op. cit., p. 588, nota 6 ao art. 469)

⁴⁷ “Por isso se afirma que demandas pleiteando direitos, embora diversos daqueles já acertados definitivamente em juízo, mas dedutíveis em defesa ou reconvenção no primeiro processo, não mais podem ser postuladas. Visando resguardar a intangibilidade da coisa julgada, demanda posterior, versando situação subjetivamente incompatível, embora objetivamente diversa daquela decidida, não

A coisa julgada não pressupõe que a questão seja de fato resolvida no processo. Questões efetivamente resolvidas no processo ficam fora da autoridade da coisa julgada, como as razões da decisão ou as questões incidentes. Já questões não resolvidas no processo, mas que poderiam tê-lo sido, ficam acobertadas pela imutabilidade da coisa julgada, por escolha do ordenamento jurídico⁴⁸.

Nem se diga que a eficácia preclusiva poderia gerar situações injustas⁴⁹. Trata-se de uma escolha do sistema positivo vigente pela segurança jurídica a partir de certo momento. Não se pode eternizar a busca da justiça, sob pena de se eternizar os litígios. A própria razão da existência da garantia da coisa julgada é a falibilidade do juiz. É impossível buscar, eternamente, a decisão mais perfeita, a mais adequada à realidade, a que mais condiz com o espírito da lei. O direito que pressupõe o mínimo de segurança jurídica e estabilidade das relações jurídicas. Assim, a partir de determinado momento, a decisão vale pelo que diz, não importando o que efetivamente está por trás dos fatos alegados no processo, da desconformidade da decisão com a realidade subjacente ao processo. A sentença não transforma a realidade; esta, por uma necessidade do sistema, que, em algum momento, deve por termo à questão discutida, torna-se irrelevante e indiscutível no processo. Não transforma a coisa julgada o branco em preto; o que ocorre é que ao sistema, a partir de certo momento, não interessa saber se o que foi declarado preto é branco⁵⁰.

pode ser proposta. Primeiro porque já poderia a parte tê-la deduzido em defesa ou reconvenção; depois porque sua propositura em separado implica retorno da discussão sobre a atribuição do bem da vida conferido na demanda anterior." (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 96/97)

⁴⁸ "De um lado, mesmo as questões efetivamente resolvidas, como pressupostos (fáticos e jurídicos) da decisão sobre o pedido, ficam de fora do âmbito da *res iudicata*, e por isso podem ser livremente suscitadas e apreciadas em processo ulterior *sobre lide diversa*. De outro lado, até as questões *não resolvidas* subtraem-se a nova apreciação em processo ulterior *sobre a mesma lide* (ou, adite-se, sobre lide subordinada). O que se protege com a autoridade da coisa julgada material (= o que se tona imutável) é só o resultado final do pleito; mas este fica protegido (= conserva-se imutável) sejam quais forem as questões que alguém pretenda suscitar para atacá-lo, ainda que delas se pudesse ter valido, no primeiro feito, como arma (de ataque ou de defesa), entretanto lá não utilizada." (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Considerações sobre a chamada "relativização" da coisa julgada material*. Temas de direito processual civil. 9. sér. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 241/241)

⁴⁹ "Em um sistema ideal, hipotético, em que nenhum juiz jamais errasse, seria desnecessário preocupar-se com 'imunizar' a decisão de pleitos de reexame... a autoridade da *res iudicata* é imposta precisamente porque as coisas não se passam desse modo; ela é imposta porque se erra." (TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 584/585)

⁵⁰ "Há situações jurídicas que, ao se formarem, pressupõe *desconformidade* com a situação anterior, e delas se diz que têm eficácia *constitutiva*. Outras há que, ao contrário, pressupõe *conformidade*, ao

2 DOS VÍCIOS DA SENTENÇA E A FORMAÇÃO DA COISA JULGADA

Para que haja a coisa julgada, a sentença tem que julgar o mérito da demanda. Porém, ainda se faz necessário que a sentença não padeça de vício. Conforme nos ensina Celso Neves, “são requisitos de formação da coisa julgada, portanto: a) o exercício de jurisdição contenciosa; b) a validade da sentença, como ato jurídico processual”⁵¹.

A sentença válida é a que não apresenta nulidades. Pode ser reformável, porque ilegal ou injusta, sem que seja nula ou anulável. “Sentença válida propriamente dita não é sentença irreformável, mas sim aquela que, podendo gerar efeitos normais, não padece de vício que a torne nula ou anulável”⁵². A sentença é um ato jurídico processual. Tal como qualquer ato jurídico, pode padecer de vícios. A sentença, como ato jurídico processual deve, primeiramente, existir; existindo, deve ser proferida de acordo com as normas que regem a matéria⁵³, sob pena de invalidade⁵⁴.

menos no essencial, com a situação anterior: a respectiva eficácia é meramente *declaratória*. Mas ainda há uma terceira categoria, em que a nova situação jurídica *independe da conformidade ou desconformidade* com a anterior; e aí se tem eficácia *preclusiva*. Nas situações dotadas desse terceiro tipo de eficácia, abstrai-se por completo do que ficou para trás: nada importa que se haja ou não divergido da situação preexistente; faz-se tábua rasa dessa situação; todo e qualquer efeito que haja de ser produzido emanará da *nova situação*. Opera-se, por assim dizer, uma *cisão* entre o que passou e o que agora existe, de modo que já não é possível remontar à fonte senão na estrita medida em que o direito positivo, a título excepcional, o permita...pois bem: é nessa terceira classe de situações que se enquadra a coisa julgada material. Desde que ela se configure, já não há lugar – salvo expressa exceção legal – para indagação alguma acerca da situação anterior. Não porque a *res iudicata* tenha a virtude mágica de transformar o falso em verdadeiro (ou, conforme diziam textos antigos em termos pitorescos, de fazer do quadrado redondo, ou do branco preto), mas simplesmente porque ela torna juridicamente *irrelevante* – sempre com a ressalva acima – a indagação sobre falso e verdadeiro, quadrado e redondo, branco e preto.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material*. Temas de direito processual civil. 9. sér. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 242/243)

⁵¹ NEVES, Celso. *A coisa julgada civil*. São Paulo: RT, 1971. p. 480.

⁵² SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2009. p. 220.

⁵³ “O fato jurídico, primeiro, é; se é, e somente se é, pode ser *válido, nulo, anulável, rescindível, resolúvel* etc.; se é, e somente se é, pode irradiar efeitos, posto que haja fatos jurídicos que não os irradiam, ou ainda não os irradiam.” (Pontes de Miranda apud ASSIS, Araken. *Manual da execução*. 11. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 1100)

⁵⁴ “Daí que, no que tange aos atos jurídicos, a adequação do fato à norma envolve dois estágios distintos. O primeiro presta-se à correspondência básica do ato ao conceito, ao tipo, trazido na norma. Havendo essa primeira correspondência, o ato já é juridicamente relevante (em certas situações, estará apto a produzir, em algum grau, efeitos jurídicos). No entanto – e diferentemente do que ocorre com os fatos

2.1 DA NULIDADE ABSOLUTA E DA NULIDADE RELATIVA DO ATO PROCESSUAL

O ato jurídico processual pode ser eivado de nulidade absoluta e nulidade relativa. Há esta quando houver violação de norma que busca resguardar interesse da parte; ocorrendo a nulidade relativa, somente por provocação da parte pode haver a decretação do vício do ato⁵⁵. Ocorre a nulidade absoluta quando há violação de norma que se destina a proteger interesse de ordem pública; a nulidade absoluta deve ser decretada pelo juiz, independentemente de pedido da parte⁵⁶.

Parte da doutrina insere entre os vícios do ato jurídico processual a anulabilidade. Esta ocorreria quando houvesse violação de normas dispositivas⁵⁷. Entretanto, a distinção entre ato nulo e ato anulável não se compatibiliza com o caráter publicístico do processo. O ato nulo seria aquele que não produz efeito algum, sendo, inclusive, desnecessária a declaração de sua nulidade; o ato anulável seria aquele que produz efeitos, dependendo de declaração judicial para que sejam cessados seus efeitos⁵⁸. Entretanto, no processo, todo ato judicial produz efeitos, dependendo de expressa decisão judicial decretando a existência

jurídicos em sentido estrito e os 'atos-fatos' - a adequação não para aí. A representação conceitual do ato ainda não basta para acionar as conseqüências jurídicas imputadas ao ato de modo pleno e integral. O passo seguinte consiste na verificação do cumprimento das 'regras técnicas' para a obtenção dos efeitos aos quais a 'declaração' tende. O primeiro passo concerne à existência jurídica do ato. O segundo, à sua validade." (TALAMINI, Eduardo. *A coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 289)

⁵⁵ "Quando é exclusivamente da parte o interesse visado pela determinação legal da forma, então se trata de *nulidade relativa*, que o juiz não decretará de-ofício e, portanto, só pode ser decretada mediante provocação da parte prejudicada." (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo et al. *Teoria geral do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 344)

⁵⁶ "Às vezes a exigência de determinada forma do ato jurídico visa a preservar interesses da ordem publica no processo e por isso quer o direito que o próprio juiz seja o primeiro guardião de sua observância. Trata-se, aqui, da *nulidade absoluta*, que por isso mesmo pode e deve ser decretada de ofício, independentemente de provocação da parte interessada." (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo et al. *Op. cit.*, p. 343)

⁵⁷ "Assim sendo, ter-se-á nulidade absoluta quando for violada uma norma cogente de proteção do interesse publico; nulidade relativa quando se infringir norma cogente de tutela de interesse privado; e, por fim, anulabilidade, quando for transgredida norma jurídica dispositiva." (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. I, 2008. p. 246)

⁵⁸ "A anulação deve ser sempre pleiteada através de ação judicial; a nulidade, quase sempre, opera *pleno jure*, ressalvada a hipótese em que se suscite dúvida sobre a existência da própria nulidade, caso em que se tornará imprescindível a propositura de ação para o reconhecimento de sua ocorrência, pois a ninguém é lícito fazer justiça com as próprias mãos." (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 1º v., 1997. p. 272)

da nulidade, seja relativa, seja absoluta. A nulidade do ato processual somente existe após o pronunciamento judicial⁵⁹. Desta forma, não existe a distinção do direito privado entre ato nulo e anulável. No direito processual, toda nulidade necessita de prévia declaração⁶⁰.

O ato nulo gera efeitos. A validade não se confunde com a eficácia. O ato inválido pode produzir efeitos. O ato válido pode não produzir efeitos. Somente o ato inexistente não produz efeitos⁶¹. O que diferencia o ato válido do ato inválido com relação aos efeitos é que os efeitos deste são precários, vulneráveis, instáveis, visto que podem deixar de produzir efeitos com uma possível decretação de nulidade⁶², o que não ocorre com os atos válidos, em que os efeitos são permanentes, visto não poderem, em tese, ser extirpados por decisão posterior.

2.2 DA SENTENÇA INJUSTA

A injustiça não se confunde com a validade da sentença. Esta, como ato processual, pode ser perfeita, ou seja, reunir todos os requisitos de validade e, entretanto, fazer um juízo errado, incompatível com o disposto na norma

⁵⁹ “Mesmo quando eivado de vício que determina a sua *nulidade*, porém, o ato processual considera-se valido e eficaz, deixando de sê-lo apenas quando um pronunciamento judicial decreta a nulidade: a ineficácia do ato decorre sempre do pronunciamento judicial que lhe reconhece a irregularidade. Assim sendo, o estado de ineficaz é subsequente ao pronunciamento judicial.” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo et al. *Teoria geral do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 340)

⁶⁰ “A concepção publicista dos atos do Poder Judiciário e da técnica que conduz à sua anulação quando defeituosos exclui os conceitos de *anulabilidade do ato processual* e de *ato processual anulável*... Em direito processual, onde os defeitos do ato não o impedem de produzir efeitos e é necessário que uma decisão judiciário os neutralize, é adequado falar em *anulação do ato viciado*. Muito diferentemente do que se dá em direito privado, o nulo processual depende sempre de anulação, quer se trate de nulidade absoluta ou relativa.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, v. II, 2009. p. 607/608)

⁶¹ “É erro tão comum quanto lastimável entender que o nulo não gera efeitos. Existir, valer e ser eficaz são conceitos tão inconfundíveis que o fato jurídico pode ser, valer e não ser eficaz, ou ser, não valer e ser eficaz... o que se não pode dar é valer e ser eficaz, ou valer, ou ser eficaz, *sem ser*; porque não há validade, ou eficácia do que não é. Daí por que o ato processual nulo produz efeitos, se e enquanto o juiz não o desconstituir, *ex officio*, ou a requerimento da parte.” (ASSIS, Araken. *Manual da execução*. 11. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 1106)

⁶² “Já os atos inválidos podem por vezes produzir, ainda que em caráter precário, os efeitos típicos do ato. Portanto, os atos inválidos podem ser eficazes. Mas essa eficácia não é idêntica nem equiparável à dos atos validos. É vulnerável, instável. A eficácia do ato nulo poderá vir a ser obstada e extinta, e os efeitos já produzidos, removidos – conforme entrem em ação os instrumentos de ataque à nulidade. Assim, é menor o grau de eficácia dos atos inválidos. Eles são quando menos potencialmente ineficazes.” (TALAMINI, Eduardo. *A coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 292)

de direito material, com as provas constantes dos autos, decidindo de forma distoante dos fatos ou do direito alegado. Tal sentença será uma sentença injusta⁶³, porém válida⁶⁴.

2.3 DA SENTENÇA NULA

A sentença nula é a que contém uma nulidade no próprio ato final do processo (a decisão final) ou a que é maculada de nulidade não sanada ocorrida ao longo da relação processual.

Os atos processuais praticados ao longo do processo podem levar à nulidade de todo o processo e, conseqüentemente, da sentença, por aplicação do princípio da causalidade. Este “impõe que a nulidade de um ato do procedimento contamine os posteriores *que dele sejam dependentes*, com a conseqüência de dever-se anular todo o processo, a partir do ato celebrado com imperfeição”⁶⁵.

A eficácia da sentença nula subsiste até que seja retirada do ordenamento por decisão judicial que reconheça a nulidade. A nulidade da sentença não se

⁶³ “A sentença que estabelece uma solução não contemplada no ordenamento tem um defeito em seu conteúdo. Enquadra-se na noção de *sentença injusta...* Mas, bem por isso, tal ato tem existência jurídica. Não lhe falta comando nem outro aspecto para o enquadramento no núcleo conceitual de sentença. Sustentar que a sentença, por ser errada no julgamento ou conclusão que contem, é juridicamente inexistente implicaria, em termos lógicos, eliminar a categoria das *sentenças injustas* transferindo-as para o âmbito das sentenças inexistentes.” (TALAMINI, Eduardo. *A coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 316)

⁶⁴ “É que a sentença não é apenas uma dicção prescritiva que, para ser válida, deve guardar consonância com o modelo descrito abstratamente na norma jurídica. Além disso, a própria sentença (como qualquer ato decisório) contém um *juízo* acerca da subsunção de outros fatos a normas. A dicção prescritiva, o comando, veiculado na sentença funda-se em tal juízo. Daí que a sentença, em concreto, pode guardar consonância com os elementos e requisitos previstos na lei para a configuração de uma sentença válida e, no entanto, conter um juízo incorreto (seja por reputar havidos fatos inexistentes, ou vice-versa; seja por aplicar erroneamente normas aos fatos apurados). Vale dizer, a sentença pode ser perfeita como ato processual, mas *incorreta* ou *injusta* no julgamento que veicula. Na expressão tradicional, pode não haver *error in procedendo* e sim *error in iudicando*. Nessa hipótese, especialmente quando o erro de julgamento concerne ao mérito (o objeto do processo), fala-se em *sentença injusta*, como algo distinto de *sentença nula*.” (TALAMINI, Eduardo. *A coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 296)

⁶⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo et al. *Teoria geral do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 342.

opera, nunca, de pleno direito⁶⁶. A doutrina elenca várias hipóteses de sentenças nulas: sentença sem relatório e fundamentação⁶⁷, falta de correlação entre pedido e sentença, ausência de condições da ação, imposição de uma condenação condicional⁶⁸, sentença que imponha uma prestação juridicamente ou fisicamente impossível⁶⁹ e sentença proferida por juiz absolutamente incompetente⁷⁰.

O que acarreta a nulidade da sentença são somente as violações de regras de direito processual; violações de regras de direito material são questões de mérito que não causam a nulidade da sentença⁷¹.

⁶⁶ “A sentença será nula quando portadora de algum vício intrínseco (*nulidade inerente* ou *intrínseca*) ou quando estiver contaminada pelo defeito de algum ato processual anterior (*nulidade decorrente* ou *derivada* – CPC, art. 248). Em qualquer dessas hipóteses, a sentença nula é eficaz até que um outro pronunciamento jurisdicional lhe declare a invalidade e imponha a *sanção de nulidade*: não há sentenças nulas *de pleno direito*.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, v. III, 2009. p. 714)

⁶⁷ “Sentença nula é aquela a que faltam relatório e fundamentação (art. 458, I e II). Também o é a que se profere sem a regular formação do processo, seja na sua origem, seja no seu desenvolvimento. E ainda pode ser nula a sentença que foi dada em processo onde ocorrera nulidade ou vício não sanados pela nulidade.” (SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2009. p. 221)

⁶⁸ “Os vícios inerentes à própria sentença, que lhe determinam a nulidade, são (a) *formais*, quando consistentes na inobservância dos requisitos de modo, lugar ou tempo exigidos em lei, ou (b) *substanciais*, quando o *conteúdo* da sentença contraria regras de direito processual. Constituem vícios substanciais a falta de *correlação* com a demanda, o julgamento do mérito apesar de ausente uma condição da ação, a imposição de uma condenação condicional.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, v. III, 2009. p. 715)

⁶⁹ As sentenças que imponham um comando fica ou juridicamente impossível são nulas, apesar de haver entendimento de que seria inexistente, como será analisado a seguir.

⁷⁰ “Mas, em se tratando de pura questão de competência, todo julgamento de órgão jurisdicional surte seus efeitos definitivos, nos limites em que foi proferido, porque, qualquer que seja a disposição legal que disciplina a matéria, a jurisdição é uma... Se o art. 485, II, diz que é rescindível a sentença proferida por juiz incompetente absolutamente, não pode ela ser considerada inexistente, quando foi outro órgão, mas também jurisdicional, quem a proferiu.” (SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2009. p. 223)

⁷¹ “Os vícios de conteúdo que inquinam a sentença e produzem sua nulidade substancial são somente aqueles consistentes em violação a regras processuais (*errores in procedendo*). Os erros de direito material não são causa de nulidade (*errores in iudicando*). Conseqüência prática: qualquer que seja o vício causador de nulidade (formal ou substancial, mas sempre de direito processual), o tribunal anulará a sentença e, conforme o caso, determinará que outra seja proferida pelo juiz inferior – enquanto que a contrariedade ao direito material conduz à reforma da sentença mediante novo julgamento de *meritis*, sem nada anular.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, v. III, 2009. p. 715)

2.4 DA SENTENÇA INEXISTENTE

Conforme lição da doutrina, “não se deve confundir nulidade com inexistência da sentença. Sentença nula existe e pode até convalescer. Sentença inexistente nem como tal pode ser tratada, porque é nenhuma, não existe”⁷².

A sentença, como ato jurídico processual, pode se revestir de nulidade quando houver violação de normas cogentes. Entretanto, “outras vezes, ao ato jurídico processual faltam elementos essenciais à sua constituição, a ponto de ser inexistente perante o direito”⁷³. A principal consequência prática da distinção entre sentença inexistente⁷⁴ e sentença nula/anulável é que esta é capaz de ser revestida pelo manto protetor da coisa julgada. Aquela de modo algum produz efeitos⁷⁵, não necessitando ser rescindida porque não existe, devendo, apenas, a qualquer momento, ser declarada sua inexistência⁷⁶.

A sentença sem dispositivo somente é inexistente se não há como tirar qualquer comando da decisão. Se, a despeito da falta de uma parte dispositiva da sentença, da leitura do relatório e fundamento for possível extrair algum

⁷² SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2009. p. 223.

⁷³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo et al. *Teoria geral do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 344.

⁷⁴ “São juridicamente inexistente (a) a sentença proferida por quem não é juiz, porque esse prolator não exerce jurisdição alguma, (b) a sentença *não assinada*, porque não é portadora do atestado da vontade do Estado-juiz, (c) a sentença desprovida de *dispositivo*, porque neste é que reside o concreto preceito portador da tutela jurisdicional, (d) as sentenças que pretendam impor *um resultado material ou juridicamente impossível*. Não há na lei a cominação de inexistência jurídica da sentença, nem seria necessário, porque essa qualificação decorre de sua própria inaptidão intrínseca a produzir efeitos.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, v. III, 2009. p. 713)

⁷⁵ “A sentença é juridicamente inexistente quando *incapaz, por si própria, de produzir os efeitos programados*. Ela existe como um fato, não é um *nada histórico* – mas, porque não produz efeitos, perante o direito reputa-se inexistente. E, porque não os produz, não é suscetível de ficar imunizada pela coisa julgada material – sabido que essa autoridade incide sobre os efeitos substanciais da sentença, que a sentença juridicamente inexistente não tem.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, v. III, 2009. p. 713)

⁷⁶ “O ato inexistente se distingue do inválido: aquele é incapaz de gerar efeitos; este, ao contrário, entra no mundo jurídico, embora deficientemente, e nele produz seus efeitos naturais. De resto, o ato deficiente precisa ser desfeito; o ato inexistente apenas se declara como tal. A inexistência constitui imprescindível dado referencial, contrastando com a invalidade. Prescindindo-se da subentendida existência jurídica, por exemplo, não há sentido em tutelar o aparente.” (ASSIS, Araken. *Manual da execução*. 11. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 1101)

comando da decisão, há sentença, não se podendo falar em sentença inexistente⁷⁷. Mesmo que a sentença seja incompreensível na sua fundamentação, mas, se possível extrair um comando do que foi decidido, existirá sentença. Somente se a falta de fundamentação ou a fundamentação contraditória impedir a inteligência do que foi estatuído na sentença poder-se-á falar em inexistência⁷⁸.

Já as sentenças que imponham um comando juridicamente impossível são existentes, apesar de injustas. “A idéia de sentença ‘juridicamente impossível’ como sentença inexistente despreza a circunstância inafastável de que cabe ao órgão jurisdicional dizer o que é e o que não é juridicamente possível”⁷⁹. A sentença que expede comando juridicamente impossível tem um vício no mérito do que foi decidido⁸⁰. Trata-se de sentença injusta que deve ser combatida pelos recursos e ação rescisória. Caso não combatida a sentença que impôs prestação juridicamente impossível, haverá a coisa julgada. As sentenças que imponham prestação fisicamente impossível também existem. Não se pode negar que a prestação principal, juridicamente impossível, em fase de execução, pode ser convertida em perdas e danos. Também há a condenação em verbas de sucumbência que existem, independentemente da impossibilidade física de cumprir o comando da sentença. Assim, tais sentenças são injustas e não inexistentes, passíveis de serem acobertadas pela coisa julgada⁸¹.

⁷⁷ “É possível que a parte dispositiva no texto da sentença propriamente não exista, ou seja incompleta, mas mesmo assim fique claro qual o comando jurisdicional que se está emitindo. Nessa hipótese, a sentença contém *decisum* e é juridicamente existente.” (TALAMINI, Eduardo. *A coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 310)

⁷⁸ “A sentença incompreensível (aquela que contém contradições invencíveis, afirmações das quais não se possa extrair significado nenhum, indeterminadas ou incertas) apenas será juridicamente inexistente na medida em que esse defeito atinja integralmente o aspecto dispositivo, a ponto de impedir a mínima definição do sentido do *decisum*. Se apenas a fundamentação for incompreensível, sendo identificável o dispositivo, a sentença existe.” (TALAMINI, Eduardo. *A coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 311)

⁷⁹ TALAMINI, Eduardo. *A coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 318.

⁸⁰ “A impossibilidade jurídica de tais comandos acaba sempre recaindo em um problema de mérito. Há uma sentença *contra ius*: gravemente injusta, patentemente injusta – mas injusta, e não inexistente.” (TALAMINI, Eduardo. *A coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 317)

⁸¹ “Restam os casos em que sempre foi praticamente impossível o resultado específico que o comando judicial pretende impor. Mas ainda nessa hipótese não será possível afirmar generalizadamente a inexistência ou ineficácia absoluta do pronunciamento. De fato, em algumas situações, a inexequibilidade da sentença não conduzirá à conversão em perdas e danos... contudo, nem nesse exemplo é admissível concluir que a sentença como um todo não existe ou é ineficaz: eventual capítulo acessório sobre condenação de sucumbência será eficaz (ainda que injusto)... Além disso, em outros casos, caberá considerar a possibilidade de conversão em perdas e danos. Não há dúvidas de que, em determinadas situações, o comando praticamente impossível estará retratando uma sentença

A doutrina costuma qualificar como inexistente a sentença proferida em processo onde a petição inicial é subscrita por quem não é advogado legalmente constituído⁸². Entretanto, deve haver uma diferenciação do caso em que não existe procuração dada pelo patrono da causa ao advogado, legalmente habilitado ou não, da que exista a procuração, mas o advogado não tenha a capacidade postulatória. Quando não existe mandado, não há processo porque a parte sequer iniciou a relação processual; assim, eventual sentença é, de fato, inexistente. Quando existir procuração dada a alguém que, na verdade, não é advogado legalmente habilitado, existe o processo, apesar da existência de nulidade, conforme preceito do art. 4º do Estatuto da OAB⁸³.

Segundo parte da doutrina, a sentença que desrespeita o princípio da correlação seria nula⁸⁴. Entretanto, *data venia*, a falta de correlação entre o pedido e a sentença pode ocasionar a inexistência da decisão. No caso das sentenças *cifra petita*, ocorre a falta de sentença no ponto em que se omitiu o julgador de decidir. Não ocorre nulidade do pronunciamento. Ocorre ausência de jurisdição no ponto em que foi omissivo o julgador e ocorre, assim, a inexistência da sentença no ponto que restou não decidido⁸⁵. Quanto às sentenças *extra petita*, também

absurdamente errada, desarrazoada... sentença juridicamente existe e, ultrapassada a possibilidade de ação rescisória, caberá a concreta consideração do caso, para se definir se é razoável a quebra da coisa julgada. Mesmo porque, em outros tantos casos de sentença 'inexequível', não se porá semelhante problema de grave injustiça da decisão." (TALAMINI, Eduardo. *A coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 322/323)

⁸² "Não havendo dispositivo, a sentença não contém nenhuma decisão e, assim, não poderá ser reconhecida como uma sentença. Sentença sem decisão, passe o truísmo, é sentença que não sentencia. O mesmo se deve dizer da sentença proferida por quem não é juiz, ou da petição inicial subscrita por quem não seja advogado regularmente constituído." (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. I, 2008. p. 245)

⁸³ "No entanto, a ausência de advogado legalmente constituído e sem óbices à atuação não implica a inexistência do ato, mas apenas a sua nulidade (Lei nº 8.906/1994, art. 4º)... a falta de mandato implica a própria impossibilidade de atribuição do ato ao suposto representado – e, portanto, a inexistência do ato como ato do suposto representado. A falta da condição de advogado legalmente habilitado e sem óbices para atuar não gera semelhante consequência." (TALAMINI, Eduardo. *A coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 357)

⁸⁴ "Os vícios inerentes à própria sentença, que lhe determinam a nulidade, são (a) *formais*, quando consistentes na inobservância dos requisitos de modo, lugar ou tempo exigidos em lei, ou (b) *substanciais*, quando o conteúdo da sentença contraria regras de direito processual. Constituem vícios substanciais a falta de correlação com a demanda, o julgamento do mérito apesar de ausente uma condição da ação, a imposição de uma condenação condicional." (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, v. III, 2009. p. 715)

⁸⁵ "A falta de *decisum* sobre a integralidade do objeto do processo (ausência de pronunciamento sobre uma ou algumas das pretensões postas; exame de apenas parte de uma pretensão etc.) faz com que inexista sentença em relação à pretensão ou parcela de pretensão não decidida. O problema, nesse

ocorre inexistência da sentença. Ocorre pronunciamento judicial sobre pretensão que não era objeto do processo e não há sobre o que era objeto do processo. Desta forma, com relação a este, não há pronunciamento judicial, o que ocasiona inexistência de julgado em relação à pretensão levada a juízo⁸⁶.

É existente a sentença proferida em processo no qual houve conluio das partes, sendo hipótese de rescisória, o que confirma a sua existência⁸⁷.

A sentença em que houve afronta ao princípio do contraditório e da ampla defesa é nula, porém existente. A falta de intimação de qualquer ato processual não ocasiona o início de prazo para defesa ou recurso. Assim, uma sentença da qual uma das partes não foi regulamente intimada não forma o trânsito em julgado com relação a ela, que poderá recorrer a partir do momento em que tiver ciência da decisão⁸⁸.

A falta de fundamentação da sentença conduz à nulidade da sentença, conforme preceito expresso no art. 93, IX, da Constituição Federal⁸⁹. Assim, a sentença sem fundamentação é existente, salvo se a falta de fundamentação for

caso, não é propriamente de nulidade da sentença. Se há ausência de comando jurisdicional acerca de parte do objeto do processo, cabe reconhecer que não existe sentença quanto a essa parcela.” (TALAMINI, Eduardo. *A coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 313)

⁸⁶ “É também o que se dá na sentença *extra petita* (sentença que só se pronuncia sobre pretensão estranha ao objeto do processo). Nessa hipótese, além do defeito relativo ao pronunciamento sobre pretensão alheia ao objeto do processo, *não há* dispositivo acerca do objeto do processo. consequentemente, não existe sentença a respeito dele.” (TALAMINI, Eduardo. *A coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 313)

⁸⁷ “É existente inclusive a sentença resultante de conluio entre as partes com o objetivo de fraudar a lei (‘sentença fraudulenta’; sentença em ‘processo simulado’). Também nesse caso o ordenamento brasileiro contém regra expressa que confirma diretriz acima indicada (CPC, art. 485, III, parte final).” (TALAMINI, Eduardo. *A coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 333)

⁸⁸ “Assim, cerceamento à produção probatória acarretará apenas a nulidade da sentença. Do mesmo modo, falhas de intimação no curso do processo poderão acarretar nulidade, a ser argüida na primeira ocasião que a parte tenha para se manifestar. Porém, não implicarão inexistência da decisão final. Há apenas uma hipótese que deve ficar ressalvada: se o sucumbente (*rectius*: seu advogado) não for devidamente intimado do pronunciamento final, não correrão os prazos recursais contra ele e, por conseguinte, não advirá o trânsito em julgado em face dele. Mas o caso não será de inexistência da sentença e, sim, de ausência de trânsito em julgado – se o qual não haverá, ainda, coisa julgada. Permanecerá íntegro o direito de recorrer, correndo o prazo apenas quando houver ciência espontânea da sentença ou a regular intimação.” (TALAMINI, Eduardo. *A coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 360/361)

⁸⁹ “A Constituição de 1988 também se ocupou em ressaltar o valor da fundamentação como garantia do processo. No entanto, ao fazê-lo, cominou a *nulidade* do ato – e não sua inexistência – como consequência do descumprimento do dever de motivar (art. 93, IX).” (TALAMINI, Eduardo. *A coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 312)

de tal gravidade que impeça de se saber o comando da sentença, o que implicará em falta de dispositivo e, conseqüentemente, a inexistência da decisão.

A propositura de processo contra parte falecida é inexistente em relação aos herdeiros que deveriam ter sido parte no feito. Na verdade, ocorre a não vinculação de quem não foi e deveria ter sido parte, sendo a sentença, assim, inexistente em relação a esta⁹⁰.

2.5 DA EFICÁCIA SANATÓRIA DA COISA JULGADA

A inexistência jurídica não é nunca sanável. Mesmo que a parte demore muito para tomar qualquer providência ou nem a tome em momento algum, o ato continua inexistente⁹¹. Não cabe sequer recurso contra ato inexistente⁹². Desta forma, não ocorre coisa julgada em sentença inexistente⁹³.

Se a parte não foi chamada a integrar a relação processual, não ocorre a formação da relação trilateral entre autor, réu e juiz. Se o réu não foi chamado à relação processual, eventual decisão é ineficaz quanto a ele. Nem mesmo o trânsito em julgado ocasiona efeitos em relação ao réu não chamado ao processo.

⁹⁰ “No entanto, o mais comum é que, embora não exista a parte posta como autora ou ré, o objeto do processo diga respeito a alguém que de fato e de direito existe e não figurou como parte no processo (pois, em seu lugar, foi posta a ‘parte inexistente’). Vale dizer: o defeito não reside apenas na inexistência da ‘parte’, mas na não inclusão, na relação processual, daquele sujeito que detinha legitimação em relação ao objeto. Uma ação, ao ser proposta contra alguém que não existe, deixa de ser proposta contra alguém que existe e era, em vista do objeto da demanda, o legitimado passivo. É o que normalmente ocorre na hipótese de ação formulada contra réu morto. A ação deixa de ser proposta contra os atuais legitimados, os sucessores. Nesse caso, uma sentença de procedência nada significará em face da ‘parte’ que já não existia quando proposta a demanda. E em relação aos verdadeiros legitimados passivos, que foram mantidos alheios ao processo, não existirá sentença que os vincule como partes. A posição deles equivale à de um réu não citado em processo que lhe corre à revelia.” (TALAMINI, Eduardo. *A coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 359)

⁹¹ “A inexistência jurídica da sentença não é suscetível de sanção, quer pela coisa julgada ou por inércia da parte prejudicada, porque a sentença inexistente é por si própria incapaz de produzir os efeitos programados – ainda quando algum ou muito tempo haja decorrido e mesmo que a parte deixe de opor recurso.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, v. III, 2009. p. 717)

⁹² “A inexistência não convalesce jamais. Em outros termos, o ato inexistente não passa a existente em qualquer hipótese. Não há meio de se fazer com que o ato inexistente passe a existir. Conseqüência disto é que, por exemplo, contra uma decisão inexistente não cabe recurso (como recorrer contra um provimento que não existe?) nem ocorre seu trânsito em julgado.” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. I, 2008. p. 245)

⁹³ “Se a própria sentença for juridicamente inexistente, porém, então ela não tem intrinsecamente condição para produzir efeitos; conseqüentemente, não passa em julgado e a qualquer tempo poderá o vício ser declarado.” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo et al. *Teoria geral do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 346)

“Transitada, sana-se o vício da nulidade, mas os que deviam estar no processo e não estiveram não ficam sujeitos à definitividade dos efeitos da sentença”⁹⁴. Na sentença ineficaz, normalmente, não se verifica vício algum, salvo a ausência de parte que, obrigatoriamente, deveria lá estar e, devido à sua ausência, ocorre a inexigibilidade do que foi decidido⁹⁵.

Se ocorrer uma nulidade relativa, não arguida tempestivamente, ocorre o saneamento da nulidade⁹⁶. Mesmo que exista ato nulo no processo e sobrevier sentença no mesmo, ocorrendo a coisa julgada, ocorre o saneamento da nulidade intraprocessual, bem como de toda a relação processual⁹⁷. Todas as nulidades são sanadas pela coisa julgada. “Em direito processual, mesmo as sentenças eivadas dos vícios mais graves, uma vez passadas em julgado, são eficazes: só perdem a eficácia se regularmente rescindidas”⁹⁸. Mesmo as nulidades absolutas não podem mais ser alegadas após o trânsito em julgado da decisão⁹⁹. A coisa

⁹⁴ SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2009. p. 221.

⁹⁵ “Ineficaz é a sentença que, existindo juridicamente, não contendo qualquer vício e sendo proferida mediante procedimento regular (sentença válida, não-nula), por algum outro motivo é incapaz de produzir os efeitos programados, ou alguns deles. A resistência à eficácia da sentença é ordinariamente consequência da impossibilidade de impor seus efeitos a um sujeito que não figure como parte sequer da demanda inicial.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, v. III, 2009. p. 716)

⁹⁶ “No tocante aos atos inquinados de vício causador de nulidade relativa, a não-arguição da irregularidade pela parte interessada, quando esta pela primeira vez se manifesta nos autos, convalida o ato: ocorre a *preclusão* da faculdade de alegar.” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo et al. *Teoria geral do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 345)

⁹⁷ “Os atos inexistentes não podem convaler, pelo simples motivo de que não têm absolutamente, ele próprios, condição de produzir efeito algum: não tendo sido a lei quem lhes negou eficácia, não tem a lei meios para lhes devolver a eficácia em situação alguma. Nulo o processo em decorrência da inexistência jurídica de algum ato (saneamento não assinado, petição inicial sem pedido), se vier a ser dada uma sentença e passar em julgado, então ela prevalece, apesar da inexistência jurídica do ato anterior; ela seria passível de anulação, porque inquinada pela inexistência de ato anterior indispensável, mas a coisa julgada, como sanatória geral do processo, perpetua a sua eficácia.” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo et al. *Teoria geral do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 346)

⁹⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo et al. *Teoria geral do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 340/341.

⁹⁹ “Uma característica especial das nulidades processuais é a sanção de todas elas pela preclusão máxima operada através da coisa julgada. Mesmo as nulidades absolutas não conseguem ultrapassar a barreira da *res iudicata*, que purga o processo de todo e qualquer vício que eventualmente ocorrido em algum ato praticado em seu curso.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 2005. p. 267)

julgada, assim, é uma sanatória geral¹⁰⁰ do processo¹⁰¹. A nulidade absoluta do processo pode ainda subsistir à coisa julgada por um período¹⁰². Neste caso, ocorre a conversão da nulidade em rescindibilidade¹⁰³. Após o decurso do prazo para a ação rescisória, ocorre a coisa soberanamente julgada¹⁰⁴. Do mesmo modo, “as sentenças de mérito injustas, tais como as nulas tornam-se inatacáveis depois de decorrido o prazo para ação rescisória”¹⁰⁵. Já as sentenças inexistentes,

¹⁰⁰ “As três espécies de invalidade processual referidas, nulidade absoluta, nulidade relativa e anulabilidade, são fenômenos intrínsecos do processo e, por isso, encerrado este (ou, pelo menos, encerrado o módulo processual em que se tenha manifestado o vício), o que se dá com o transitio em julgado da sentença, todos aqueles vícios convalidam-se. Por esta razão, aliás, é que a coisa julgada é chamada algumas vezes de ‘sanatória geral’. Transitada em julgado a sentença, todos os vícios, até mesmo aqueles inicialmente tidos por insanáveis, estarão sanados. A coisa julgada, assim, faz desaparecer todos os vícios que tenham se formado ao longo do processo.” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. I, 2008. p. 249)

¹⁰¹ “A coisa julgada é uma *sanatória geral do processo*, o que significa que a firmeza da sentença coberta por ela não se abala por eventuais alegações de nulidade da própria sentença ou dos atos que a antecederam, sendo essa uma manifestação da eficácia preclusiva da coisa julgada. A regra da contaminação dos atos processuais ulteriores pelo vício de algum precedente implica que todos os ulteriores serão havidos por nulos, *menos a sentença que declara a nulidade*. Se apesar da nulidade a sentença de mérito for pronunciada e passar em julgado, a eficácia preclusiva da coisa julgada material impedirá qualquer discussão a respeito daquela (salvo casos de ação rescisória).” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, v. III, 2009. p. 335)

¹⁰² “A sentença é ato processual como qualquer outro. Transitada em julgado, há o convalidamento do vício, passando ela a ter plena eficácia, mesmo que nula. Em grau de recurso, a nulidade pode ser declarada, mas, se ocorrer o transitio em julgado, a sentença pode tornar-se, simplesmente, rescindível.” (SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2009. p. 221)

¹⁰³ “Quanto à nulidade absoluta, tem lugar uma distinção: na maioria dos casos, passando em julgado a sentença de mérito, a irregularidade torna-se irrelevante e não pode mais decretar a nulidade do ato viciado; mas há certos vícios que o legislador considera mais graves e que mesmo após o transitio em julgado podem ser levados em conta, para determinar a anulação... no processo civil isso se dá nas hipóteses que, segundo o art. 485, autorizam a ação rescisória... passado o prazo de dois anos para a propositura desta, porém, também essas irregularidades não podem mais conduzir à anulação do ato.” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo et al. *Teoria geral do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 345)

¹⁰⁴ “E certo, porém, que com a coisa julgada pode surgir uma nova espécie de invalidade, esta extrínseca, exterior ao processo onde se praticou o ato, a que se dá o nome de *rescindibilidade*... A rescisão da sentença poderá, assim, ser pleiteada toda vez que ocorrer algum dos vícios previstos no art. 485 do Código de Processo Civil, através de ‘ação rescisória’, a qual devesse ser proposta num prazo Máximo de dois anos a contar do transitio em julgado. Após este prazo, nem mesmo a rescindibilidade poderá ser alegada, restando sanado também este vício. Surge aí, então, o fenômeno conhecido como *coisa soberanamente julgada*.” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. I, 2008. p. 249)

¹⁰⁵ TALAMINI, Eduardo. *A coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 297.

por não formarem coisa julgada, não precisam¹⁰⁶ (nem podem) ser objeto de ação rescisória. Na verdade, haveria carência de ação na propositura de ação rescisória, por falta de interesse de agir, visto que a sentença inexistente, por não existir, não pode ser rescindida¹⁰⁷.

A rescindibilidade somente se aplica às decisões que existem juridicamente. As sentenças nulas existem e por isso podem ser rescindidas através da rescisória. Apesar de nulas, produzem efeitos que somente cessarão a partir de sua desconstituição¹⁰⁸.

3 A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

A expressão “coisa julgada inconstitucional” não é aceita por parte da doutrina¹⁰⁹. Inconstitucional é a própria sentença, e não sua qualidade de ser

¹⁰⁶ “As invalidades processuais, por mais graves que sejam, não impedem a formação da coisa julgada e se tornam mesmo irrelevantes depois de exaurida a possibilidade de emprego do remédio típico para a desconstituição da sentença transitada em julgado. Já a sentença juridicamente inexistente, na condição de ‘não-ato’, não comporta saneamento ou convalidação. Não é apta à formação da coisa julgada e, portanto, não fica acobertada por tal autoridade, podendo ser combatida independentemente da ação rescisória.” (TALAMINI, Eduardo. *A coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 280)

¹⁰⁷ “Os vícios da sentença podem gerar consequências diversas, em gradação que depende da respectiva gravidade. A sentença desprovida de elemento essencial, como o dispositivo, ou proferida em ‘processo’ a que falte pressuposto de existência, qual seria o instaurado perante órgão não investido de jurisdição, é sentença *inexistente*, e será declarada tal por qualquer juiz, sempre que alguém a invoque, sem necessidade (e até sem possibilidade) de providência tendente a desconstituí-la: não se desconstitui o que não existe. Mas a sentença pode existir e ser *nula*, *v.g.*, se julgou *extra petita*. Em regra, após o trânsito em julgado (que, aqui, de modo algum se exclui), a nulidade converte-se em simples *rescindibilidade*. O defeito, argüível *em recurso* como motivo de *nulidade*, caso subsista, não impede que a decisão, uma vez preclusas as vias recursais, surta efeito até que seja *desconstituída*, mediante *rescisão*.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. V, 2006. p. 107)

¹⁰⁸ “A ação rescisória tem como finalidade, embora não exclusivamente, extirpar do ordenamento jurídico a coisa julgada que recai sobre decisões que contenham *nulidades* absolutas ou que sejam proferidas em processos absolutamente nulos, isto é, que tenham se desenvolvido sem algum pressuposto processual de validade e que, não obstante o seu trânsito em julgado subsistem a ele. Posto serem *nulas* tais decisões e/ou os processos em que proferidas, elas surtem seus regulares efeitos, porque ficam protegidas pela coisa julgada, e, por isto mesmo, impõe que este manto protetor, a coisa julgada, seja *desconstituída* pelo Estado-juiz, viabilizando, em consequência, a retirada daquele grave vício.” (BUENO, Cássio Scarpinella. *Código de processo civil interpretado*. 3. ed. Coord. Antonio Carlos Marcato. São Paulo: Atlas, 2008. p. 1662)

¹⁰⁹ “Salvo engano, o que se concebe seja incompatível com a Constituição é a sentença (*lato sensu*): nela própria, e não sua imutabilidade (ou na de seus efeitos, ou na de uma e outros), é que se poderá descobrir contrariedade a alguma norma constitucional. Se a sentença for contrária à Constituição, já o será antes mesmo de transitar em julgado, e não o será mais do que era depois desse momento.”

imutável e indiscutível. A sentença seria inconstitucional a partir do momento em que foi prolatada, e não no momento em que transita em julgado.

Entretanto, podemos ainda falar em coisa julgada inconstitucional por outro ponto de vista. Sendo esta um instituto jurídico, sua existência pode afrontar, no caso concreto, um valor protegido pela Constituição e, assim, ser inconstitucional. Assim, sempre que a imutabilidade de uma decisão judicial afrontar valores protegidos pela Constituição Federal, estaremos diante da coisa julgada inconstitucional.

A doutrina defende que “a coisa julgada inconstitucional é um cancro e deve ser repelida, venha de onde vier, pois se estriba num ato nulo, não se subordinando a prazos decadenciais nem prescricionais”¹¹⁰. Apesar de existir o recurso extraordinário, que tem por finalidade revisar o julgado que ofende a disposição constitucional, é possível que uma sentença que contrarie a Constituição transite em julgado¹¹¹, especialmente agora com a criação da repercussão geral como requisito de admissibilidade¹¹². A coisa julgada inconstitucional pode ocorrer quando: a) a sentença é proferida contra texto expresso de dispositivo constitucional; b) a lei que fundamentou a decisão é anterior ou posteriormente à data da decisão, declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; c) a sentença contraria um princípio acolhido pelo Texto Constitucional.

Todos os atos do Poder Público devem ser adequados à Constituição, sob pena de nulidade. Isso vale também para as decisões judiciais. Segundo parte da doutrina, a sentença inconstitucional não tem validade alguma, pois fundada

(MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material*. Temas de direito processual civil. 9. sér. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 237)

¹¹⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 220.

¹¹¹ “[...] agora, um recurso que em princípio seria cabível *pode deixar de sê-lo*, se dois terços do colegiado (portanto, oito Ministros) entenderem que a questão constitucional nele veiculada não apresenta repercussão geral, ou seja, é... *irrelevante*... não deixa de ser curioso que uma questão *constitucional* possa, eventualmente, ser avaliada como... *irrelevante*.” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 10. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 202)

¹¹² “O risco de que uma decisão inconstitucional transite em julgado tornou-se ainda maior a partir do momento em que se passou a exigir, como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, a repercussão geral da questão constitucional nele versada. Com este requisito, é perfeitamente possível que a coisa julgada alcance uma decisão que, não obstante afronte a Constituição da República, trate de matéria que não se possa considerar como dotada de repercussão geral.” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. I, 2008, p. 467)

em ato inconstitucional e nula de pleno direito¹¹³. Por não haver validade da sentença inconstitucional, a qualquer momento, independentemente de prazo para recurso ou rescisória, poderia a parte prejudicada pela “coisa julgada inconstitucional” requerer a declaração da nulidade da sentença. Não haveria, sequer, rescisão do julgado, visto que não haveria, sequer, formação da coisa julgada por ser nulo o fundamento da sentença¹¹⁴.

Entretanto, conforme iremos esclarecer a seguir, a sentença inconstitucional existe e deve ser rescindida. Não se tratará de mera declaração de nulidade, e sim de um provimento que irá desconstituir o pronunciamento inconstitucional anterior.

3.1 DA SENTENÇA PROFERIDA NA AUSÊNCIA UMA CONDIÇÃO DE AÇÃO

Uma variante da teoria da inexistência da sentença inconstitucional é proposta por Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina. Estes desenvolveram a teoria de que a sentença inconstitucional é inexistente por carência de ação. Alegam que o pedido da parte de providência jurisdicional que destoa do Texto Constitucional é vedado pelo ordenamento jurídico e, assim, haveria a carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido. Havendo a falta de uma das condições de ação, não haveria a formação da coisa julgada e, assim, a sentença poderia ser desconsiderada¹¹⁵.

¹¹³ “Com efeito, no Estado Democrático de Direito, não apenas a lei, mas todos os atos do poder devem adequar-se aos padrões da ordem constitucional, de sorte que a inconstitucionalidade pode acontecer também no âmbito dos provimentos jurisdicionais, e as idéias de constitucionalidade e inconstitucionalidade resolvem-se naturalmente numa relação, ou seja, a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – uma norma ou um ato – que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível. Trata-se de uma relação de validade, pois sem que se dê a adequação entre os termos cotejados, não se poderá pensar em eficácia do ato. Donde a conclusão: da concordância com a vontade da Constituição decorre a relação positiva que corresponde a validade do ato, e do contraste, surge a relação negativa que implica em invalidade.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de execução e cumprimento de sentença*. 25. ed. São Paulo: Leud, 2008. p. 582)

¹¹⁴ “Sendo, pois, caso de nulidade, a coisa julgada não tem o condão de eliminar a profunda ineficácia da sentença, que, por isso mesmo, será insanável e argüível a qualquer tempo. Assim, como a lei inconstitucional é irremediavelmente nula, também a sentença formalmente transitada em julgado não tem força para se manter, quando prolatada contra a vontade soberana da Constituição... O reconhecimento da nulidade da sentença inconstitucional, portanto, não depende de rescisória e pode verificar-se a qualquer tempo e em qualquer processo, inclusive na via incidental da impugnação ao pedido de cumprimento de sentença.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de execução e cumprimento de sentença*. 25. ed. São Paulo: Leud, 2008. p. 583)

¹¹⁵ “Segundo nos parece, seria rigorosamente desnecessária a propositura da ação rescisória, já que a decisão que seria alvo de impugnação seria *juridicamente inexistente*, pois que baseada em ‘lei’ que não

Entretanto, entendemos, *data venia*, que tese não se sustenta, por conflitar com toda a sistemática das condições da ação. A possibilidade jurídica do pedido¹¹⁶, segundo a doutrina, “consiste na formulação de pretensão que, em tese, exista na ordem jurídica como possível, ou seja, que a ordem jurídica brasileira preveja a providência pretendida pelo interessado”¹¹⁷. Desta forma, somente se pode falar em ausência de possibilidade jurídica do pedido quando houver uma vedação legal ao pedido do autor ou que a providência requerida não seja prevista e seja impossível concedê-la.

A teoria da sentença inconstitucional como inexistente por ausência de condição de ação acaba por dilatar indevidamente o conceito de impossibilidade jurídica do pedido a caso que seria, na verdade, de improcedência¹¹⁸. Ademais, o exame das condições da ação deve, necessariamente, ser preliminar ao julgamento do mérito da demanda. Se o juiz proferiu uma sentença de mérito, significa que considerou existentes as condições da ação e tal pronunciamento,

*é lei ('lei' inexistente). Portanto, em nosso entender, a parte interessada deveria, sem necessidade de se submeter ao prazo do art. 495 do CPC, intentar ação de natureza declaratória, com o único objetivo de gerar maior grau de segurança jurídica à sua situação. O interesse de agir, em casos como esse, nasceria não da necessidade, mas da utilidade da obtenção de uma decisão nesse sentido, que tornaria indiscutível o assunto, sobre o qual passaria a pesar autoridade de coisa julgada. O fundamento para a ação declaratória de inexistência seria a ausência de uma das condições da ação: a possibilidade jurídica do pedido. Para nós, a possibilidade de impugnação das sentenças de mérito proferidas, apesar de ausentes as condições da ação não fica adstrita ao prazo do art. 495 do CPC.” (WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 43)*

¹¹⁶ “No tocante à possibilidade jurídica, o problema não está em saber se, no caso concreto. O autor tem realmente o direito (substantivo) que alega ter, o que é questão de mérito; mas em saber se, em tese, os fatos que enuncia são adequados à descrição legal do que ele pede.” (TORNAGHI, Helio. *A relação processual penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 250)

¹¹⁷ GRECO FILHO, Vivente. *Direito processual civil brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1º v., 1998. p. 83/84.

¹¹⁸ “É bem verdade que muitas vezes se associa a idéia de impossibilidade jurídica do pedido a uma ‘macroimprocedência’ do pedido. Nessa perspectiva, o pedido seria juridicamente impossível quando o juiz pudesse constatar de plano a sua inviabilidade jurídica pela simples aplicação das normas jurídicas. No entanto, a idéia de impossibilidade jurídica do pedido como ‘macroimprocedência’ não retrata uma verdadeira ‘condição da ação’, entendida como requisito processual que antecede o julgamento de mérito. A idéia de ‘macroimprocedência’ nada mais é do que um julgamento de mérito que prescinde de provas. Por isso, parece mais adequado reservar a noção de impossibilidade jurídica do pedido apenas para os casos em que o instrumento processual adotado pelo autor é direta ou indiretamente proibido pelo ordenamento.” (TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 382)

também, fica acobertado pela coisa julgada¹¹⁹. Assim, se o juiz proferiu sentença de mérito, não cabe mais falar em ausência de condições da ação. Também não cabe alargar o conceito de possibilidade jurídica do pedido a casos em que o que se pugna é pela improcedência¹²⁰. Somente em casos em que o ordenamento jurídico realmente proíba, em abstrato, o pedido da parte se pode falar em impossibilidade jurídica do pedido; nos demais casos, será caso de improcedência que, se não for decretada, estará acobertada pela coisa julgada.

Ademais, também não convence a tese de que não haveria sentença quando inexistisse uma condição de ação¹²¹. Há um pedido, uma causa de pedir, partes, um juiz, uma sentença, enfim, há processo; há uma sentença que, apesar de apresentar um defeito, invalidade, existe e deve ser rescindido¹²². Assim, a falta de condições de ação não implica a inexistência da sentença de mérito que mesmo assim venha a ser proferida e, de resto, a doutrina ora examinada tende a enquadrar como pertinentes às condições da ação casos que, a rigor, concernem ao mérito.

3.2 DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI E O EFEITO ÀS DECISÕES JUDICIAIS QUE A USARAM COMO FUNDAMENTO

A sentença proferida com fundamento em norma declarada inconstitucional não perde a validade juntamente com a lei que lhe serviu de fundamento. Argumenta a doutrina que se a declaração de inconstitucionalidade

¹¹⁹ “O exame das condições da ação é logicamente antecedente da decisão sobre o mérito, de modo que, se negativo, é impeditivo da apreciação sobre a pretensão. Por outro lado, se o juiz enfrentou o mérito, implícita ou explicitamente, reconheceu a presença das três condições da ação.” (GRECO FILHO, Vivente. *Direito processual civil brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1º v., 1998. p. 88)

¹²⁰ “Cabe observar que a rejeição da ação por falta de possibilidade jurídica deve limitar-se às hipóteses claramente vedadas, não sendo o caso de se impedir a ação quando o fundamento for injurídico, pois, se o direito não protege determinado interesse, isto significa que a ação deve ser julgada *improcedente* e não o autor carecedor da ação.” (GRECO FILHO, Vivente. *Direito processual civil brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1º v., 1998. p. 86)

¹²¹ “Por essas razões, e com a devida vênia, cumpre reconhecer a *existência jurídica* da sentença de mérito proferida quando faltava alguma condição da ação. Há um defeito, uma invalidade, mas a sentença existe: estão presentes os elementos essenciais para a sua configuração: presença do juiz, presença das partes e *decisum*.” (TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 380)

¹²² “Não há dúvidas de que, quando formula um pedido perante o órgão jurisdicional, o autor sempre estará no exercício de um direito, uma garantia, de acesso à Justiça – tenha ou não razão quanto ao mérito, estejam ou não presentes as condições de ação, apresentem-se ou não os pressupostos processuais.” (TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 379)

pode tirar a validade de uma lei, a sentença teria o mesmo fim¹²³. Primeiramente, cabe ressaltar que o objeto do controle concentrado de constitucionalidade é somente o ato normativo inconstitucional, não se estendendo a qualquer outro ato¹²⁴. O fundamento dos que defendem a imprestabilidade da sentença fundada em norma inconstitucional é o efeito da declaração de nulidade da lei inconstitucional¹²⁵. Segundo a posição majoritária da doutrina, a declaração de nulidade acarreta a nulidade não só do ato normativo inconstitucional, bem como acarreta a nulidade de todas as situações pretéritas fundadas na lei inconstitucional¹²⁶⁻¹²⁷⁻¹²⁸. Entretanto, a tese da nulidade dos atos normativos

¹²³ “É estranhável, *ab initio*, atribuir-se à lei *menor relevância* que à sentença, quando o que se tem a coibir é a inconstitucionalidade. Esta pode invalidar uma ‘simples lei’ mas nada pode contra a sentença passada em julgado. Não parece razoável esta *estranha hierarquia de inconstitucionalidades*.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para o seu controle. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 209)

¹²⁴ “O certo, na verdade, é que o objeto da ação direta de inconstitucionalidade é limitado à declaração da nulidade da lei ou ato normativo em causa, não incluindo a declaração da nulidade de qualquer outro ato jurídico, quer de direito público, quer de direito privado.” (MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *A coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 113)

¹²⁵ “1. O vício da inconstitucionalidade acarreta a nulidade da norma, conforme orientação assentada há muito tempo no STF e abonada pela doutrina dominante. Assim, a afirmação da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade da norma, mediante sentença de mérito em ação de controle concentrado, tem efeitos puramente declaratórios. Nada constitui nem desconstitui. Sendo declaratória a sentença, a sua eficácia temporal, no que se refere à validade ou à nulidade do preceito normativo, é *ex tunc*. 2. A revogação, contrariamente, tendo por objeto norma válida, produz seus efeitos para o futuro (*ex nunc*), evitando, a partir de sua ocorrência, que a norma continue incidindo, mas não afetando de forma alguma as situações decorrentes de sua (regular) incidência, no intervalo situado entre o momento da edição e o da revogação. 3. A não-repristinação é regra aplicável aos casos de revogação de lei, e não aos casos de inconstitucionalidade. É que a norma inconstitucional, porque nula *ex tunc*, não teve aptidão para revogar a legislação anterior, que, por isso, permaneceu vigente.” (STJ, EREsp 517789/AL, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Seção, Julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006, p. 112)

¹²⁶ “Assim, a declaração de inconstitucionalidade, conforme entendimento da Corte Suprema, decreta a total nulidade dos atos emanados do *Poder Público*, desampara as situações constituídas sob sua égide e inibe - ante a sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos - a possibilidade de invocação de qualquer direito.” (MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 2482)

¹²⁷ “Em **RESUMO**: em nome do princípio da validade da norma em função da sua adequação à norma hierárquica superior, conclui-se que toda norma infringente da Constituição é nula, írrita, inválida, inexistente.” (BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 387)

¹²⁸ “[...] a declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado, em abstrato, em tese, marcado pela generalidade, impessoalidade e abstração, faz instaurar um processo objetivo, sem partes, no qual inexistente litígio referente a situações concretas ou individuais, tornando nulos e, por consequência, destituídos de qualquer carga de eficácia jurídica, com alcance, de modo vinculado para todos, sobre

inconstitucionais não é a mais acertada. A teoria da nulidade é uma importação da teoria da nulidade dos atos jurídicos do direito privado que não se adéqua ao sistema constitucional brasileiro. Nesse sentido, José Afonso da Silva entende que “a nós nos parece que essa doutrina privatística da invalidade dos atos jurídicos não pode ser transportada para o campo da inconstitucionalidade”¹²⁹. E continua dizendo que “milita presunção de validade constitucional em favor das leis e atos normativos do Poder Público, que só se desfaz quando incide o mecanismo de controle jurisdicional estabelecido na Constituição”¹³⁰. Assim, preferimos a posição de Kelsen¹³¹, que defende que a lei inconstitucional é apenas anulável.

O próprio legislador, ao editar as Leis n^os 9.868/1999 e 9.882/1999, entendeu que a lei inconstitucional não é nula, visto que permitiu a eficácia *ex nunc* e até para o futuro da declaração de inconstitucionalidade¹³².

Ademais, mesmo que se entenda que a lei perde a eficácia *ex tunc*, tal fato não tira a validade do pronunciamento judicial anteriormente pronunciado. O pronunciamento judicial é um ato concreto autônomo que se desprende do ato normativo abstrato que lhe serviu de fundamento. A sentença não é somente uma atuação da vontade da lei. É um ato derivado de um poder que tira fundamento em competência diretamente outorgada pela Constituição

os atos pretéritos.” (LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 198)

¹²⁹ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 53.

¹³⁰ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 53.

¹³¹ “A afirmação de que uma lei válida é ‘contrária à Constituição’ (anticonstitucional) é uma *contradictio in adjeto*; pois uma lei somente pode ser válida com fundamento na Constituição. Quando se tem fundamento para aceitar a validade de uma lei, o fundamento da sua validade tem de residir na Constituição. De uma lei inválida não se pode, porém, afirmar que ela é contrária à Constituição, pois uma lei inválida não é sequer uma lei, porque não é juridicamente existente e, portanto, não é possível acerca dela qualquer afirmação jurídica. Se a afirmação, corrente na jurisprudência tradicional, de que uma lei é inconstitucional há-de ter um sentido jurídico possível, não pode ser tomada ao pé da letra. O seu significado apenas pode ser o de que a lei em questão, de acordo com a Constituição, pode ser revogada não só pelo processo usual, quer dizer, por uma outra lei, segundo o princípio *lex posterior derogat priori*, mas também através de um processo especial, previsto pela Constituição. Enquanto, porém, não for revogada, tem de ser considerada como válida; e, enquanto for válida, não pode ser inconstitucional.” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado Editora, 1984. p. 367/368)

¹³² “É preciso observar, porém, que o direito brasileiro se está aproximando da tese de kelseniana. De fato, as referidas Leis n^o 9.868 e n^o 9882/1999, sem renegar por completo a tese da nulidade do ato inconstitucional, admitem uma atenuação dos efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade.” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 36)

Federal e, por isso, tem fundamento de validade diverso da lei que lhe serviu de fundamento. O entendimento de que a decisão judicial perderia a validade se a lei que fundamentou a decisão perdesse é derivado da ideia chiovendiana¹³³ da jurisdição¹³⁴. Para os que adotam o conceito chiovendiano de jurisdição, é claro que a lei inconstitucional causa a inconstitucionalidade da sentença; a lei nula tornaria a sentença nula, visto que, como a sentença seria a vontade concreta da lei, se esta não mais existir, não existiria jurisdição. Entretanto, a ideia de Chiovenda sobre a jurisdição não pode mais ser aceita. Ela é fruto das ideias liberais surgidas da Revolução Francesa, onde se pretendia que a função jurisdicional seria de mera aplicação da lei. O Poder Judiciário era visto com desconfiança e sua atuação não poderia significar qualquer criação do direito que ficaria na exclusiva tarefa do Legislativo¹³⁵. Já, para Carnelutti, só existiria um comando completo, com referência a determinado caso concreto (lide), no momento em que é dada a sentença a respeito; assim, “o escopo do processo seria, então, a justa composição da lide, ou seja, o estabelecimento da norma de direito material que disciplina o caso, dando razão a uma das partes”¹³⁶. Assim, o juiz não somente aplicaria a norma abstrata, ele criaria a norma concreta. Independentemente da adoção ou não da teoria de Chiovenda ou de Carnelutti, que, a despeito de se mostrarem antagônicas, podem ser

¹³³ “Função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente efetiva.” (Chiovenda apud CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. I, 2008. p. 66)

¹³⁴ “Este raciocínio está ancorado na idéia de que a jurisdição tem a função de atuar a vontade da lei. A adoção da teoria chiovendiana da jurisdição, segundo a qual o juiz atua a vontade concreta da lei, realmente pode conduzir à suposição de que a decisão de inconstitucionalidade deve invalidar a sentença que atuou a vontade da lei posteriormente declarada inconstitucional.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. São Paulo: RT, 2008. p. 25)

¹³⁵ “Chiovenda é um claro adepto da doutrina que, inspirada no Iluminismo e nos valores da Revolução Francesa, separava radicalmente as funções do legislador e do juiz, ou melhor, atribuía ao legislador a criação do direito e ao juiz a sua aplicação. Recorde-se que, na doutrina do Estado liberal, aos juízes restava simplesmente aplicar a lei ditada pelo legislador. Nessa época, o direito constituía as normas gerais, isto é, a lei. Portanto, o Legislativo criava as normas gerais e o Judiciário as aplicava. Enquanto o Legislativo constituía o poder político por excelência, o Judiciário, visto com desconfiança, resumia-se a um corpo de profissionais que nada podia criar.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. São Paulo: RT, 2008. p. 27)

¹³⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo et al. *Teoria geral do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 131.

consideradas complementares¹³⁷; atualmente, a doutrina entende que o poder jurisdicional elabora a norma jurídica do caso concreto, a qual tem validade independentemente da lei¹³⁸⁻¹³⁹.

Ademais, a sentença também se fundamenta na lei em outro sentido não encarecido por parte da doutrina. A Constituição, ao prever a imutabilidade da coisa julgada, desvinculou a validade da norma concreta produzida pela sentença da norma abstrata que lhe serviu de fundamento. Se assim não fosse, bastaria a revogação da norma vigente à época da sentença por outra que a decisão perderia o fundamento, o que, expressamente, a Constituição vedou que acontecesse, ao estatuir que a lei deverá respeitar a coisa julgada.

O Poder Judiciário determina o conteúdo da norma concreta, balizado pela norma abstrata, mas a validade de uma e outra se tornam independentes. Existe uma norma que determina o conteúdo aproximado que deve ter a sentença e outra que prevê a possibilidade de o Poder Judiciário elaborar a norma individual. Ambas as normas se harmonizam no ordenamento jurídico. A sentença (norma individual) que se distancie do conteúdo da norma abstrata não é nula. Ela é válida enquanto não for retirada do ordenamento, seja por recurso, seja por ação rescisória e, se não o for, será plenamente válida e eficaz¹⁴⁰.

¹³⁷ “Resumidamente, poder-se-ia deixar como estabelecido que jurisdição é o poder, função e atividade de aplicar o direito a um fato concreto, pelos órgãos públicos destinados a tal, obtendo-se a justa composição da lide. Este conceito engloba a definição de Chiovenda e a de Carnelutti, que tantas vezes foram consideradas como antagônicas, mas que na verdade se completam.” (GRECO FILHO, Vivente. *Direito processual civil brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1º v., 1998. p. 167)

¹³⁸ “Nas teorias clássicas, o juiz declara a lei ou cria a norma individual a partir da norma geral. Atualmente, cabe ao juiz o dever-poder de elaborar ou construir a decisão, isto é, a norma jurídica do caso concreto, mediante a interpretação de acordo com a Constituição e o controle da constitucionalidade.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. São Paulo: RT, 2008. p. 31)

¹³⁹ “O sistema jurídico convive com a sentença injusta, bem como com a sentença proferida aparentemente contra a Constituição ou a lei (a norma, que é *abstrata*, deve ceder sempre à sentença, que regula e dirige uma situação *concreta*).” *NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 598)

¹⁴⁰ “Dizer que uma decisão judicial ou uma resolução administrativa são contrárias ao Direito, somente pode significar que o processo em que a norma individual foi produzida, ou o seu conteúdo, não correspondem à norma geral criada por via legislativa ou consuetudinária, que determina aquele processo ou fixa este conteúdo... Se um tribunal decide um caso concreto e afirma ter-lhe aplicado uma determinada norma jurídica geral, então a questão encontra-se decidida num sentido positivo e assim permanece decidida enquanto esta decisão não for anulada pela decisão de um Tribunal superior. Com efeito, a decisão do tribunal de primeira instância - e a norma individual criada por esta decisão, portanto - não é, segundo o direito vigente, nula, mesmo que seja considerada ‘antijurídica’ pelo tribunal competente para decidir a questão. Apenas é anulável, quer dizer: somente pode ser anulada por um processo fixado pela ordem jurídica. Só quando a ordem jurídica prevê um tal processo é que

A decisão fundada em lei declarada inconstitucional é válida e eficaz. O próprio legislador assim reconheceu, com a previsão dos arts. 741, parágrafo único, e 475-L, § 1º, qual seja, dos embargos à execução por título fundado em lei declarada inconstitucional. Os embargos visam a desconstituir a sentença assim formada. Logo, ela existe e é eficaz. O que ocorre com a declaração de inconstitucionalidade da lei que serviu de fundamento da sentença é somente a certeza do desacerto da decisão judicial, o que, entretanto, não retira a validade da sentença¹⁴¹. A sentença, a partir do trânsito em julgado, não depende da validade da norma abstrata que serviu de fundamento à sentença. Esta tira seu fundamento de validade também da própria Constituição, do art. 5º, XXXVI,

a decisão pode ser atacada pelas partes processuais no caso de porem em questão a 'juridicidade' (legalidade) da decisão. Mas se o processo em que uma decisão judicial pode ser atacada tem um termo, se há um tribunal de última instância cuja decisão já não pode ser atacada, se existe uma decisão com força de caso julgado, então a 'juridicidade' (legalidade) desta decisão já não mais pode ser posta em questão. O que significa, porém, o facto de a ordem jurídica conferir força de caso julgado à decisão de última instância? Significa que, mesmo que esteja em vigor uma norma geral que deve ser aplicada pelo tribunal e que predetermina o conteúdo da norma individual a produzir pela decisão judicial, pode entrar em vigor uma norma individual criada pelo tribunal em última instância cujo conteúdo não corresponda a esta norma geral. O facto de a ordem jurídica conferir força de caso julgado a uma decisão judicial de última instância significa que está em vigor não só uma norma geral que predetermina o conteúdo da decisão judicial, mas também uma norma geral segundo a qual o tribunal pode, ele próprio, determinar o conteúdo da norma individual que há de produzir. Estas duas normas formam uma unidade... estes órgãos (os tribunais) recebem da ordem jurídica poder para criar, ou uma norma jurídica individual cujo conteúdo se encontra prefixado na norma geral, ou uma norma jurídica individual cujo conteúdo se não encontra predeterminado mas é estabelecido por estes mesmos órgãos - com a diferença de que a validade destas normas jurídicas individuais é apenas uma validade provisória, isto é, pode ser anulada através de um determinado processo, ao passo que tal já não vale na hipótese da norma individual em vias de passar em julgado criada pelo tribunal de última instância. A validade desta é definitiva. Mas, tanto a validade provisória de uma como a validade definitiva de outra se baseiam sobre a ordem jurídica, ou seja, sobre uma norma geral preexistente, anterior à sua criação, que, quando determina o conteúdo das normas jurídicas individuais, o faz no sentido da alternativa referida. Uma decisão judicial não pode - enquanto for válida - ser contrária ao Direito (ilegal). Não se pode, portanto, falar em conflito entre a norma individual criada por decisão judicial e a norma geral a aplicar pelo tribunal, criada por via legislativa ou consuetudinária." (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado Editora, 1984. p. 364/366)

¹⁴¹ "De todo modo, quando há o pronunciamento do Supremo na via do controle direto e abstrato, com eficácia *erga omnes*, tem-se o estabelecimento da palavra final sobre a compatibilidade da norma controlada e a Constituição. As sentenças anteriores fundadas na solução (então definitivamente estabelecida) inconstitucional permanecem íntegras, mas veiculam uma solução que, segundo os parâmetros do próprio sistema, objetivamente não é correta." (TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 582/583)

que dá vida própria à decisão judicial trânsita¹⁴². Eventual desconformidade da sentença com o pronunciamento do STF no controle de constitucionalidade concentrado não retira a eficácia da sentença¹⁴³⁻¹⁴⁴.

O Supremo Tribunal Federal decidiu que decisão transitada em julgado amparada em norma declarada inconstitucional é válida e negou provimento a recurso extraordinário que visava à sua desconstituição¹⁴⁵.

¹⁴² “A declaração de inconstitucionalidade não invalida a decisão transitada em julgado, pois cabe aos tribunais um poder que não é derivado do Legislativo – o de atuar em concreto os seus comandos –, mas um poder próprio, *ius proprium*. A decisão desprende-se da norma abstrata, conservando um valor autônomo e próprio. Assim, admitir efeitos a uma decisão que aplicou lei posteriormente declarada inconstitucional não significa atribuir efeitos a uma lei nula, mas sim atribuir efeitos a um juízo constitucional.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. São Paulo: RT, 2008. p. 172)

¹⁴³ “A partir do trânsito em julgado, a norma concreta contida na sentença adquire, por assim dizer, *vida própria* e não é atingida pelas vicissitudes capazes de atingir a norma abstrata: nem é outra razão pela qual, ainda que surta efeitos *ex tunc*, a declaração de inconstitucionalidade da lei não afeta a *auctoritas rei iudicatae* da sentença que a tenha aplicado.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material*. Temas de direito processual civil. 9. sér. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 253)

¹⁴⁴ “Nem mesmo a própria lei inconstitucional pode ser considerada uma ‘não-lei’ ou ‘lei inexistente’: ela existirá, conquanto inválida. Mas, a título de argumentação, ainda que se pudesse dizer que a lei inconstitucional é uma ‘não-lei’, um nada, nem assim poderíamos afirmar que a sentença que a aplica no julgamento do mérito é inexistente. Nem de nulidade *stricto sensu* necessariamente padeceria essa sentença. Trata-se, isso sim, de sentença *injusta* ou *errada*. O defeito está no conteúdo da solução que ela dá à causa. Não reside nos seus pressupostos de existência nem de validade.” (TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 415)

¹⁴⁵ “EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO – EMBARGOS À EXECUÇÃO – DESAPROPRIAÇÃO – BENFEITORIAS – PAGAMENTO EM ESPÉCIE – DISPOSITIVOS LEGAIS DECLARADOS INCONSTITUCIONAIS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – COISA JULGADA – DESCONSTITUIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – É certo que esta Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de dispositivos que autorizam o pagamento, em espécie, de benfeitorias fora da regra do precatório. Isso não obstante, no caso dos autos, esse pagamento foi determinado por título executivo que está protegido pelo manto da coisa julgada, cuja desconstituição não é possível em sede de recurso extraordinário interposto contra acórdão proferido em processo de embargos à execução. Precedente: RE 443.356-AgRg, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence. Agravo regimental desprovido” (STF, RE 473715-AgRg, Rel. Min. Carlos Britto, 1ª Turma, Julgado em 26.04.2007, DJe-023 Divulg. 24.05.2007, Publ. 25.05.2007, DJ 25.05.2007, p. 00075; Ement., v. 02277-08, p. 01593; RIP, v. 9, n. 43, 2007, p. 291-293; LEXSTF, v. 29, n. 344, 2007, p. 263-267). Nesse sentido é a lição de Gilmar Ferreira Mendes: “[...] a preservação dos efeitos dos atos praticados com base na lei inconstitucional passa por uma decisão do legislador ordinário. É ele quem define, em última instância, a existência das fórmulas de preclusão, fixando *ipso jure* os próprios limites da idéia de retroatividade contemplada no princípio da nulidade. Fica evidente, assim, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal procede à diferenciação entre o plano de validade da norma (*Normebene*) e o plano do ato concreto (*Einzelaktebene*) também para excluir a possibilidade de nulificação automática deste em virtude da

Outro aspecto a ser considerado é que o sistema constitucional brasileiro prevê o controle difuso de constitucionalidade feito por todo e qualquer juiz ao analisar qualquer causa que lhe seja submetida. Ocorre eficácia preclusiva (art. 474 do CPC) também sobre a constitucionalidade da lei que é apreciada pelo juiz antes de proferir sua decisão¹⁴⁶. O juiz, devido ao controle difuso de constitucionalidade, tem o dever de negar aplicação à lei inconstitucional, ainda que a questão constitucional não tenha sido invocada pela parte. O juiz tem o dever de tratar da questão constitucional de ofício ou sem qualquer requerimento do interessado. Portanto, quando a alegação de inconstitucionalidade não é feita, a aplicação da lei pelo juiz significa a admissão da sua constitucionalidade. Nos sistemas jurídicos onde não existe controle difuso, não se forma coisa julgada sobre a constitucionalidade da lei¹⁴⁷. Contudo, em nosso sistema, onde convivem os dois sistemas de controle de constitucionalidade, a decisão feita sobre o caso concreto, na forma difusa, desde que anterior ao pronunciamento feito através do controle concentrado, subsiste integralmente, mesmo que se distancie do que a Corte Constitucional decidiu, e faz coisa julgada. Entender de outra forma seria condicionar a validade e eficácia do controle difuso ao posterior pronunciamento do STF em controle concentrado, o que não se admite. Assim, não se pode, em tese, falar em inconstitucionalidade posterior da decisão, porque o juiz, em controle difuso, anteriormente à decisão, decidiu pela constitucionalidade da lei que aplicou¹⁴⁸.

inconstitucionalidade do ato normativo que lhe dá respaldo" (MENDES, Gilmar Ferreira. *Coisa julgada inconstitucional*. 2. ed. Org. Carlos Valder Nascimento. Belo Horizonte: Fórum, p. 100).

¹⁴⁶ "Assim, ainda que a questão de constitucionalidade não tenha sido deduzida ou conhecida de ofício pelo juiz, a parte não pode alegar a questão de constitucionalidade para tentar invalidar a decisão. Sublinhe-se que a eficácia preclusiva também abrange as questões de direito que podem ser conhecidas de ofício pelo juiz. Assim, a questão de constitucionalidade, tenha ou não sido resolvida, fica protegida pela coisa julgada material, ou, mais precisamente, pela eficácia preclusiva da coisa julgada." (MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. São Paulo: RT, 2008. p. 76/77)

¹⁴⁷ A doutrina importa conceitos de outros sistemas jurídicos sem atentar às diferenças entre o nosso sistema jurídico e o ordenamento alienígena. O sistema alemão não prevê o controle difuso de constitucionalidade, razão pela qual, no § 79 da Lei do *Bundesverfassungsgericht* é prevista a não executoriedade da sentença baseada em lei declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional.

¹⁴⁸ "No sistema concentrado, a sentença que aplicou lei posteriormente declarada inconstitucional, quando sustentada apenas na lei assim declarada pelo Tribunal Constitucional, faz surgir uma coisa julgada inconstitucional. Mas o mesmo evidentemente não ocorre no Brasil, em que o juiz de primeiro grau tem o dever de tratar da questão constitucional. No sistema em que todo e qualquer juiz tem o dever-poder de controlar a inconstitucionalidade da lei, nulificar a sentença transitada em julgado que se fundou em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal significa retirar do juiz ordinário o próprio poder de realizar o controle difuso da constitucionalidade. A tese da retroatividade da decisão de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada é completamente incompatível

Ademais, a sentença proferida desconstituindo a coisa julgada sob o argumento de que seria inconstitucional seria uma sentença com um grave vício, qual seja, o da rescindibilidade, por ofensa à coisa julgada¹⁴⁹.

Assim, mesmo que ocorra a declaração de inconstitucionalidade da lei que serviu de fundamento a uma decisão judicial, esta permanece válida e eficaz, cabendo, entretanto, a possibilidade de sua rescisão pelos meios ordinários (recursos e ação rescisória) ou pela aplicação da teoria da relativização da coisa julgada.

CONCLUSÕES

1. A coisa julgada material é a imutabilidade dos efeitos substanciais da sentença de mérito. Não há coisa julgada no processo cautelar, na liquidação de sentença, no processo de execução, nos procedimentos de jurisdição voluntária e nas decisões interlocutórias. A coisa julgada somente se forma sobre a parte dispositiva da sentença, somente às partes que participaram do processo se pode opor a coisa julgada e todo aquele que não participa do contraditório é considerado terceiro.

2. A eficácia preclusiva da coisa julgada é a vedação legal de que a parte, na mesma ou em outra relação processual, renove a causa já definitivamente decidida, seja repetindo os argumentos ou fatos já debatidos, seja trazendo novos argumentos ou provas que poderiam ter sido discutidos no processo onde se prolatou a sentença, mas que não o foram, seja porque a parte negligenciou em trazê-los, seja porque estava impossibilitada a tanto; transforma a coisa julgada o branco em preto porque ao sistema, a partir de certo momento, não interessa saber se o que foi declarado preto é branco.

3. A sentença é um ato jurídico processual. Tal como qualquer ato jurídico, pode padecer de vícios. A sentença nula produz efeitos, dependendo de expressa decisão judicial decretando a existência da nulidade, seja relativa, seja absoluta, para retirar-lhe a eficácia; a nulidade do ato processual somente

com o sistema difuso de controle e constitucionalidade." (MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. São Paulo: RT, 2008. p. 21/22)

¹⁴⁹ "Os que sustentam a possibilidade de se declarar, a qualquer tempo, a nulidade da sentença dada contra a Constituição, mesmo após o prazo da rescisória, não se deram, não se sabe bem por quê, de que a nova sentença que assim decidisse poderia ser imediatamente rescindida, não porque estivesse errada do ponto de vista do direito constitucional, *mas pela simples e boa razão de ter sido dada contra a coisa julgada, que é causa autônoma de rescindibilidade* (CPC, art. 485, IV)." (MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *A coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 115/116)

existe após o pronunciamento judicial. A sentença injusta é válida perante o ordenamento jurídico. A sentença inexistente não produz qualquer efeito, não necessitando ser rescindida porque não existe, podendo o juiz, a qualquer momento, declarar sua inexistência. A falta de condições de ação não implica a inexistência da sentença de mérito que mesmo assim venha a ser proferida. Todas as nulidades são sanadas pela coisa julgada. Mesmo as sentenças eivadas dos vícios mais graves, uma vez passadas em julgado, são eficazes e só perdem a eficácia se regularmente rescindidas. As nulidades absolutas não podem mais ser alegadas após o trânsito em julgado da decisão. A coisa julgada, assim, é uma sanatória geral do processo. A nulidade absoluta do processo pode ainda subsistir à coisa julgada por um período, quando ocorre a conversão da nulidade em rescindibilidade.

4. A sentença inconstitucional existe e deve ser rescindida. Não se trata de mera declaração de nulidade, e sim de um provimento posterior que irá desconstituir o pronunciamento inconstitucional anterior.

5. A decisão fundada em lei declarada inconstitucional é válida e eficaz. A sentença, a partir do trânsito em julgado, não depende da validade da norma abstrata que serviu de fundamento à sentença. Esta tira seu fundamento de validade também da própria Constituição, do art. 5º, XXXVI, que dá vida própria à decisão judicial trânsita. Eventual desconformidade da sentença com o pronunciamento do STF no controle de constitucionalidade concentrado não retira a eficácia da sentença que deve ser rescindida.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken. *Comentários ao código de processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. VI, 2009.

_____. *Manual da execução*. 11. ed. São Paulo: RT, 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. I, 2008.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao código de processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. IV, 2008.

- _____ et al. *Teoria geral do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil III*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, v. II, 2009.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2º v., 2000.
- _____. *Direito processual civil brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1º v., 1998.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado Editora, 1984.
- LACERDA, Galeno. *Comentários ao código de processo civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. VIII, t. I, 2007.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- LIEBMAN, Enrico Túllio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4. ed. Trad. Alfredo Buzaid, Benvindo Aires e Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 10. ed. São Paulo: RT, 2007.
- MARCATO, Antonio Carlos (Org.). *Código de processo civil interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. São Paulo: RT, 2008.
- MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *A coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 1º v., 1997.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material*. Temas de direito processual civil. 9. sér. São Paulo: Saraiva, 2007.
- NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.
- NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed. São Paulo: RT, 2006.

NEVES, Celso. *Coisa julgada cível*. São Paulo: RT, 1971.

_____. *Estrutura fundamental do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 2005.

_____. *Curso de direito processual civil*. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. III, 2005.

_____. *Processo de execução e cumprimento de sentença*. 25. ed. São Paulo: Leud, 2008.

TORNAGHI, Helio. *A relação processual penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada cível*. São Paulo: RT, 2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 8. ed. São Paulo: RT, v. 1, 2006.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A INEFICÁCIA DOS PRAZOS PARA CUMPRIMENTO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA

STATUTE OF CHILD AND ADOLESCENT AND INEFFICIENCY OF THE DEADLINES TO COMPLY WITH SOCIO EDUCATIVE MEASURE

Antônio José Fernandes Vieira¹

Mestre em Direito, na área de concentração Teoria do Direito e do Estado, pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília

Leonardo de Lourenço Máximo²

Acadêmico do 10º termo de Direito da Faculdade Estácio de Sá de Ourinhos

RESUMO: Este artigo possui o escopo de demonstrar a necessidade de se modificar o prazo máximo da submissão do menor à medida socioeducativa de internação em estabelecimento educacional, limite previsto no art. 121, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990). A premência decorre da análise do referido diploma legal e suas perspectivas no que atine à proteção integral da criança e do adolescente,

que estão com o caráter em desenvolvimento. Além disso, sempre na busca pela salvaguarda do melhor interesse juvenil, é indicado no trabalho vertente a inteligência acerca da premência de se dilatar a idade da liberação compulsória do reeducando para vinte e cinco anos, alterando-se, conseqüentemente, o texto do art. 121, § 5º, do Estatuto da Criança e do Adolescente. As conclusões foram esculpidas sobre fundamentos criminológicos da teoria da subcultura

¹ Bacharel em Direito pela Universidade de Marília, Professor de Direito Penal e Processo Penal da Faculdade Estácio de Sá de Ourinhos, Delegado de Polícia do Estado de São Paulo, sendo que, até a presente data, “Colisão de Princípios e Investigação Criminal” é a principal produção intelectual, publicada na Revista Em Tempo, Marília, SP, volume 7, dezembro de 2008, p. 36-43. *E-mail:* antoniojosefv@hotmail.com.

² Estagiário do Ministério Público do Estado de São Paulo, sendo essa a primeira produção científica. *E-mail:* leomaximo6@gmail.com.

delinquente, a qual evidencia que a recuperação de um adolescente infrator deve ser obtida por processo de reeducação social, ou seja, é alcançada com a submissão do menor transgressor a medidas socioeducativas e não pela punição convencional do delinquente.

PALAVRAS-CHAVE: Estatuto da Criança e do Adolescente; medida socioeducativa; subcultura.

ABSTRACT: *This article has the scope to demonstrate the need to modify the maximum period for the submission of lesser the educative measure of admission in educational establishment, limit provided for in article 121, § 3), the Statute of the Child and Adolescent (Law nº 8,069 , 13 July 1990). The urgency stems from the analysis of the legal provision and its prospects in full protection of the child and adolescent, who are with the character in development. In addition, always in search for the safeguard of best interest among youth, and indicated in the work aspect to intelligence about the urgent need to expand the age of compulsory release of reeducating my previous eating habits for twenty-five years, changing, consequently, the text of article 121, § 5, of the Statute of Child and Adolescent. The conclusions have been carved on grounds of criminological Theory of delinquent subculture, which shows that the recovery of an adolescent offender must be obtained by a process of social rehabilitation, i.e. is achieved with the submission of lesser transgressor the socio-educational measures and not by conventional punishment of offenders.*

KEYWORDS: *Statute of Children and Adolescents; socio-educational measure; subculture.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Aspectos históricos; 2 A influência da subcultura na formação do caráter do adolescente; 3 Adolescentes em conflito com a lei; 4 Problemática do atual sistema de aplicação de medidas socioeducativas: necessidade de aperfeiçoamento; 5 Discussão acerca da diminuição da maioridade penal como forma de justiça; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Historical aspects; 2 The influence of subculture on the formation of character in adolescents; 3 Teenagers in conflict with the law; 4 Issue of current system application of socio educacional measure: need for improvement; 5 Discussion of reducing the age of criminal responsibility as a form of justice; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

A violência e a criminalidade associadas à constante presença das drogas assolam a paz social. Crianças e adolescentes embutidos nesse contexto vivem em clara situação de risco à integridade física e mental. A condição de miserabilidade social gera profundo abalo na estrutura familiar. Segundo a Constituição Federal de 1988, em seu

art. 226, *caput*, “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Importante salientar que a carência de recursos materiais, por si só, não impede a construção de sólida base familiar, constituída sobre valores éticos e morais compatíveis com a vida em sociedade. A educação, em sentido amplo, afigura-se como núcleo irradiador dos mencionados preceitos básicos formadores de um cidadão, independentemente do nível econômico da família. Por outro lado, a falta de recursos básicos, como alimentação, vestuário e moradia digna, inviabiliza o pleno desenvolvimento da família. Nesse contexto, o Estado deve agir com políticas públicas para erradicar a miséria, sob pena de comprometer a base da sociedade. Se as diferenças sociais subsistirem, os eventos criminosos nascerão. Pessoas tornam-se inimigas pelo simples fato de serem diferentes, pois há intenso conflito entre subculturas e cultura dominante existentes em um mesmo âmbito territorial, com distintas perspectivas de futuro, metas e anseios, bem como discrepantes conceitos básicos de “certo e errado”.

As crianças, filhas de adultos inseridos no ambiente descrito, crescem observando as pessoas que as circundam praticarem condutas temerárias aos ditames sociais, ora simples como mentindo ao empregador para se ausentar do trabalho, ora graves como aquelas descritas no Código Penal e legislação extravagante congêneres. Tendo em vista a habitualidade desses eventos, as crianças, indivíduos com a personalidade e o entendimento ainda em formação, passam a ter como normais precitadas atitudes e as colocam em prática ainda adolescentes (dos doze aos dezoito anos incompletos), em detrimento de uma comunidade minimamente regrada.

Como se pode observar, muitas vezes, a marginalização das famílias se dá de forma hereditária, pois pais que se mostram aos filhos como inimigos do sistema tendem a educá-los dessa forma e mostrar-lhes o mundo tão somente sob esse prisma. Isso ocorre, principalmente, por terem crescido em uma família já desprovida de recursos básicos à plena formação de um cidadão. A partir disso, tendem a repetir tudo o que aprenderam com seus antepassados. Essa conduta dos pais, conjugada à omissão do Estado em prover ao cidadão meios de acesso a direitos básicos como educação, saúde e moradia, imprescindíveis à vida digna, confirma, na maioria das vezes, a incursão dos adolescentes na prática de atos infracionais.

1 ASPECTOS HISTÓRICOS

A matéria atinente à responsabilidade de jovens que cometessem atos antijurídicos foi, pioneiramente, disposta no Código Criminal do Império

Brasileiro, vigente a partir de 1830. Embora a Constituição da época tenha se omitido em relação à responsabilidade de jovens infratores e a consequente retribuição do Estado, o mencionado Código dispôs que os menores de 14 (quatorze) anos seriam encaminhados às denominadas “Casas de Correção” até que completassem 17 (dezesete anos). Posteriormente, já no Brasil República, o Código Penal de 1890, em seu art. 27, estabeleceu que os menores de 9 (nove) anos não seriam criminosos, bem como os mais velhos, menores de 14 (quatorze) anos, que tivessem agido sem discernimento sobre o caráter ilícito da conduta. Esses eram recolhidos a estabelecimentos disciplinares industriais e lá permaneciam pelo tempo conveniente aos olhos do juiz, ou até que completassem 17 (dezesete) anos de idade. Em 1921, o mesmo Código foi modificado, oportunidade em que se eliminou a análise subjetiva do discernimento da reprobabilidade do ato. Assim, a lei penal da época adotou o critério objetivo de que qualquer menor de 14 (quatorze) anos seria penalmente irresponsável por suas condutas. Pelo breve histórico, é perceptível que, até o advento do Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, batizado como “Código de Menores”, a conduta infratora de jovens de até 17 (dezesete) anos de idade era tratada como crime, mas a retribuição estatal ao fato já se mostrava distinta daquela exercida contra a prática de crimes por maiores³.

O Código de Menores, de autoria de José Cândido de Mello Mattos, é legislação vestibular segregada de outros diplomas legais que tratou dos menores de idade. Entre as modificações que introduziu em nosso país se destacam a instituição de um juízo privativo de menores, a elevação da idade da irresponsabilidade penal para os 14 (quatorze) anos e instituição de processo especial para menores infratores de idade entre 14 (quatorze) e 18 (dezoito) anos, bem como a instituição da liberdade vigiada, medida aplicada aos menores delinquentes.

O Código Penal de 1940, vigente em nossos dias, bem como a Carta Magna de 1988, fixaram inimputabilidade penal aos menores de 18 (dezoito) anos. Nossa Lei Maior trouxe, ainda, a concepção do princípio da “proteção integral”, que é baseada no reconhecimento de direitos especiais e específicos de todas as crianças e adolescentes (Ishida, 2000, p. 21).

Em 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente, que revogou o Código de Menores de 1979, abarcou a doutrina constitucional

³ Informações retiradas do texto “Medidas socioeducativas – Histórico, procedimento, aplicação e recursos. Disponível em: <<http://www.epm.sp.gov.br/Sociedade/ArtigosView.aspx?ID=2878>>.

da proteção integral às crianças e aos adolescentes, agora entendidos, respectivamente, até 12 (doze) anos incompletos e antes de 18 (dezoito). Foi fruto de longa discussão envolvendo especialistas na área. Durante a atividade legislativa, o Brasil participou de congressos da Organização das Nações Unidas e da Organização dos Estados Americanos, bem como subscreveu diversos tratados internacionais, entre eles a Convenção sobre Direitos da Criança, Regras Mínimas das Nações Unidas para Administração da Justiça Juvenil (Regras de Beijing), Regras Mínimas das Nações Unidas para Proteção dos Jovens Privados de Liberdade e Diretrizes das Nações Unidas para Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riad).

2 A INFLUÊNCIA DA SUBCULTURA NA FORMAÇÃO DO CARÁTER DO ADOLESCENTE

A cultura e o Direito norteiam a dinâmica da sociedade. A primeira determina o certo e o errado à população nela desenvolvida. Forma também o senso comum na comunidade, a partir de princípios e valores sustentados por ela ao longo do tempo. Trata-se da educação do povo, ensinamentos transmitidos pelos mais velhos aos que nascem, e assim sucessivamente.

A cultura é objeto de estudo de diversas áreas do pensamento humano, tais como a Filosofia, a Antropologia e a Sociologia. Figueiredo Dias e Costa Andrade conceituaram cultura como “todos os modelos coletivos de ação, identificáveis nas palavras e na conduta dos membros de uma dada comunidade, dinamicamente transmitidos de geração para geração e dotados de certa durabilidade” (Shecaira *apud* Dias; Andrade, 2004 p. 242).

É possível, então, afirmar que a cultura de uma comunidade arquiteta, ao passar dos anos, os parâmetros de “certo e errado”.

O ordenamento jurídico, fruto da cultura que amolda o pensamento do legislador, positiva os ditames sociais, de modo a firmar o regramento daquela sociedade. O Direito, portanto, deve solidificar o caminho a ser percorrido pela sociedade na busca dos fins esculpidos pela cultura.

Contudo, vivendo no âmbito territorial de uma cultura, há agrupamentos de indivíduos que professam outros entendimentos de mundo. Entre os grupos, há o dos jovens que enfrentam a sociedade adulta tradicional, regrada pela cultura dominante, da qual emana a concepção de ordem. É imperioso distinguir, mesmo que ligeiramente, o comportamento subcultural e contracultural dos adolescentes. Segundo o criminologista Sérgio Salomão Shecaira, as subculturas

“[...] aceitam aspectos dos sistemas de valores predominantes, mas também expressam sentimentos e crenças exclusivas de seu próprio grupo...” (2004, p. 245).

Dessa forma, conforme prelecionado por Shecaira, os jovens imbuídos de uma subcultura aceitam aspirações de futuro explicitadas pela sociedade dominante, como, por exemplo, a aquisição de bens materiais e a frequência a locais onde haja aglomeração de burgueses, na busca pelo reconhecimento social e pela consolidação no meio burguês. Por outro lado, as contraculturas atacam diretamente a cultura e a sociedade dominante, ou seja, agem contrariamente aos ditames sociais da época. Assim, arremata Shecaira: “A contracultura é, pois, caracterizada por um conjunto de valores de padrões que contradizem diretamente os da sociedade dominante” (2004, p. 246).

A cultura dominante no Brasil, capitalista e cristã, expressa a ideia de sucesso. No bojo dessa ideologia estão as metas a serem alcançadas pelo cidadão brasileiro, notoriamente: uma atividade laboral que propicie aquisições de bens materiais, a profissão de uma fé que propague a paz social e a constituição de uma família. Ocorre que jovens de diferentes classes sociais buscam os objetivos estabelecidos pela cultura dominante, mas não possuem igualdade de condições para trilharem o caminho do “sucesso”. Assim, a grande dificuldade para alcançar a plenitude da vida causa em adolescentes de estratos sociais inferiores o sentimento de fracasso e humilhação e, conseqüentemente, retira a motivação dos mais jovens a seguir o curso do sucesso.

O conflito de condições sociais tem início no ambiente escolar, local aberto a todos os jovens, mas onde os filhos das classes menos favorecidas podem encontrar os da classe média, jovens que tendem a apenas reforçar a socialização que advém do âmbito doméstico e familiar, diferentemente dos primeiros. Há, desde logo, uma celeuma social, pois os professores, geralmente, transmitem aos jovens estudantes valores da sociedade dominante, preponderantemente formada pela classe média, no escopo implícito e quase que natural de continuar com a ordem social já estabelecida.

Contudo, as crianças e os adolescentes membros das classes desprovidas de iguais condições de vida, já no colégio, sentem-se desprivilegiados e inferiores na busca pelo sucesso, pois são julgados e selecionados pelo magistério sob critérios dominantes da classe média (Shecaira *apud* Dias; Andrade, 2004, p. 247-248).

Verifica-se, a partir da desigualdade social que se torna latente nos jovens de idade escolar, a necessidade dos membros da subcultura de acessar e permanecer no âmbito da cultura dominante, amplamente estruturada pela classe média. Nasce, como fruto desse anseio de atingir o “sucesso” determinado pela classe média, a subcultura delinquente.

Conforme a inteligência de Shecaira:

[...] a constituição das subculturas criminais representa a reação necessária de algumas minorias altamente desfavorecidas diante da exigência de sobreviver, de orientar-se dentro de uma estrutura social, apesar das limitadíssimas possibilidades legítimas de atuar. (2004, p. 248)

Verifica-se que a subcultura acata os objetivos de vida inscritos pela cultura dominante, mas não aceita o caminho a ser percorrido com vistas à satisfação das metas sociais, seja por absoluta falta de recursos para tanto, ou mesmo pela distinta inteligência acerca da vida em comunidade. Eivados pela ausência de motivação para caminhar pelo trajeto comum, ou seja, trabalhar e planejar a vida, os membros da subcultura se socorrem de meios mais imediatistas para alcançar os objetivos traçados pela cultura dominante. Assim, não há preocupação em como se dará, por exemplo, a incorporação de um bem material ao patrimônio pessoal. A dificuldade em utilizar de expedientes lícitos e/ou morais para tanto traz conformismo à subcultura, de modo que seus agentes passam a se valer de atitudes criminosas ou, pelo menos, não socialmente aceitáveis, para obter o bem material, perambulando, conseqüentemente pela marginalidade, uma vez que atentam contra a ordem social.

A subcultura delinquente pode ser descrita como:

[...] um comportamento de transgressão que é determinado por um subsistema de conhecimento, crenças e atitudes que possibilitam, permitem ou determinam formas particulares de comportamento transgressor em situações específicas. Esse conhecimento, essas crenças e atitudes precisam existir, primeiramente, no ambiente cultural dos agentes dos delitos e são incorporados à personalidade, mais ou menos como quaisquer outros elementos da cultura ambiente. (Shecaira *apud* Cohen, 2004, p. 249)

Jovens que conviveram em um ambiente subcultural naturalmente absorveram conhecimentos próprios da comunidade. Em verdade, aprenderam o comportamento transgressor, mas não o enxergam dessa forma, pois o tem como normal. O sentimento de fracasso e a falta de crenças morais induzem a revolta nos adolescentes, que passam a buscar reconhecimento dentro do pacto social (Calligaris, 2000, p. 40-41).

As pessoas cometem crimes, em regra, para alcançar algum fim racionalmente justificável. O furto, por exemplo, é motivado pela necessidade do que foi subtraído: comer, usar, vender, etc. Nesses casos, verifica-se o utilitarismo da conduta do agente criminoso.

Por outro lado, Albert K. Cohen atribui três características à delinquência juvenil, quais sejam: não utilitarismo da ação, malícia da conduta e seu negativismo. Segundo o criminologista, alguns jovens furtam roupas que não serão vestidas, brinquedos que não serão brincados e alimentos que não serão comidos (1955, p. 25). Agem assim pelo prazer de transgredir, buscando tão somente a adrenalina de desafiar a guarda do patrimônio alheio. Ao término satisfatório da conduta delituosa, o adolescente é nutrido por grande autossatisfação e atrai os olhares da sociedade, como forma de obtenção de *status*. No entanto, a glória fica adstrita aos limites da subcultura delinquente. Aos olhos da cultura dominante, a conduta pessoal do adolescente é repudiada. Dessa forma, por serem tão banais sob os princípios da sociedade os objetivos da prática do delito, afigura-se não utilitária a conduta transgressora perpetrada pelos jovens.

As ações delinquentiais dos adolescentes também são imbuídas de malícia. O ato praticado é malicioso por si só, ou seja, “[...] trata-se do prazer de desconcertar o outro; o desafio de atingir algumas metas proibidas e inatingíveis aos seres comuns, o deliciar-se com o desconforto alheio...” (Shecaira *apud* Cohen, 2004, p. 252-253).

A malícia consiste em aterrorizar os membros da cultura dominante, sempre na intrínseca esperança de ter as atenções da sociedade atraídas para a subcultura.

A terceira característica da subcultura delinquente é o negativismo dos atos praticados pelos adolescentes. Este elemento é pormenorizadamente descrito:

Cuida-se de uma espécie de polaridade negativa ao conjunto de valores da sociedade obediente às normas sociais. As condutas dos delinquentes são corretas, conforme os padrões da subcultura dominante, exatamente por serem contrárias às normas da cultura mais gerais. Assim, os *standarts* desses grupos representam o reverso radical dos *standarts* e normas da sociedade convencional. Algumas condutas que significariam degradação e desonra em um grupo convencional servem para engrandecer e elevar o prestígio pessoal e o *status* de um membro de um grupo delinquente. (Shecaira *apud* Calligaris, 2004, p. 253)

O cenário subcultural possui forte condão de formar a consciência dos jovens que nele habitam. John Locke, filósofo empirista, afirma que o ser humano é gerado como uma “*tabula rasa*”, ou seja, não há ideias inatas no espírito humano (Locke, 1991). Nesse diapasão, a teoria empírica lecionada por Locke firmou o entendimento de que a razão humana é moldada a partir das experiências e sensações vividas pela pessoa ao longo do tempo. Assim, o meio sociocultural em que um ser humano é concebido e passa a se relacionar com o ambiente é determinante para a formação de seu caráter.

O ordenamento jurídico pátrio preocupou-se com a peculiar situação de crianças e adolescentes, na condição de seres em plena formação física e psicológica. O art. 1º da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), diz que “esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”. A Constituição Federal trouxe no bojo do art. 227 o princípio da “prioridade absoluta”, o qual estabelece o dever da família, da sociedade e do Estado de assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. No § 3º do precitado artigo, o legislador constituinte estabeleceu a abrangência do direito à proteção especial devida por todos aos jovens. Nesse perímetro, encontram-se salvaguardados direitos e limites trabalhistas, de acesso à educação, tratamento atinente ao jovem em conflito com a lei, acolhimento de menores em situação de risco e combate às drogas no meio infanto-juvenil.

No que diz respeito ao tema, Antônio Chaves explica o significado de “proteção integral”:

Quer dizer amparo completo, não só da criança e do adolescente, sob o ponto de vista material e espiritual, como também a sua salvaguarda desde o momento da concepção, zelando pela assistência à saúde e bem-estar da gestante e da família, natural ou substituta da qual irá fazer parte. (1997, p. 51)

Portanto, é evidente que o Estado-legislador reconheceu a delicada situação de crianças e jovens como seres em formação. A Constituição Federal, base da República, preconizou direitos e garantias fundamentais às crianças e aos adolescentes. Além disso, há o Estatuto da Criança e do Adolescente, diploma legal que cuida, estritamente, da proteção integral dispensada pela família, pela sociedade e pelo Estado aos menores.

De outro norte, são recorrentes as situações em que há omissão estatal no cumprimento de seus deveres para com as crianças e os adolescentes. É notório o péssimo atendimento do sistema de saúde pública, do qual depende a maioria dos brasileiros. A infraestrutura material e humana precária dos postos de saúde e hospitais (prejudicada por episódios de corrupção) repele o interesse de profissionais da área em trabalhar no sistema público. Assim, a população não recebe a devida atenção quando precisa e, desde a concepção, o nascituro começa a sofrer danos à saúde.

Não é distinto, por exemplo, a arquitetura da educação básica em nosso país. As crianças e os adolescentes necessitam frequentar escolas com vistas à futura profissionalização e ao exercício da cidadania. No entanto, os alunos, muitas vezes, se deparam com pobres bibliotecas e, conseqüentemente, ínfimo incentivo à boa leitura, péssima condição predial do colégio, o que retira o bem-estar do estudante, e professores desmotivados, ante às gravosas condições para lecionar e remuneração não condizente com a grandiosa responsabilidade que o cargo exige. Por isso, a educação fica eivada de ineficácia na formação de profissionais e cidadãos.

A incapacidade (ou desinteresse) do Estado de prover a proteção especial aos jovens, com a prioridade absoluta exigida pelo art. 227 da Constituição Federal, desrespeita frontalmente os comentados direitos da criança e do adolescente. Essa omissão estatal transmite forças à consolidação da subcultura delinquente, na medida em que deixa de equiparar materialmente as pessoas,

subtraindo-lhes condições básicas de alcançar o desenvolvimento social, cultural e intelectual, atributos precípuos e salutares à vida em comunidade, o que enaltece os valores particulares da subcultura.

3 ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI

No contexto subcultural, é comum que crianças e adolescentes transgridam as regras do ordenamento jurídico. No Brasil, agentes transgressores menores de dezoito anos de idade são penalmente inimputáveis, ou seja, não estão sujeitos à responsabilidade penal pelos atos praticados, mas ser-lhes-á aplicada legislação especial. Essa é a redação do art. 228 da Constituição Federal, que prevê a garantia fundamental da não cominação de pena aos inimputáveis em razão da idade. O legislador constitucional reconheceu que são seres em formação, o que impede a consciência do caráter criminoso de suas condutas (Brasil, 2012).

A legislação especial mencionada pelo precitado dispositivo da Lei Maior é o Estatuto da Criança e do Adolescente, elaborado para atender as peculiaridades atinentes aos casos que envolvem menores de idade. Pelo Estatuto, agentes com até doze anos incompletos são crianças e, caso infrinjam a norma jurídica, serão submetidos a medidas protetivas, dispostas no art. 101. Essas medidas são providências para assegurar o respeito aos direitos da criança, no escopo de evitar que novamente desvie sua conduta.

Por outro lado, adolescentes que incorrem em condutas tipificadas em nossas leis penais e contravencionais praticam ato infracional, conforme disposição do art. 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Os infratores, após a devida apuração do ato infracional, devem ser submetidos a medidas socioeducativas, entre aquelas elencadas no rol taxativo do art. 112 do Estatuto.

As medidas socioeducativas são, primeiramente, respostas do Estado ao adolescente infrator. Há doutrinadores como Rosaldo Elias Pacagnan que sustentam o caráter punitivo da reprimenda estatal (Chaves *apud* Pacagnan, 1997, p. 504). Todavia não se mostra razoável essa percepção.

Em decorrência da pouca idade e experiência, os adolescentes não possuem concreto entendimento do que é certo ou errado. Faltam-lhes experiências de vida. A fim de evitar nova transgressão à norma, a resposta do Estado deve conter, precipuamente, teor educativo e, assim, demonstrar ao reeducando valores éticos e morais de vida pacífica em sociedade.

Embora haja previsão de aplicação de medida socioeducativa de internação, a retirada do adolescente de seu meio comum de convívio não deve

ser considerada, acima de tudo, punição com privação de sua liberdade, posto que o local onde será submetido à precitada medida garantirá o pleno exercício de seus direitos fundamentais, como saúde, educação e segurança, além de acompanhamento psicológico.

Assim sendo, é evidente que a privação da liberdade do menor fica em segundo plano ante as melhorias das condições de vida que encontrará nas entidades e unidades que desenvolvem medidas socioeducativas de internação, locais em que todos os seus direitos e as suas garantias fundamentais serão assegurados. Tendo em vista a miserabilidade social em que se encontra a maioria dos adolescentes infratores, mantê-los no seio da subcultura tornará frágil a resposta do Estado ao ato praticado e colocará em risco a salvaguarda do menor, bem como a possibilidade de evitar novo desvio de conduta. Dessa forma, conclui-se que a natureza jurídica da atividade estatal ante a prática de atos infracionais é educativa e não punitiva.

Superada eventual celeuma concernente à natureza das medidas socioeducativas, essas devem ser aplicadas isolada ou cumulativamente ao adolescente infrator, de acordo com a gravidade do fato, as condições pessoais e a necessidade pedagógica, sempre visando a não reiteração da conduta antissocial. No art. 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente estão previstas as espécies de medidas socioeducativas: advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade e internação em estabelecimento educacional, sem prejuízo da aplicação das medidas protetivas ao infrator e sua família, dispostas no art. 101, incisos I a IV, do diploma legal (Brasil, 2012).

Depreende-se do capítulo que trata das medidas socioeducativas que a finalidade é sempre orientar o menor infrator a não cometer novamente tais atos. As medidas buscam demonstrar ao adolescente o quão lesiva é a sua conduta e, paralelamente, prover direitos fundamentais ao jovem, posto que, como já explicitado alhures, a exposição de crianças e adolescentes à situação de risco está intimamente ligada à prática de atos infracionais.

A mais elaborada delas é a medida de internação. O Estatuto da Criança e do Adolescente condicionou sua aplicabilidade a três princípios:

[...] o da brevidade, no sentido de que a medida deve durar tão somente para a necessidade de readaptação do adolescente; o da excepcionalidade, no sentido de que deve ser a última medida a ser aplicada pelo juiz

quando da ineficácia de outras; e o do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, visando manter condições gerais para o desenvolvimento do adolescente, por exemplo, garantindo seu ensino profissionalizante. (Ishida, 2000, p. 190)

A medida de internação consiste em afastar, temporariamente, o adolescente do convívio sociofamiliar, colocando o menor em instituição apropriada para promover seu desenvolvimento social, educacional e psicológico. Deve ser reavaliado por equipe multidisciplinar em no máximo a cada 6 (seis) meses, para que, cumprindo o princípio da brevidade, possa retornar ao convívio social sem riscos concretos de voltar a delinquir. Se os relatórios da equipe técnica competente para a execução da medida de internação concluírem que, embora finda a privação de liberdade, o adolescente necessita ser submetido à medida de semiliberdade, ou de liberdade assistida, a fim de garantir o resultado satisfatório, assim deverá ser. Trata-se, aqui, da progressividade do cumprimento de medidas socioeducativas, sistema pelo qual o adolescente internado retorna à unidade educacional tão somente para dormir ou, caso a reeducação já tenha atingido níveis seguros, o jovem retorna ao lar primário e a medida é substituída por outra mais branda, como, por exemplo, a liberdade assistida, na qual o menor informa periodicamente à Vara da Infância e da Juventude suas atividades e passa a frequentar programas de acompanhamento psicológico e/ou atividades profissionalizantes.

4 PROBLEMÁTICA DO ATUAL SISTEMA DE APLICAÇÃO DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS: NECESSIDADE DE APERFEIÇOAMENTO

O escopo de qualquer medida socioeducativa é reeducar o adolescente para que possa novamente viver em sociedade sem transgredir o ordenamento jurídico e atentar contra a paz social. Entre as espécies de medidas socioeducativas, previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, há a de internação em estabelecimento educacional. Trata-se, como se verificará adiante, da medida mais completa para reeducar o menor delinquente.

De acordo com as regras vigentes, o infrator submetido à medida socioeducativa de internação não poderá nela permanecer, em hipótese alguma, por mais de 3 (três) anos, por força do § 3º do art. 121 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim, mesmo ante o parecer desfavorável exarado pela equipe de acompanhamento da execução da medida, decorrido o prazo máximo de 3 (três)

anos, a internação deve cessar. Além disso, seja qual for a medida socioeducativa aplicada ao menor, este deve ser liberado compulsoriamente aos 21 (vinte e um) anos de idade, conforme disposição do art. 121, § 5º, do Estatuto.

Vejam, então, uma hipótese recorrente no cotidiano das Varas da Infância e da Juventude de nosso país: se um adolescente pratica ato infracional equiparado ao crime de latrocínio (mata para assegurar a subtração do bem móvel, art. 157, § 3º, *in fine*) quando conta com 14 (quatorze) anos de idade em coautoria com outro adolescente de 17 (dezesete) anos e 8 (oito) meses, o primeiro poderá ser submetido às medidas socioeducativas por 7 (sete) anos, passando ou podendo passar por todas as etapas do sistema progressivo de medidas (internação, depois semiliberdade e, em seguida, liberdade assistida). Terá 7 (sete) anos para isso. Mas o outro adolescente de 17 (dezesete) anos e 8 (oito) meses, pelo mesmo ato, só poderá ser submetido às medidas socioeducativas por 3 (três) anos e 4 (quatro) meses, já que a liberação compulsória se dará aos 21 (vinte e um) anos, conforme disposição do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Valter Kenji Ishida afirma que o princípio da brevidade impõe que a medida de internação deve durar tão somente para a necessidade de readaptação do adolescente (2000, p. 190). Mas é bem verdade que há, em vultosa quantidade de casos, a liberação do jovem adulto da medida de internação pelo advento dos 21 (vinte e um) anos, ou mesmo pela decorrência do prazo máximo de 3 (três) anos, e seu ingresso, pouco tempo depois, ao sistema prisional brasileiro, muitas vezes, pela reiteração da conduta, senão por outra mais grave.

Portanto, o sistema de medidas socioeducativas em vigência não se mostra capaz de satisfazer seu objetivo precípua, qual seja: assegurar a reeducação do menor infrator, promovendo, por conseguinte, seu retorno à vida em comunidade. Verifica-se que não resta muito tempo para se reeducar um adolescente de 17 (dezesete) anos de idade que pratica ato infracional mediante grave ameaça ou violência contra pessoa, ou mesmo por reiteração no cometimento de outras infrações graves, iniciando-se pela internação em estabelecimento educacional, já que sua liberação será compulsória aos 21 (vinte e um) anos de idade, de acordo com o art. 121, § 5º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em geral, os adolescentes infratores internados em unidades educacionais vivenciaram, anteriormente à prática do ato, situação de risco, porquanto direitos fundamentais como educação, saúde e desenvolvimento psicossocial em local salutar não lhes foram assegurados. Inseridos na subcultura desde o nascimento,

os jovens delinquentes têm como normais suas condutas transgressoras, pois o ambiente onde viviam propiciava o enaltecimento da ação delinquencial.

Aos menores infratores que margeiam a maioria penal não há tempo hábil para submissão às medidas socioeducativas e obtenção de resultados eficazes. Até o momento da prática do ato infracional, a educação do jovem foi inteiramente balizada pelos princípios e valores da subcultura, os quais concretizaram a perpetração da delinquência. Nesses casos, torna-se impossível completar o labor da reeducação do menor e conceder-lhe condições de ingressar na vida adulta, tornando-se um cidadão. Em sendo forte ainda a estrutura do pensamento delinquencial, enraizado pelos princípios e valores da subcultura, o jovem adulto certamente cometerá novas condutas ilícitas. Já imputável, comete crimes, até que adentra no cárcere para cumprir pena, juntamente com demais criminosos.

É bem-vinda, portanto, a alteração no art. 121, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, para o fim de retirar do ordenamento jurídico o prazo máximo de três anos para submissão do menor infrator à medida socioeducativa de internação em estabelecimento educacional. Dessa forma, a equipe multidisciplinar que acompanha a execução da medida terá o tempo necessário para, com segurança, reeducar o adolescente. Além disso, o art. 121, § 5º, do Estatuto deve ser igualmente modificado. Com vistas à recuperação do menor infrator, sobretudo aquele que pouco tempo após a prática do ato infracional completará 18 (dezoito) anos, é necessário que a liberação compulsória do delinquente seja dilatada para o advento dos 25 (vinte e cinco) anos de idade, modificando-se, assim, o termo vigente (21 anos). Com essas providências legislativas, serão atribuídas melhores condições ao Estado para que reedue o menor infrator e assegure seu retorno à comunidade sem riscos de tornar a delinquir.

5 DISCUSSÃO ACERCA DA DIMINUIÇÃO DA MAIORIDADE PENAL COMO FORMA DE JUSTIÇA

Sempre que o assunto é a resposta do Estado ao jovem que comete ilícitos penais, surgem acaloradas discussões acerca de reforma legislativa para o fim de alterar a maioria penal para 16 (dezesesseis) anos, hoje consolidada em 18 (dezoito) anos. Quem sustenta essa opinião leva em conta que adolescentes de dezesseis anos podem votar e trabalhar, atividades típicas dos adultos e que, por isso, possuiriam inteira consciência de seus atos. No entanto, é clara a emotividade que embasa discursos de redução da maioria penal. Tanto

vítimas de atos infracionais quanto grande parcela da população brasileira apregoam que “adolescente de dezesseis anos deve ser preso” mais pelo imediatismo da resposta emocional do que por profunda e racional análise sobre a matéria. Aqui, faz-se necessária a abstinência de sentimentos pessoais corroborados por experiências pretéritas para a racionalização do tratamento da maioria penal, sob pena de construir entendimento não exequível na realidade brasileira.

A resposta estatal às ilicitudes cometidas por adolescentes deve ser adequada à peculiar condição de pessoas em formação do caráter. A teoria criminológica da “subcultura delinquente” nos ensina que os adolescentes inseridos nesse insalubre ambiente aprendem uma ética própria daquele grupo subcultural. Em regra, jovens buscam dogmáticamente as metas dispostas pela cultura dominante, como a aquisição do tênis da moda, da roupa de marca, ser visto em um carro de luxo e frequentar festas e ambientes de entretenimento renomados. Todavia, não percorrem os caminhos comuns para alcançar os objetivos, pela ausência de condições para tanto e imbuídos da ideia subcultural de aceitação da delinquência para satisfação das metas. Além disso, nesses meios sociais, a prática de infrações traz enaltecimento ao agente dentro do grupo, o que, conjugado com o aspecto “normal” e “justo” da delinquência sustentado por ele, evidentemente incentiva a reiteração de condutas antissociais.

Tem-se, portanto, dois fatores básicos para racionalizar a tratativa da maioria penal: a peculiar condição de caráter em formação que atinge os adolescentes e o justo anseio social pela paz e segurança.

Com o caráter juvenil ainda não concretizado, todas as experiências que o adolescente vivenciar servirão de base para a tomada de decisões. Embora possa votar e trabalhar, não é razoável qualquer outra ilação senão a de que um adolescente não viveu tempo suficiente para discernir com presteza parâmetros de “certo e errado”. Grande parte de sua trajetória até a prática do ato infracional consistiu em desenvolver seu sistema sensorial, o que se dá até o termo final da infância. Logo, não há de se falar em razão até os doze anos de idade, porquanto se trata de criança. A partir desse momento, inicia-se, com maior vigor, a percepção do mundo ao redor do jovem, ou seja, surgem as experiências que esculpirão a razão do ser humano.

Sob esse prisma ainda não é razoável afirmar que um adolescente de dezesseis anos tenha plena consciência de seus atos. Sabe da ilicitude, pois busca se evadir da polícia em seguida à prática da conduta delinquente, mas não

possui condições de verificar a extensão danosa de seu comportamento, pela falta de experiência suficiente para dirimir a situação. O infrator que advém da subcultura delincente possui menos condições ainda, pois acredita que o caminho delinquential é o coerente para alcançar a meta imposta pela sociedade dominante, tendo em vista que, mesmo sendo poucas, as únicas experiências que teve foram as subculturais, de modo que não há qualquer paradigma para comparar antes de tomar a decisão de infringir a norma.

Em qualquer das situações, trata-se de ser humano com o psicológico em plena formação. Como já mencionado, tudo com o que o adolescente tiver contato será por ele absorvido e fará parte de sua educação.

Diminuir a maioria penal para dezesseis anos não é o melhor meio para a obtenção da paz social e segurança. Depositar um adolescente transgressor no sistema prisional de nosso país é corroborar para que absorva experiências com adultos criminosos, aos quais deve ser dispensada distinta forma de ressocialização. Tudo o que vivenciar no cárcere, juntamente com marginais adultos, integrará sua educação.

Por outro lado, a prisão não é dotada de atendimento especial adequado para reeducar o adolescente. Teríamos, portanto, o favorecimento da inserção e permanência do jovem em uma carreira criminosa. A convivência com condenados de caráter marginal formado, somada ao estágio de lapidação do caráter do adolescente, aliados à inércia estatal em buscar a reeducação do infrator em um ambiente propício para tanto, confirmam o cometimento de novos crimes, especialmente os mais elaborados, participando de organizações criminosas. Certamente não é esse o efeito que as pessoas buscam quando clamam pela diminuição da maioria penal, mas, com certeza, será esse o resultado obtido com a clausura de um jovem em estabelecimento prisional convencional.

De outro norte, o jovem delincente necessita ser reeducado para que não torne a delinquir. Por estar seu caráter em plena formação, é possível decotar arestas marginais do pensamento do jovem infrator e trazê-lo à luz da vida pacífica em comunidade, demonstrando-lhe, por meio da reeducação aplicada pelas medidas socioeducativas, princípios morais e éticos condizentes com a paz social.

Retirar o adolescente do meio em que vive é, muitas vezes, necessário para garantir o pleno resultado da reeducação. No entanto, deve ser inserido em ambiente propício para isso, ou seja, estabelecimentos educacionais, conforme

disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente, e não no cárcere. Durante a internação, vivenciará experiências de atendimento psicológico, frequência à escola, conviverá com demais jovens com semelhantes estágios de formação do caráter, etc. Dessa forma, é possível reeducar o adolescente infrator para que retorne ao bom convívio social. Caso não haja necessidade imperiosa de profunda reeducação do jovem, basta que seja submetido às demais medidas socioeducativas assentadas no Estatuto da Criança e do Adolescente para que seja evitado novo desvio de conduta.

Como se não bastasse o arguido anteriormente, é patente que o atual ordenamento jurídico pátrio não permite a diminuição da maioridade penal.

No tocante à estabilidade, a Constituição Federal, em vigência, é classificada pela doutrina como “rígida”. Segundo José Afonso da Silva, “rígida é a constituição somente alterável mediante processos, solenidades e exigências formais especiais, diferentes e mais difíceis que os de formação das leis ordinárias ou complementares” (Silva, 2000, p. 44). O Poder Constituinte Originário conferiu ao Congresso Nacional a competência para elaborar ementas à Constituição, o que implica afirmar que o referido órgão constituído é dotado de poder constituinte derivado. Essa transferência de poder se deu em decorrência de um problema de técnica constitucional, tendo em vista a dificuldade em reunir o Poder Constituinte Originário nas oportunidades em que se fizer necessário emendar a Carta Magna (Silva, 2000, p. 67).

Está estabelecido no art. 60 da Lei Maior o processo legislativo a ser observado para que seja emendada. Consta de seu § 4º o núcleo imodificável via emenda constitucional, ou seja, é vedada a proposta de emenda que tenda a abolir: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e as garantias individuais. Trata-se, portanto, de limitação material explícita ao Poder Reformador.

O art. 5º da Carta Magna dispõe, de forma não exaustiva, os direitos e as garantias individuais. Com relação a eles, José Afonso da Silva preleciona que “são aqueles que reconhecem a autonomia aos particulares, garantindo iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado” (Silva, 2000, p. 186). Com relação à separação de direitos e garantias, Ruy Barbosa afirma que são distintas e é necessária a cisão, pois direitos trazem consigo conteúdos meramente declaratórios, ao passo que garantias são verdadeiras disposições assecuratórias à defesa dos direitos, uma vez que limitam o poder (Silva *apud* Barbosa, 2000, p. 189).

Contudo, José Afonso da Silva sustenta:

A Constituição, de fato, não consigna regra que aparte as duas categorias, nem sequer adota terminologia a respeito das garantias. Assim é que a rubrica do Título II enuncia: “Dos direitos e garantias fundamentais”, mas deixa à doutrina pesquisar onde estão os direitos e onde se acham as garantias. O Capítulo I desse Título traz a rubrica: “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”, não menciona as garantias, mas boa parte dele constitui-se de garantias. Ela se vale de verbos para declarar direitos que são mais apropriados para enunciar garantias. Ou melhor diríamos, ela reconhece alguns direitos garantindo-os. (2000, p. 189)

Certo é que o § 2º do art. 5º da Constituição Federal dispõe 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 seja parte”. Depreende-se dessa disposição constitucional que, como já aduzido, o rol do art. 5º não é taxativo e, ainda, que os direitos e as garantias concernentes com os princípios da lei fundamental e advindos de tratados internacionais firmados pelo Brasil estão abarcados pelo conteúdo do precitado artigo. Assim, há no corpo da Constituição Federal direitos e garantias fundamentais individuais dispersos, mas equiparados aos congêneres elencados no art. 5º.

O já citado art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição não faz ressalva de que o limite material à reforma da Carta Magna será circunscrito aos direitos e às garantias individuais esculpidos no art. 5º. É, por conseguinte, insofismável que todo e qualquer direito e garantia fundamental assentado pela Constituição Federal é imune a emendas tendentes a aboli-los.

Diante da certeza de que a própria Lei Maior nos proporciona, no que tange à presença de direitos e garantias individuais que transcendem o arcabouço do art. 5º, a inimputabilidade penal é cláusula pétreia, ou seja, insuscetível de alteração por emenda constitucional. O art. 228 da Constituição assim prevê: “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”. Sendo assim, a inimputabilidade penal é garantia individual aos menores de dezoito anos, aos quais, pela parte final do comentado

dispositivo constitucional, é assegurada a sujeição à legislação especial, hoje denominada “Estatuto da Criança e do Adolescente”.

Essa garantia é fruto do princípio da proteção integral, que integra a Constituição Federal para dispor sobre o tratamento que deve ser dispensado pela família, pela sociedade e pelo Estado aos jovens menores de dezoito anos. Utilizando de técnica legislativa, o poder constituinte inseriu a garantia da inimputabilidade penal aos menores de dezoito anos no capítulo “Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso”, separando-a das disposições atinentes ao conjunto da cidadania, com vistas a sua maior implementação, eficácia e defesa (Neto, 2000).

Portanto, a não responsabilização penal pelos atos praticados por adolescentes e o tratamento especial dispensado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente aos transgressores da ordem jurídica são garantias fundamentais individuais sustentadas pela Constituição da República Federativa do Brasil a todos os menores de dezoito anos, em decorrência do princípio da proteção integral, que exige ações sociais, familiares e estatais distintas aos jovens em face da peculiar condição de seres com o caráter em formação. Conseqüentemente, qualquer atividade legislativa que contrarie a disposição constitucional do art. 228, seja por proposta de emenda constitucional, seja por elaboração de textos legais infraconstitucionais, será eivada de inconstitucionalidade material, posto que apenas o advento de uma nova Constituição Federal brasileira pode suprimir direito e garantia fundamental individual.

CONCLUSÃO

Crianças e adolescentes, educados sob a subcultura delinquente, absorvem discrepantes ópticas acerca da vida, do mundo e da sociedade. Um dos princípios norteadores da subcultura delinquente é o que sustenta o conflito entre o jovem e as regras sociais. O grande marco que evidencia que o pensamento subcultural está produzindo efeitos na razão do adolescente é a prática de atos infracionais sem utilitarismo, com o único objetivo de ser reconhecido como membro de grupo subcultural.

Vê-se, também, que a omissão do Estado em proporcionar meios para que as camadas sociais menos favorecidas consigam se equiparar materialmente àquelas com melhores alicerces é protagonista na consolidação dos valores subculturais, que são transmitidos hereditariamente ao longo do tempo. Manter precário o sistema de saúde pública, não investir na educação de base, negligenciando a fundamental importância que possui na formação do caráter

juvenil, deixar de promover políticas públicas de profissionalização com qualidade para adolescentes são claros exemplos de violência perpetrada pelo Estado contra a construção salutar do pensamento do jovem.

Assim agindo, a Administração Pública deixa de fornecer às famílias e à sociedade os instrumentos necessários para que possam também cumprir seus papéis para com o desenvolvimento dos menores, futuros adultos que atuarão no meio social. A eficaz atuação estatal, adimplindo com seus deveres legais, se mostra como base para o enfraquecimento da subcultura delincente, pois haverá expressiva inclusão do jovem à sociedade, munido de condições básicas para crescer e se desenvolver como cidadão. Não é razoável exigir do adolescente nascido em nossa sociedade, necessitando nela sobreviver, que aja com ética para alcançar os objetivos expressados pela cultura dominante, uma vez negligenciados os seus direitos básicos. Nesse caso, a meritocracia é impossível.

Os adolescentes possuem peculiar condição de desenvolvimento, ou seja, a razão juvenil não é ao todo formada. Há esperança de recuperar o menor infrator, mesmo imbuído da subcultura delincente. Para tanto existem as medidas socioeducativas.

Contudo, o sistema atual não se mostra eficaz na recuperação de jovens em conflito com a lei, sobretudo no que tange ao prazo máximo de 3 (três) anos de submissão do menor à medida de internação, bem como à liberação compulsória aos 21 (vinte e um) anos, em relação a qualquer providência socioeducativa.

A medida socioeducativa de internação é realizada em estabelecimento educacional, no qual o jovem passa a ter garantidos todos os seus direitos, tais como saúde, educação e segurança. Ademais, é afastado do cenário subcultural, que foi responsável pela formação de seu caráter transgressor, ante a violência que experimentou quando habitava naquele contexto.

O Estado, a família e a sociedade negligenciaram a proteção integral a que o menor fazia jus desde a concepção, mas ainda há uma chance de recuperá-lo e trazê-lo junto à vida em comunidade. Por isso é necessário dispensar atenção especial a essa espécie de medida socioeducativa, que se afigura a mais completa para reeducar o adolescente e evitar que seja um adulto criminoso. Tendo em vista a complexidade do trabalho para reeducar e, assim, recuperar o jovem delincente, não deve ser estabelecido prazo máximo à sua internação.

Nessa esteira é que foi proposta a alteração do marco de liberação compulsória do adolescente submetido à medida socioeducativa. Vislumbra-se a

dilação de 21 (vinte e um) para 25 (vinte e cinco) anos, no escopo de proporcionar tempo suficiente para reeducar com segurança o menor infrator, sobretudo aquele que praticou a conduta ilícita à beira do advento da imputabilidade penal.

Se o infrator não for reeducado nos moldes das medidas socioeducativas, com os recursos que elas dispõem para a recuperação do jovem, cumprindo as etapas do sistema progressivo, é muito provável que, obtida a liberação compulsória, transgrida a legislação penal, pois não houve o desmantelamento dos valores subculturais esculpidos na razão do agente enquanto adolescente. O jovem adulto, não plenamente recuperado, certamente será submetido à responsabilização criminal e, a partir dos princípios da subcultura delinquente que traz consigo e da convivência com agentes antissociais, desenvolverá uma carreira criminosa. Caso isso ocorra, como vem acontecendo, perdeu-se a oportunidade de reeducar o adolescente infrator quando ainda era possível.

Assim sendo, urge seja o Estatuto da Criança e do Adolescente alterado, em defesa do adolescente infrator e com vistas à obtenção da paz social.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. *Vade Mecum*. Obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais com a coordenação de Darlan Barroso e Marco Antônio Araújo Júnior. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. *Vade Mecum*. Obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais com a coordenação de Darlan Barroso e Marco Antônio Araújo Júnior. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CALLIGARIS, Contardo. *A adolescência*. São Paulo: Publifolha, 2000.

CHAVES, Antônio. *Comentários ao estatuto da criança e do adolescente*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1997.

CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do M.; MENDEZ, Emílio Garcia. *Estatuto da criança e do adolescente comentado - Comentários jurídicos e sociais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GOMES NETO, Gercino Gerson. A imputabilidade penal como cláusula pétreia. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id205.htm>>. Acesso em: 30 out. 2012.

GOUVÊA, Eduardo Cortez de Freitas. Medidas socioeducativas - Histórico, procedimento, aplicação e recursos. Escola Paulista da Magistratura. Disponível em:

<<http://www.epm.sp.gov.br/Sociedade/ArtigosView.aspx?ID=2878>>. Acesso em: 27 out. 2012.

ISHIDA, Valter Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente* - Doutrina e jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

LOCKE, John. *Ensaio sobre o entendimento humano*. 5. ed. Trad. Anoar Aiex. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente* - Uma proposta interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

VIANNA, Guaraci de Campos. Responsabilidade penal dos adolescentes e medidas socioeducativas. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 17 de julho de 2008. Disponível em: <<http://portaltj.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 27 maio 2012.

_____. *Direito infanto-juvenil: teoria, prática e aspectos multidisciplinares*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

A EXTENSÃO DA REPARAÇÃO DO DANO AMBIENTAL

THE REPAIRING EXTENSION OF THE ENVIRONMENTAL DAMAGE

Ari Alves de Oliveira Filho¹

Doutorando em Direito Ambiental Internacional pela Universidade de Santos – UniSantos

RESUMO: Este artigo tem por objetivo desenvolver reflexões acerca da reparação dos danos ambientais de forma mais extensiva, ou seja, qual o alcance máximo que poderá advir de uma reparação de dano ambiental. Nesse sentido, a necessidade de conhecer os conceitos de meio ambiente, bem como a sua classificação, que possibilitam maior compreensão do direito ambiental e suas áreas. A identificação do dano e de suas respectivas fontes decorre da necessidade de demonstrar como ele atua no meio ambiente e principalmente qual o prejuízo que acarreta para a sociedade; assim, a parte final do trabalho relata as duas formas de reparação, quais sejam, a material e a extrapatrimonial, e especifica como se define e apura uma reparação que realmente produza um benefício para toda a sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Dano ambiental extrapatrimonial; reparação de dano ambiental material e extrapatrimonial; dano ambiental moral.

ABSTRACT: *This article aims to develop reflections on the repairing of the environmental damage more broadly, in other words, what is the maximum range that can result from a repairing in an environmental damage. In this sense, the need of knowing the concepts of the environment, as well as its classification, enabling a greater understanding of environmental law and its areas. The identification of the damage and its sources is the need to demonstrate how it acts in the environment and which is the main causes of the damage to society, so the final part of this article relates the two forms of repairing namely, the material and extra-patrimonial, and specifies how to define and investigate a repair that truly produces a benefit to society.*

KEYWORDS: *Extra-patrimonial environmental damage; environmental and extra-patrimonial damage repairing; moral environmental damage.*

SUMÁRIO: 1 Meio ambiente; 2 Dano ambiental; 3 Da reparação do dano: responsabilidade civil; 4 Reparação de dano material e extrapatrimonial; Referências.

¹ Advogado atuante na área de Direito Ambiental, Professor Universitário na Faculdade de Tecnologia do Estado de São Paulo – FATEC, Presidente Prudente/SP.

SUMMARY: 1 *Environment*; 2 *Environmental damage*; 3 *Repairing damage: liability*; 4 *Material and emolument damage repairing*; *References*.

1 MEIO AMBIENTE

Definir meio ambiente não é tarefa das mais fáceis. De uma forma geral, significa a reunião de diversos fatores intrínsecos, os quais contribuem para a existência das várias espécies de vida. O elo que os une (o meio ambiente à vida) é tênue, pois, na falta de um, o outro também deixará de existir.

Entende-se que o homem, juntamente com os elementos naturais, artificiais e culturais, bem como tudo que envolve e cerca os seres vivos, forma um conjunto de sistemas que não podem sobreviver separadamente.

Este liame decorre da necessidade de haver um equilíbrio entre todas as coisas. Todos os elementos são, na verdade, um só, e cada movimento feito desencadeia um tipo de reação necessária à composição de todo o ecossistema, que só funcionará a contento quando todos os elementos se encontrarem em harmonia.

Por isso, boa parte da doutrina tem se dedicado a conceituar meio ambiente, sendo várias as designações a ele atribuídas; mas, na essência, todas convergem para o mesmo objetivo.

Ao pesquisar um conceito que melhor traduza os anseios de todos, não poderíamos deixar de citar Paulo Affonso Leme Machado (1997, p. 89), que, consoante autores portugueses, entende

que a expressão meio ambiente, embora seja bem sonante, não é, contudo, a mais correta, isto porque envolve em si mesma um pleonasma, pois que *ambiente* e *meio* são sinônimos porque *meio* é precisamente aquilo que envolve, ou seja o *ambiente*.

José Afonso da Silva (1998, p. 01 e 02) entende ser a palavra “ambiente” indicativa de “esfera, o círculo, o âmbito que nos cerca, em que vivemos. Em certo sentido, portanto, nela já se contém o sentido da palavra meio”, e conceitua da seguinte forma:

É a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas. A

integração busca assumir uma concepção unitária do ambiente compreensiva dos recursos naturais e culturais.

A legislação pátria equaciona o entendimento no art. 3º, inciso I, da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, assim definindo:

Para os fins previstos esta lei afirma:

I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;

[...].

Conivente com a legislação e com os autores pátrios, o espanhol Ramón Martín Mateo (1998, p. 21) também entende que:

Advertiremos que aquí se manejan los términos: ambiente y medio como equivalentes, pero no los de medio ambiente o medioambiental, pese a que el primero há sido recibido por la Academia de la Lengua Española y por la propia Constitución, que estimamos no obstante reiterativos y redundantes.

Já o italiano Paolo Dell'Anno (1998, p. 11) faz o seguinte comentário:

In proposito, va innanzitutto menzionata l'autorevole dottrina che aveva indentificato nella nozione giuridica di ambiente una polivalenza di significati, riconducibili a tre gruppi di istituti giuridici distinti: quelli concernenti la tutela delle bellezze paesistiche, quindi un'attività culturale; quelli concenenti la qualità della vita, quindi la lotta contro gli inquinamenti, e perciò un'attività sanitaria; quelli concernenti il governo del territorio, in quanto siano de preservare certitratti ecologici, quindi un'attività urbanistica. Secondo tale interpretazione il termine ambiente non veniva ad indentificare una sintesi verbale; di conseguenza si negava ad esso il carattere di materia asé stante e veniva ricollegato, situazione per situazione, com altre materie quali l'urbanistica, i lavori pubblici, l'assistenza sanitaria, e così via.

Logo, é a partir desses conceitos que se descobre qual o alcance e o significado da palavra “meio ambiente”, a qual se refere ao local que abriga toda espécie de vida, sofrendo todo tipo de influências e alterações de ordem física, química e biológica, associadas às questões culturais que, de qualquer forma, interferem na vida humana.

1.1 CLASSIFICAÇÃO

Ao tratar da classificação do meio ambiente, busca-se reconhecer e agrupar os diversos aspectos elementares, visando à identificação da atividade degradante e do bem agredido. Assim, para que haja um estudo mais detalhado, estabelecer-se-ão divisões que envolvem quatro aspectos: natural, artificial, cultural e do trabalho.

O meio ambiente natural ou físico vislumbra a ideia de natureza *in natura*, aquela intocada, onde a ganância e o poder destrutivo do homem ainda não operaram. A harmonia do equilíbrio entre os seres vivos que ali habitam gera um bem-estar para todos os seres. É a busca do homem por uma sadia qualidade de vida.

Neste enfoque, surgiram diversos conceitos na tentativa de abarcar toda essa dinâmica. Sobre o tema, José Afonso da Silva (1989, p. 03) manifesta que o meio ambiente é “constituído pelo solo, a água, o ar atmosférico, a flora, enfim, pela interação dos seres vivos e seu meio, onde se dá a correlação recíproca entre as espécies e as relações desta com o ambiente físico que ocupam”. Participa desse entendimento Celso Antônio Pacheco Fiorillo (1996, p. 54):

O meio ambiente natural ou físico é constituído pelo solo, a água, o ar atmosférico, a flora, a fauna, ou em outras palavras, pelo fenômeno de homeostase, qual seja, todos os elementos responsáveis pelo equilíbrio dinâmico entre os seres vivos e o meio em que vivem.

O conceito citado engloba os componentes referentes à natureza que, por sua importância, encontram guarida e proteção na Carta Magna, no *caput* do art. 225 e na sequência do § 1º, I e VII.

Opondo-se ao meio ambiente natural, composto dos elementos naturais que surgiram em decorrência dos caprichos da natureza, o meio ambiente artificial decorre de leis e de processos transformadores do homem.

Por visar ao todo e não somente às partes, integrando a sociedade e o mundo natural, e tendo em vista que, a cada construção que surge, o homem interfere no meio ambiente, é que os bens construídos passam a fazer parte do objeto das políticas ambientais.

Oportuno, para melhor assimilação, o conceito esclarecedor de Fiorillo (1996, p. 59): “Meio ambiente artificial é aquele constituído pelo espaço urbano construído, consubstanciado no conjunto de edificações (espaço urbano fechado) e dos equipamentos públicos (espaço urbano aberto)”.

Busca-se, por meio do patrimônio artificial, atingir as condições requeridas para se obter uma sadia qualidade de vida, por meio, por exemplo, da construção de um parque ecológico.

Desta forma, o meio ambiente artificial é tudo que é feito pelo homem, contrapondo-se ao sentido de natural e refletindo, assim, o momento social, cultural e econômico pelo qual o homem passa. As construções urbanas captam todas essas influências, tentando obter o equilíbrio entre o artificial e o natural.

Por sua vez, entre o meio ambiente artificial e o cultural, existe um elo, uma vez que a criação é intrínseca à vontade e à criatividade do homem.

No transcurso do processo evolutivo, o homem e a natureza modificaram-se, bem como suas características, suas artes, suas paisagens. Assim, tudo que é ligado à origem de um povo, que trata do seu passado e da sua criação intelectual, deve ser protegido, pois demonstra a manifestação social de uma determinada época.

Trata-se do meio ambiente cultural, que não poderia ser ignorado na classificação do meio ambiente diante de tantas mudanças geradas no processo criativo-evolutivo do homem, pois representa o momento identificador desse homem. O conceito que melhor reflete essas mudanças se refere ao meio ambiente cultural como sendo aquele que é

integrado pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico, turístico, que, embora artificial, em regra, como obra do homem, difere do anterior (que também é cultural) pelo sentido de valor especial que adquiriu ou de que se impregnou. (Silva, 1998, p. 03)

Por meio do art. 215 da Constituição Federal, o meio ambiente cultural recebeu proteção específica:

Art. 215. 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.

§ 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

§ 2º A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.

Por sua vez, o art. 216 da Constituição Federal rompeu com os ditames da Constituição de 1934, que abrigava somente os bens de valor histórico, artístico, arqueológico e paisagístico e, desta forma, deu maior abrangência ao patrimônio cultural.

O local de trabalho é onde o homem passa a maior parte de sua vida e, por isso, reflete diretamente, de maneira positiva ou negativa, no seu desempenho profissional e, por consequência, no seu comportamento familiar e social.

É tamanha a importância do meio ambiente do trabalho e sua influência na vida das pessoas que a Constituição Federal, em seu art. 200, VIII, estabelece entre as atribuições do Sistema Único de Saúde a de “colaborar na proteção do ambiente, nele compreendido o do trabalho”, visando à garantia de condições de salubridade e segurança.

O conceito de meio ambiente do trabalho é tratado por diversos autores, entre os quais é oportuno destacar Celso Antônio Pacheco Fiorillo e Marcelo Abelha Rodrigues (1996, p. 59), que afirmam que o “meio ambiente do trabalho é o local em que se desenrola boa parte da vida do trabalhador, cuja qualidade de vida está, por isso, em íntima dependência da qualidade daquele ambiente”.

Com propriedade, José Afonso da Silva (1998, p. 05), que conceitua o meio ambiente do trabalho, bem esclarece que o “objeto jurídico tutelado é a saúde e segurança do trabalhador, qual seja, da sua vida, na medida que ele, integrante do povo, titular do direito ao meio ambiente, possui direito à sadia qualidade de vida”.

Aprofundando a análise acerca desse tipo de meio ambiente, Norma Sueli Padilha (2002, p. 33) o denomina de meio ambiente do trabalho equilibrado e salienta:

É nessa perspectiva de *direito essencial à sadia qualidade de vida* que se pretende focar a necessidade de equilíbrio no meio ambiente do trabalho, em termos de proteção dos *direitos à dignidade da pessoa que trabalha* (art. 1º, III, da CF). (destaques no original)

Assim, dentro dos conceitos referidos, o que resta evidente é que se visa à proteção da saúde do trabalhador, não importando o local em que o mesmo desenvolve sua atividade laboral; o que importa é a sua qualidade de vida.

2 DANO AMBIENTAL

Para que ocorra o dever de ressarcimento decorrente da responsabilidade civil, há a necessidade de ocorrência de um dano, que torna este um pressuposto daquela. Portanto, o dano, grosso modo, é todo prejuízo causado pelo agente, já que sem ele não há responsabilidade civil.

O dano pode ser definido como a lesão (diminuição ou destruição) que, devido a certas circunstâncias, uma pessoa, contra sua vontade, pode sofrer em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral.

Conforme Silva (2004, p. 408), dano:

Derivado do latim *damnum*, genericamente, significa todo *mal* ou *ofensa* que tenha uma pessoa causado a outrem, da qual possa resultar uma deterioração ou destruição à coisa dele ou um prejuízo a seu patrimônio.

Possui, assim, o sentido econômico de *diminuição* ocorrida no patrimônio de alguém, por ato ou fato estranho à sua vontade. Equivale, em sentido, a perda ou prejuízo.

Juridicamente, *dano* é, usualmente, tomado no sentido do efeito que produz: é o *prejuízo causado*, em virtude de ato de outrem, que vem causar diminuição patrimonial. (destaques no original)

Nesse sentido de diminuição patrimonial, perda, prejuízo, que é corroborado por autores nacionais e estrangeiros, afirma Jorge Bustamante (1997, p. 159):

Nadie está autorizado a desbordar su órbita de facultades e invadir la ajena. Si ello ocurre se configura el daño en

sentido lato, pero cuando la lesión recae en los bienes que constituyen el patrimonio de una persona, la significación del daño se contrae y se concreta en el sentido estricto de daño patrimonial.

Assim é que o dever de reparaco do dano decorre de um prejuízo advindo como resultado de um dano provocado ao direito de outrem. Para que aflore o dever de indenizar, alguns requisitos so imprescindíveis, tais como: diminuico ou destruico de um bem jurídico, patrimonial ou moral; efetividade ou certeza do dano; causalidade; subsistênciã do dano no momento da reclamaço do lesado; legitimidade; e, por fim, ausênciã de causas excludentes da responsabilidade.

Deslocando esse entendimento de dano para o campo do meio ambiente, temos que o dano ambiental decorre de uma leso aos recursos ambientais, com conseqüente degradaço e alteraço do equilíbrio ecológico.

O dano ambiental foi definido no projeto de Convenço do Conselho da Europa como “todo prejuízo ou dano resultante da alteraço do meio ambiente” (Sampaio, 1993, p. 105), sendo que a Convenço de Lugano² acrescentou outras características.

Jorge Mosset Iturraspe (1999, p. 158) afirma que “*el dao ecológico o ambiental consiste en la degradaci3n del medio ambiente, toda lesi3n o menoscabo al derecho individual o colectivo de conservaci3n de las condiciones de vida*”.

O dano ambiental é decorrente do desenvolvimento social, pois nesta dinâmica de crescimento é inerente à ocorrênciã de danos, sejam eles de ordem individual, sejam eles de ordem coletiva. Assim, o dano no deixa de ser uma diminuico do patrimônio de alguém, ou seja, um prejuízo que pode ser ou no financeiro.

² “Ar. 2.7 – Dano significa: a) morte ou leses corporais; b) qualquer perda ou qualquer prejuízo causado a bens outros que a instalaço ela mesma ou os bens que se achem no local da atividade perigosa e situados sob controle de quem a explora; c) qualquer perda ou prejuízo resultante da alteraço do meio ambiente, na medida em que no seja considerada como dano no sentido das alíneas *a* ou *b* acima mencionadas, desde que a reparaço a título de alteraço do meio ambiente, excetuado a perda de ganhos por estas alteraçes, seja limitada ao custo das medidas de restauraço que tenham sido efetivamente realizadas ou que sero realizadas; d) o custo das medidas de salvaguarda, assim como qualquer perda ou qualquer prejuízo causado por essas medidas, na medida em que a perda ou o dano previsto nas alíneas *a* a *c* do presente parágrafo originem-se ou resultem das propriedades de substâncias perigosas, de organismos geneticamente modificados ou de microrganismos, ou originem-se ou resultem de rejeitos.”

Algumas das características que se acentuam no caso de dano ambiental são a quantidade de vítimas que atinge e a grande dificuldade para a recuperação ou reparação do bem lesado.

Ainda há que se mencionar que a valoração do dano ambiental, entre todas as características, é o cerne do problema, uma vez que há necessidade de participação de vários segmentos, para calcular os prejuízos causados a cada um dos ecossistemas, uma vez que cada qual possui suas singularidades.

2.1 FONTES DOS DANOS

Os danos poderão decorrer de diversas formas, que, por certo, seriam quase impossível descrever acerca de todas as fontes danosas ao meio ambiente; entretanto, não se pode deixar de citar algumas que se destacam no cenário social. Assim, a poluição é um mal que avança por todo o planeta, pois, sendo transfronteiriço, muitas vezes não se limita aos países de origem e passam a prejudicar toda a população mundial. Para conceituar a poluição, as palavras de Iturraspe (1999, p. 158):

[...] qualquer alteração das propriedades físicas, químicas ou biológicas do meio ambiente (solo, água e ar), causada por qualquer substância sólida, líquida, gasosa ou em qualquer estado da matéria, que, direta ou indiretamente: seja nociva ou ofensiva à saúde, à segurança e ao bem-estar das populações; crie condições inadequadas para fins domésticos, agropecuários, industriais e outros; ou ocasione danos à fauna e à flora.

A Lei Federal nº 6.938/1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, considera poluição a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que, direta ou indiretamente, prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; afetem desfavoravelmente a biota; afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.

José Afonso da Silva cita o conceito de poluição de José Alfredo do Amaral Gurgel, que assim define: “Poluição é qualquer modificação das características do meio ambiente de modo a torná-lo impróprio às formas de vida que ele normalmente abriga”.

Destacamos algumas das principais fontes de poluição, posto que, para gerar um completo ressarcimento dos danos causados ao meio ambiente, há que se identificar os causadores e, por meio dos preceitos legais, impor a reparação e restabelecer o *status quo* anterior. Por isso, é necessário buscar o significado de “fonte” de poluição que designa “origem, causa”.

José Afonso da Silva (1998, p. 133) a conceitua como sendo “a atividade, o local ou o objeto de que emanem elementos (poluentes) que degradem a qualidade do meio ambiente”.

Assim destaca-se a poluição por atividade doméstica que, em consequência do aumento demográfico ocorrido nos grandes centros urbanos, fez surgir graves problemas a partir dos rejeitos dos dejetos domésticos. A produção desses dejetos aumentou na mesma proporção populacional, gerando problemas principalmente para a saúde pública.

Ao Estado cabe adequar e administrar a produção do lixo residencial e do esgoto. Não se trata de tarefa das mais fáceis. Jogado a céu aberto ou despejado nos rios, ocasiona desequilíbrio ambiental, gerando, por sua vez, poluição que não se autodepura com facilidade.

Tem-se também a poluição por atividade agrária. Tal atividade é regulamentada por normas de direito agrário, que é entendido como “o conjunto sistemático de princípios e de normas de direito público e de direito privado, que visa disciplinar o uso da terra, bem como as atividades agrárias e as relações delas emergentes, com base na função social da propriedade”.

Na mesma esteira, encontra-se a definição de Carrara, para quem direito agrário é “*la totalidad de las normas que disciplinan las relaciones que se constituyen en el ejercicio de la actividad agraria*”.

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (1997, p. 30) enfoca a definição do Professor de Direito Agrário da Universidade de La Plata Rodolfo Ricardo Carrera, que entende da seguinte maneira:

La actividad agraria la constituyen aquellos actos que el hombre realiza en la tierra, por medio de una explotación que se cumple através de un proceso agrobiológico, com el fin de obtener de ella frutos o productos para consumirlos, industrializarlos o venderlos en el mercado.

Entre as formas de poluição por atividade agrária tem-se o problema do uso de agrotóxicos. Com a necessidade de aumentar a produção de alimentos para

suprir o crescimento populacional, ocorreu uma modernização na agricultura, em matéria de mecanização e de utilização de insumos, como os fertilizantes e agrotóxicos.

O problema encontrado pelo uso dos agrotóxicos, por meio da pulverização de produtos químicos em lavouras e plantações, consiste nos danos que eles podem causar à saúde e ao meio ambiente. A ingestão destes produtos químicos, por meio dos alimentos por eles contaminados devido à sua utilização irregular ou excessiva na lavoura, prejudica a saúde humana, contrapondo-se aos ditames constitucionais, de se buscar uma sadia qualidade de vida.

Com a pulverização em lavouras ou plantações sem os devidos cuidados, os produtos químicos não só penetram no solo, como também se espalham por grandes áreas, levados pelos ventos. Assim, além de contaminarem o solo, o ar e as plantas, contaminam também a água, não só as superficiais, levadas pelas águas da chuva, mas também as subterrâneas, tornando-se difícil a recuperação do ambiente degradado.

Ainda entre as formas de poluição por atividade agrícola, tem-se outro grande problema, que é a modificação genética dos alimentos, já que não se sabe quais serão as consequências no futuro. Após a revolução industrial e o aumento demográfico ocorrido em todo o mundo, houve grande impulso do desenvolvimento tecnológico e científico a fim de solucionar problemas referentes à alimentação, destacando-se sua importância no contexto do agronegócio.

A partir desse desenvolvimento tecnológico e científico, descobriu-se a importância do patrimônio genético e da manipulação do material genético (DNA) para assegurar melhor qualidade de vida ao homem. Esta manipulação, conhecida atualmente por biotecnologia, foi sendo desenvolvida para suprir a necessidade de se alcançarem as melhores técnicas com as quais fosse possível criar organismos modificados geneticamente. Acerca da biotecnologia, ensina Milaré (2000, p. 179) que a mesma “significa qualquer aplicação tecnológica que utiliza sistemas biológicos, organismos vivos ou seus derivados para fabricar ou modificar produtos ou processos para utilização específica”.

Diante dessas inovações biotecnológicas, o legislador incluiu na Constituição Federal de 1988, em seu art. 225, § 1º, II, a imposição ao Poder Público de preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e à manipulação de material genético.

A manipulação da engenharia genética, utilizada nas diversas áreas de produção, como, por exemplo, a farmacêutica, a alimentícia, a medicinal, a ambiental, etc., apresenta seus resultados, benéficos ou não, consoante estudo realizado pela Fundação André Tosello, que chegou à seguinte conclusão:

[...] a introdução em plantas cultivadas de transgêneses que modificam para a produção de toxinas inseticidas poderá alterar a composição florística de uma comunidade através da diminuição da predação de sementes das plantas transgênicas ou de seus parentes silvestres que tenham adquirido o gene da toxina por hibridização. Isto será possível se insetos predadores de semente forem também suscetíveis à toxina produzida a partir do gene inserido.

Além desse exemplo, o mesmo estudo também aborda as “modificações nos ciclos de nutrientes através do melhoramento da expressão de enzimas microbianas, que poderiam trazer como consequência uma alteração na disponibilidade de nutrientes limitantes”.

Essas culturas modificadas também poderão afugentar animais que habitavam determinados lugares e, com isso, prejudicar a polinização de outras plantas, gerando uma modificação no ecossistema que ali existe.

As atividades industriais são outra grande fonte de poluição, pois atuam em diversas áreas. Por certo que, logo após a revolução industrial, a humanidade passou a dar grandes passos ao encontro da tecnologia e do desenvolvimento, postura essa que é mantida até os dias contemporâneos. Para que isso ocorra, o preço é alto por demais, pois a poluição é resultante da fumaça que expellem as chaminés das fábricas e dos dejetos sólidos e líquidos produzidos pelas grandes indústrias.

Criaram-se grandes parques industriais, e, ao seu redor, as cidades se proliferaram. Com a grande concentração de indústrias em bolsões, a emissão de poluentes aumentou cada vez mais e, somada aos dejetos domésticos produzidos pela população, tornou-se um sério risco para a sobrevivência dos seres vivos.

A vida nesses lugares passou-se a resumir ao trabalho ali desenvolvido; a sociedade local tornou-se ignorante quanto ao significado da expressão “qualidade de vida”; e o homem, vivendo exclusivamente para servir às indústrias, diminuiu, com isso, o seu tempo de vida.

A poluição gerada por todos esses meios e ainda muitos outros tem efeitos devastadores para a humanidade. Entre esses efeitos, destaque para a poluição do ar que atinge a atmosfera, a camada de ar que envolve a terra e é formada por um equilíbrio de gases que possibilitam a existência de vida sobre o planeta terra. O desequilíbrio desses gases, ocasionado pela poluição do ar, prejudica todos os ecossistemas. Como consequências deste tipo de poluição, pode-se citar, entre outros, a chuva ácida, a destruição da camada de ozônio e o efeito estufa, que causam um grande prejuízo para a sociedade.

Paralelamente à poluição do ar, cabe mencionar a poluição das águas, cujo entendimento reclama a elucidação do seu conceito. A Lei nº 3.068, de 14 de julho de 1995, define a poluição das águas como:

[...] qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas das águas que possa constituir prejuízo à saúde, à segurança e ao bem estar das populações e ainda, possa comprometer a fauna ictiológica e utilização das águas para fins comerciais, industriais e recreativos.

Com relação à poluição do solo que representa, juntamente com a do ar e a da água, outro grande problema, a sua contaminação causa grandes danos a todo o ecossistema, além de prejudicar sensivelmente a qualidade de vida de todos os seres vivos.

Alguns autores afirmam que os principais poluentes do solo e do subsolo são resíduos sólidos, assim considerados:

[...] qualquer lixo, refugo, lodo, lamas e borras resultantes de atividades humanas de origem doméstica, profissional, agrícola, industrial, nuclear ou de serviço, que neles se depositam, com a denominação genérica de lixo, o que se agrava constantemente em decorrência do crescimento demográfico dos núcleos urbanos e especialmente das áreas metropolitanas.

Por fim, cabe menção à poluição das paisagens, também denominada de poluição visual ou paisagística, que decorre de toda atividade ou exploração publicitária que possa degradar ou desfigurar o aspecto estético de um complexo de elementos naturais e artificiais, em conjunto ou isoladamente, que definem um espaço na zona urbana, suburbana ou rural.

Com o progresso científico, industrial, econômico e social, evidencia-se a violenta destruição da paisagem. À medida que se destroem ou se degradam os elementos da natureza, destroem-se, conseqüentemente, as paisagens, tanto pelos efeitos de substâncias poluentes gerados por indústrias como pelas ações predatórias ou irracionais ou pela exploração abusiva de anúncios publicitários.

Nos dias de hoje, a paisagem, quer proveniente somente das forças naturais (beleza natural), quer decorrente apenas da capacidade humana (beleza artificial), quer, ainda, decorrente tanto da natureza quanto da arte humana (beleza eclética), constitui bem de valor protegido em textos, constitucional e legal, em razão de suas benéficas funções de sossego, de lazer, de recreação, caracterizadas pelos seus aspectos, tranquilizante e agradável, considerados essenciais ao equilíbrio fundamental da vida contemporânea. Em decorrência do progresso, observa-se que um dos problemas que mais aflige especialmente os grandes centros demográficos é relacionado com a degradação violenta das paisagens, em seus diversos aspectos, mediante a destruição ou desfiguração do patrimônio de valor histórico, artístico, monumental ou paisagístico (Custódio, 1983, p. 127).

3 DA REPARAÇÃO DO DANO: RESPONSABILIDADE CIVIL

A teoria da responsabilidade civil apareceu na obra doutrinária do jurista francês Domat, responsável pelo seu princípio geral que, por sua vez, ocasionou uma evolução em relação aos fundamentos da responsabilidade que, baseando-se a reparação não somente na culpa, mas também no risco, passou a ser objetiva e ampliou a reparação do dano.

No Brasil, em uma primeira fase, a reparação civil foi introduzida pelas Ordenações do Reino que, por sua vez, traziam na bagagem de origem o Direito romano, aplicado por força da chamada Lei da Boa Razão, de 18 de agosto de 1769, cujo art. 2º prescrevia “que o direito romano servisse de subsídio, nos casos omissos, não por autoridade própria, que não tinha, mas por serem muitas as suas disposições fundadas na boa razão”.

José de Aguiar Dias (1997, p. 22) menciona a citação por Pontes de Miranda acerca de um alvará de 1668, regulando caso particular que tratava, entretanto, da culpa extracontratual, acatando o princípio da solidariedade na reparação por inspiração do Direito romano.

A nova fase da evolução do Direito brasileiro é marcada pelas Consolidações de Teixeira de Freitas e Carlos de Carvalho. Da influência destes

dois autores, bem como do Código Francês, surgiu o Código Civil de 1916, que teve sua vigência até dias bem próximos dos atuais.

Passando a vigorar em 1917, o Código Civil Brasileiro definiu, em seu art. 159, a base da responsabilidade civil que vigorou até a entrada do novo Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, no qual restou estabelecido no art. 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, e causar prejuízo a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Foi com base nessa evolução histórica que, nos dias atuais, esse instituto corresponde aos anseios sociais, em razão da finalidade de proporcionar um equilíbrio moral e patrimonial, restabelecendo o estado anterior ao dano provocado.

Visa a responsabilidade civil a garantir o direito do lesado de ver ressarcido o seu prejuízo, pois decorre de relação jurídica formada entre a pessoa que sofreu o prejuízo e a que deve repará-lo. A obrigação de reparar o prejuízo pode advir da inexecução de um contrato ou da lesão a um direito subjetivo. Porém, o princípio predominante na responsabilidade civil é a da *restitutio in integrum*, pelo qual o lesado deve ressarcir por completo a vítima, recompondo a sua situação como se encontrava antes da lesão. Portanto, nesta dinâmica em que se encontram o direito e o desenvolvimento social, a responsabilidade civil vem garantir o equilíbrio e a harmonia na sociedade.

Conforme Silva (2004, p. 1222):

Responsabilidade. Forma-se o vocábulo de *responsável*, de *responder*, do latim *respondere*, tomado na significação de *responsabilizar-se*, *vir garantindo*, *assegurar*, *assumir o pagamento do que se obrigou ou do ato que praticou*.

Em sentido geral, pois, *responsabilidade* exprime a obrigação de responder por alguma coisa. [...]

A *responsabilidade*, portanto, tem ampla significação, revela o *dever jurídico*, em que se coloca a pessoa, seja em virtude de contrato, seja em face de fato ou omissão, que lhe seja imputado, para *satisfazer a prestação convencionada* ou para *suportar as sanções legais*, que lhe são impostas.

Na ótica do argentino Jorge Bustamante Alcina (1997), responder significa “*dar cada uno cuenta de sus actos*”. Como salientam os irmãos Mazeaud, é difícil conter em uma só frase o significado da responsabilidade civil. Entretanto, vários são os conceitos de responsabilidade civil, dos quais destacamos o de Maria Helena Diniz (1990, p. 32), que assim entende:

A aplicação de medidas, que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva).

Neste contexto da reparação do dano, o nexo de causalidade é causa fundamental para consolidar a reparação, posto que da relação de causalidade surgida entre o agente que praticou o ato lesivo e o prejuízo sofrido pela vítima origina-se o dever de indenização. Assim, evidencia-se que a responsabilidade civil não subsiste sem esta relação de causalidade entre o dano e a ação que o provocou.

O nexo causal decorre do vínculo entre o prejuízo e a ação. É da ação do agente que o fato lesivo nasce. Para que um resultado possa ser atribuído a um determinado sujeito, é preciso a existência de uma relação de causalidade entre sua conduta e a consequência sobrevinda. É necessário que entre a fase subjetiva da ação (conduta corporal) e a fase objetiva desta (resultado) mecheie um vínculo. Mas esse vínculo não é apenas estático, pelo contrário, é dinâmico e produtivo. Não existe, de um lado, a ação e, de outro, o resultado, mas ação que provoca o resultado, a ação que deve causar o efeito (Díaz, 1998, p. 55).

Portanto, não existe a responsabilidade sem o elo entre o fato danoso e o prejuízo causado a terceiros, mesmo em se tratando de responsabilidade objetiva, em que prevalece a teoria do risco integral; portanto, o nexo causal é fundamental para que se identifique o dano e ocorra a indenização.

3.1 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Quando ocorrem determinadas situações em que o dano acontece, verifica-se se o mesmo foi cometido com ou sem culpa. Ocorrendo o dano com culpa, estamos diante da responsabilidade subjetiva. Por outro lado, quando ocorre

o dano sem culpa, caracteriza-se a responsabilidade legal ou objetiva, que se satisfaz com a ocorrência do dano e o nexo de causalidade.

De acordo com a teoria clássica, a culpa é considerada fundamento da responsabilidade. Esta é a chamada teoria da culpa ou subjetiva, segundo a qual, em não havendo culpa, não há responsabilidade. Assim, diz-se ser a responsabilidade subjetiva quando se basear na ideia de culpa. Provada a culpa do agente, ela passa a ser o pressuposto do dano indenizável. Foi nesta esteira de raciocínio que o Código Civil brasileiro adotou a culpa na responsabilidade civil, consoante prescreve o art. 186.

Porém, nas causas ambientais, a responsabilidade subjetiva é deixada de lado, pois, diante da exigência de uma reparação *in totum*, ou seja, total e ampla, prevalece a responsabilidade civil objetiva. Portanto, a responsabilidade civil por danos ambientais é objetiva, conforme consagram, de forma clara, os termos do § 1º do art. 14 da Lei nº 6.938/1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente: “Sem obstar a aplicação das penalidades 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 [...]”.

Toshio Mukai (1998, p. 58), um dos colaboradores da inclusão da objetividade na responsabilidade civil, confessa: “A disposição não esclarece se o direito positivo brasileiro abraçou a teoria da responsabilidade objetiva do risco (assumido) (que admite as excludentes da culpa da vítima e da força maior) ou a do risco integral (que inadmitte excludente)” (grifo nosso).

Para que se entenda melhor o que seja risco criado (risco integral) e risco assumido (risco proveito), deve-se fazer a seguinte reflexão:

Há o risco assumido ou proveito quando um empreendedor de atividade objetiva obtém lucro com o exercício da atividade de risco ao meio ambiente e, por consequência, à saúde e à vida. Ele será responsabilizado pelos danos ocorridos, desde que provado o nexo causal direto com os riscos de sua atividade, independentemente de culpa.

Constatando-se a força maior e o caso fortuito, exclui-se a responsabilidade do agente, segundo a teoria do risco assumido, uma vez que não há nexo de causalidade ligando a atividade ao fato danoso, e sim circunstâncias imprevisíveis inerentes a qualquer atividade. Por não considerar tais circunstâncias imprevisíveis, a responsabilidade objetiva do risco assumido equipara-se aos casos da responsabilidade subjetiva.

O nexu causal é *conditio sine qua non*. O empreendedor responderá pelo dano causado pelo evento que causar dano, mesmo agindo como concausa; bastando, portanto, que haja o nexu causal que ligue de qualquer forma o dano à sua atividade empreendedora.

Porém, há o risco integral quando a atividade que visa ao lucro é potencialmente danosa, caso em que a responsabilidade deve ser ampla, pois a atividade empreendedora cria para outrem um risco tão iminente que torna o seu agente responsável pelo dano produzido sem possibilidade de eximir-se por qualquer forma.

Por outro lado, há que se enfatizar que, com a ocorrência do dano, gera-se um desequilíbrio, e a norma jurídica é posta para igualar as diferenças e manter o equilíbrio social entre o que é necessário para que ocorra a evolução e a não destruição de nossos ecossistemas.

Estabelecida a diferenciação entre as teorias do risco assumido e a do risco criado, tem-se que o legislador pátrio e também o estrangeiro optaram pela teoria do risco, prevendo para aquele que desenvolva atividade de risco o dever de reparar o dano, independentemente de culpa ou de qualquer excludente, ainda que a atividade seja lícita.

Norma Sueli Padilha (2010, p. 282-284), após mencionar que a coube à Lei de Política Nacional do Meio Ambiente adotar a responsabilidade civil objetiva na seara ambiental, estabelece lição magistral:

Assumiu-se, assim, a teoria da responsabilidade objetiva, fundada no risco da atividade da atividade, ou seja, um regime de responsabilidade diferenciado do Código Civil então vigente (1916), que apenas previa a responsabilidade civil subjetiva (fundamentada no ato ilícito e na teoria da culpa), além de se prever a legitimidade do Ministério Público para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

A responsabilidade civil objetivo foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, aos [sic] dispor que “*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*”.

E o Código Civil atual, por sua vez, passa a adotar, juntamente com a responsabilidade subjetiva, fundada no ato ilícito e na teoria da culpa (art. 186), também a responsabilidade objetiva, fundada no risco da atividade (art. 927):

Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados na lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

[...]

A adoção da responsabilidade civil objetiva em relação ao meio ambiente representa um mecanismo que busca propiciar a mais abrangente proteção do equilíbrio ecológico e da preservação de sua incolumidade.

A teoria da responsabilidade objetiva não exige a prova da existência de culpa do poluidor, o que com relação ao dano ambiental é essencial para possibilitar qualquer chance de reparação, uma vez que é de extrema dificuldade demonstra-se a culpabilidade diante dos efeitos difusos da poluição, decorrentes de fatores múltiplos e complexos. Nesse sentido, a teoria do risco da atividade exige apenas o dano ou o risco do dano, e o nexo de causalidade entre a atividade e o resultado efetivo ou potencial. (destaques no original)

Conclui-se, portanto, que a teoria do risco criado ou integral é aceita em nosso ordenamento jurídico, não permitindo que o empreendedor se exima da reparação dos danos causados ao meio ambiente, mesmo quando sobre o risco de sua atividade incidam, como concausas, o caso fortuito e o motivo de força maior.

O embasamento legal que dá guarida a tal teoria se verifica mais especificamente em relação ao dano ambiental na Constituição Federal e na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente:

Prevê expressamente o § 3º do art. 225 da Constituição Federal que “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”.

Por sua vez, o inciso VII do art. 4º da Lei nº 6.938/1981 estabelece que a Política Nacional do Meio Ambiente visará “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”.

E o parágrafo único do art. 14 da mesma lei estipula que “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”.

Nesta esteira de ampla reparação, se contempla a teoria do risco integral, segundo a qual o agente, não se importando se a atividade é ou não lícita, não se escusará de reparar o dano. Assim, busca a responsabilidade objetiva fazer com que a reparação seja completa, pois visa ao bem-estar da coletividade.

4 REPARAÇÃO DO DANO MATERIAL E EXTRAPATRIMONIAL

A tentativa que se faz na reparação do dano ambiental é obter que a área impactada volte ao estado anterior ao dano sofrido. O restabelecimento do estado original é difícil, mas a tentativa e o esforço são para se chegar bem próximo a isso, utilizando-se das mais avançadas técnicas. Ainda que muitas das espécies acabem por se extinguir, em prejuízo ao ecossistema, cabe, porém, o esforço de minimizar os efeitos do dano, com a recuperação ou reconstituição da área afetada, inicialmente fazendo cessar o processo destrutivo no local e, em seguida, realizando a despoluição.

Como exposto, a princípio, tenta-se impor ao lesante a obrigação de reconstituir a área; mas, em não sendo possível, impõe-se a recuperação pela imputação de um custo ao poluidor, visando, desta forma e de uma só vez, a dar uma resposta pecuniária aos danos ocorridos e prevenir a não ocorrência de comportamentos semelhantes.

O estudo de impacto ambiental é a forma como se faz a escolha do tipo de pena a ser imposta: a recuperação da área prejudicada, ou a compensação do dano em outras áreas, ou, ainda, o pagamento de indenização em dinheiro.

Em alguns casos, como, por exemplo, se houver danos em uma floresta, opta-se pela recuperação da área; sendo que, em outros casos, como

o derramamento de óleo no mar, opta-se pelo pagamento em dinheiro, pois a recuperação da área é quase impossível na prática.

É, pois, por meio do estudo de impacto ambiental que se decide qual a melhor forma de recuperação da área afetada. A propósito, esse estudo de impacto, como elucida José Afonso da Silva (1998), “tem por objeto avaliar as proporções das possíveis alterações que um empreendimento público ou privado pode ocasionar ao meio ambiente”.

Na elaboração desse levantamento por parte do licenciamento ambiental para determinar qual a forma mais adequada para buscar o restabelecimento do *status quo* anterior, o que se deve levar em conta é o valor dispendido. Necessário, pois, é entender, neste contexto, qual o significado do termo “valor”, ou seja, ao que se refere esse termo. Segundo Silva (2004, p. 1457), “valor” vem “do latim *valor*, em sentido econômico exprime o grau de utilidade das coisas, ou bens, ou a importância que lhes concedemos para a satisfação de nossas necessidades”.

Feitas as considerações sobre o termo “valor”, não se pode deixar de citar as considerações da Dra. Marga Ingre Tessler (2004, p. 07) relativas à busca por uma fórmula que externar os meios necessários para quantificar o valor econômico do meio ambiente de modo a fixar uma reparação do dano ambiental:

São poucos os autores que desenvolveram a questão do valor econômico do meio ambiente. A Engenheira Agrônoma Maria Letícia de Souza Paraíso, em artigo intitulado “Metodologia de avaliação econômica dos recursos naturais”, publicado na *Revista de Direito Ambiental* nº 6, ed. RT; e Ronaldo de Serôa Motta, Ipea RJ, no artigo “As técnicas das análises de custos e benefícios na avaliação ambiental”, in *Análise Ambiental*, Org. Samia Maria Tauk, ed. Unesp; David Pearce e Dominic Moran, na obra *O valor econômico da biodiversidade*. Lisboa: Instituto Piaget, 1994; Gonzague Pillet, na obra *Economia ecológica*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997; expressam a equação que conduziria ao valor econômico:

Valor econômico total = valor de uso + valor de opção + valor de existência.

No que respeita ao valor de uso, pode ser dividido em valor de uso produto e valor de uso consumo. O valor

de uso é o atribuído ao ambiente pelas próprias pessoas que usam de fato ou ocasionalmente os insumos naturais, pagando ou não. É a ideia, corretíssima, de que todos, todas as pessoas, independente do nível da renda, usufruem algum recurso natural. O oxigênio, por exemplo, todo o ser vivo inspira oxigênio que está na atmosfera em equilíbrio e devolve CO₂. Ninguém paga nada por este precioso recurso, no entanto, ninguém duvida do seu valor de uso. Já o valor de uso produto é o dos recursos negociados no mercado, os que se compram e vendem e quanto a estes não há dificuldade maior em atribuir-lhes valor econômico. O valor de uso consumo é dos bens consumidos sem passar pelo mercado, por exemplo, o extrativismo, a pesca de subsistência, esses bens têm valor de uso e podem ser contabilizados.

O valor de opção, segundo a autora citada, é um valor indireto atribuído ao ambiente com base no risco de perda. A sociedade valoriza as atividades conservacionistas, então, o valor de opção significa o quanto consentimos em pagar hoje para ter direito de exploração desse recurso no futuro. O exemplo é o da planta que ainda não conhecemos, não classificada, mas que pode conter o princípio ativo do remédio para uma doença grave, ou para a eterna-juventude.

O valor de existência, o valor em si, é a dimensão ética e a parcela mais difícil de ser conceituada. Representa o valor atribuído ao meio ambiente em si, é o valor intrínseco. É a utilidade que se extrai pela observação de uma beleza única, uma paisagem, um curso d'água, cachoeiras, animais, florestas, etc. Existem pessoas dispostas a pagar pela sua preservação, basta atentar para o montante recebido pelas ONGs Greenpeace e World Wildlife.

Os autores registram que nem sempre é possível avaliar separadamente as parcelas. O que se pode extrair, em termos econômicos, é que a biota é um ativo natural de

longa duração e pode proporcionar serviços e utilidade no correr do tempo.

Por fim, existe a necessidade de se buscarem técnicas para mensurar os danos causados ao meio ambiente a fim de se obter uma reparação mais ampla. Nessa empreitada, deve-se levar em consideração as técnicas baseadas em preços de mercado, de diferencial de produtividade e de perda de ganhos, entre outros.

Já em relação à apuração do valor do dano extrapatrimonial, dada a sua dificuldade, na maior parte das vezes, o agente causador acaba sendo compelido ao ressarcimento que, porém, não é completo.

Cabe esclarecer que a busca é pela reparação do dano extrapatrimonial e não do moral e que essa designação é usada para que haja maior amplitude de entendimento, já que a palavra *moral* pode ter várias significações.

Dessa forma, o conceito de dano extrapatrimonial, pelo critério negativista, é toda lesão que não tem uma concepção econômica (Leite, 2000, p. 270). Trazida para o campo ambiental, onde se desvinculou das questões individuais e passou para o coletivo, a responsabilidade civil deve evoluir, buscando ressarcir todo e qualquer prejuízo, sendo inconcebível a impossibilidade do ressarcimento extrapatrimonial de um determinado grupo de pessoas quando é possível ocorrer tal ressarcimento em relação a uma pessoa individualmente considerada.

Sobre o assunto, José Rubens Morato Leite (2000, p. 271) assim se manifesta:

Desta forma, não seria justo supor-se que uma lesão à honra de determinado grupo fique sem reparação, ao passo que, se a honra de cada um dos indivíduos deste grupo for afetada isoladamente, os danos serão passíveis de indenização. Redundaria em contrassenso inadmissível. Constatase que a necessidade da imposição do dano extrapatrimonial é imperiosa, pois, em muitos casos, será impossível o ressarcimento patrimonial, e a imposição do dano extrapatrimonial ambiental funcionará como alternativa válida da certeza da sanção civil do agente, em face da lesão ao patrimônio ambiental coletivo.

A grande dificuldade em buscar a ampliação do dano ambiental passando da esfera patrimonial e seguindo para a extrapatrimonial é a apuração do *quantum debeat* na lesão. Os Tribunais e os doutrinadores ainda não descobriram uma

fórmula básica para apuração do quanto a ser pago em caso de ampliação da reparação para os danos extrapatrimoniais.

Hodiernamente, o que se busca é verificar, caso a caso, o equilíbrio entre o dano efetivamente ocorrido e os prejuízos extrapatrimoniais sofridos pela pessoa individual ou coletiva, visando sempre a atingir a teoria do desestímulo, segundo a qual a pena aplicada seja equilibrada, mas, ao mesmo tempo, sirva para desencorajar os demais a cometerem os mesmos danos.

A recomposição *in totum* do dano se faz necessária para atingir os direitos de terceira dimensão, qual seja, aqueles destinados a toda humanidade, mas sem se esquecer da equidade intergeracional, segundo a qual o legado das gerações passadas não pode ser transmitido às gerações futuras em condições piores do que as recebidas pela atual geração, e sim, se possível, de forma melhor, visando sempre a uma excelente qualidade de vida.

REFERÊNCIAS

ALSINA, Jorge Bustamante. *Teoría general de la responsabilidad civil*. 9. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

CUSTÓDIO, Helita Barreira. Responsabilidade civil por danos ao meio ambiente. Tese de Livre-Docência, Departamento de Direito Civil, Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 1983.

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

DELL'ANNO, Paolo. *Manuale di diritto ambientale*. Padova: Casa Editrice Dott, 1998.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DÍAZ, Júlio Alberto. *Responsabilidade coletiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1990.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito ambiental e legislação aplicável*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Atividade agrária e proteção ambiental: simbiose possível*. São Paulo: Cultura Paulista, 1997.

ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidad por daños: responsabilidad colectiva*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Ed., 1999.

LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, s.d.

MATEO, Ramón Martín. *Manual de derecho ambiental*. 2. ed. Madrid: Trivium, 1998.

MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MUKAI, Toshio. Responsabilidade solidária da administração por danos ao meio ambiente. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v.171, jan./mar. 1998.

PADILHA, Norma Sueli. *Do meio ambiente do trabalho equilibrado*. São Paulo: LTr, 2002.

_____. *Fundamentos constitucionais do direito ambiental brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TESSLER, Marga Ingre. O valor do dano ambiental. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/conc_juizes/dano-ambiental_ufrgs_out_2004.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2013.

A EDUCAÇÃO PARA O CONSUMO CONSCIENTE NO ENSINO INFANTIL

EDUCATION FOR CONSCIOUS CONSUMPTION IN EARLY EDUCATION

Augusto César Leite de Resende¹

Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC/PR

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo principal demonstrar a importância da educação infantil para o consumo consciente. Procurou-se, inicialmente, analisar o conceito de desenvolvimento sustentável, o seu reconhecimento enquanto direito fundamental da pessoa humana e a relação existente entre o desenvolvimento sustentável e o consumo consciente, bem como a necessidade da educação como agente transformador de comportamentos de consumo. Analisou-se, também, o papel da educação infantil no processo de conscientização crítica do consumidor acerca da adoção dos valores socioambientais norteadores de suas decisões de consumo, já que a adoção de práticas de consumo consciente exigirá dos jovens e dos adultos mudanças comportamentais e de paradigmas já enraizados em seus estilos de vida e cultura, o que é bastante difícil, embora não impossível.

PALAVRAS-CHAVE: Consumo consciente; desenvolvimento sustentável; educação infantil.

ABSTRACT: *This article's main objective is to demonstrate the importance of early childhood education for conscious consumption. Initially sought to analyze the concept of sustainable development, its recognition as a fundamental right of the human person and the relationship between sustainable development and consumption, as well as the need for education as a transforming agent of consumption behaviors. We also analyzed the role of early childhood education in the process of critical consumer awareness about the adoption of social and environmental values that guide their consumption decisions, since the adoption of practices require consumer awareness of young people and adults and behavioral changes of paradigms have rooted in their lifestyle and culture, which is quite difficult, although not impossible.*

¹ Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Negócios e Administração de Sergipe - Fanese (Faculdade de Direito - Departamento de Graduação e Especialização - Aracaju/SE). Promotor de Justiça do Ministério Público de Sergipe.

KEYWORDS: *Conscious consumption; sustainable development; early education.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Desenvolvimento sustentável; 2 Direito fundamental ao desenvolvimento sustentável; 3 Consumo consciente; 4 O dever constitucional da educação infantil para o consumo consciente; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Sustainable development; 2 Fundamental right to sustainable development; 3 Conscious consumption; 4 The constitutional duty of early education for conscious consumption; Final Thoughts; References.*

INTRODUÇÃO

O tema do presente trabalho científico se inspirou no fato de que o consumo está na essência da sociedade moderna, e as atuais formas de produção e consumo produzem impactos negativos no meio ambiente e na sociedade, havendo a necessidade de mudanças de comportamentos dos consumidores como mecanismo de promoção do desenvolvimento sustentável.

Uma das formas de se promover o desenvolvimento sustentável é através do consumo consciente, porque essa boa prática estimula a produção de bens e serviços com menor impacto negativo ao meio ambiente e com observância dos direitos humanos, em especial dos trabalhadores.

Porém, o consumo consciente para promover o desenvolvimento sustentável demanda a execução de políticas públicas de educação que permitam que as pessoas tenham ciência dos impactos negativos e positivos que a sua decisão de consumo pode provocar na sociedade e no meio ambiente e, dessa maneira, nortear corretamente as suas escolhas.

Contudo, a tarefa é extremamente árdua, porque envolve mudança de paradigmas em jovens e adultos, cujos estilos de vida foram construídos ao longo da vida, razão pela qual a educação voltada ao consumo consciente pode ser de nenhuma ou pouca eficácia nessa parcela da população.

Desse modo, faz-se necessária a execução de educação para o consumo consciente nos primeiros anos de vida da pessoa, já que se trata de uma fase marcada por intensos processos de desenvolvimento psíquico e de grande capacidade cognitiva da criança, sendo, dessa maneira, mais fácil criar, a médio e longo prazos, nos brasileiros uma “cultura” voltada ao consumo consciente.

Desse modo, pretende-se demonstrar a importância da educação infantil para o consumo consciente e o dever das creches e pré-escolas das redes pública

e privada de ensino infantil de contemplar em suas propostas pedagógicas diretrizes de educação para o consumo consciente. Primeiramente, discutir-se-á o conceito de desenvolvimento sustentável. Posteriormente, tratar-se-á da inclusão do desenvolvimento sustentável no rol dos direitos fundamentais consagrados na Carta Magna.

Em seguida, abordar-se-á o conceito de consumo consciente, a sua relação com o desenvolvimento sustentável e a necessidade de educação para que os consumidores possam adotar comportamentos éticos e solidários de consumo, mediante a escolha de fornecedores que adotem programas de responsabilidade socioambiental.

Por fim, será abordada a questão da educação infantil para a concretização do direito fundamental ao desenvolvimento sustentável, através do consumo consciente.

1 DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

A relação do ser humano com a natureza sempre foi, desde os tempos primevos, utilitarista, no sentido de que os seres humanos extraem recursos da natureza para satisfazer suas necessidades, gerando, assim, efeitos que inicialmente eram totalmente absorvidos pelo ecossistema, já que havia uma pequena quantidade de pessoas no planeta e as sociedades tradicionais eram baseadas na agricultura de subsistência.

Contudo, a modernidade, que Anthony Giddens conceitua como o “estilo, costume de vida ou organização social que emergiram na Europa a partir do século XVII e que ulteriormente se tornaram mais ou menos mundiais em sua influência”², substituiu as sociedades tradicionais pela sociedade moderna, donde o capitalismo e a industrialização são duas de suas dimensões.

O capitalismo é sistema de produção de bens e serviços, fulcrado numa relação estabelecida entre a propriedade privada do capital e o trabalho assalariado, ao passo que a industrialização se caracteriza pelo uso das fontes inanimadas de energia material na produção de bens, ou seja, pela utilização de máquinas no processo de produtivo. O capitalismo e a industrialização representam novas formas de produção, substituindo as formas tradicionais de produção baseadas na agricultura³.

² GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Trad. Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991. p. 11.

³ GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*, p. 53.

A Revolução Industrial, o desenvolvimento tecnológico e o processo de desenvolvimento econômico capitalista executado pelos países intensificaram os impactos negativos da interferência do ser humano no meio ambiente, uma vez que é a natureza quem fornece a matéria-prima dos produtos vendidos no mercado de consumo.

Aliás, Karl Marx já demonstrava no século XIX preocupação com a mudança de postura do homem com a natureza, quando no volume 1 do *Capital* desenvolveu uma crítica da exploração capitalista do solo, ao ressaltar que a agricultura capitalista de larga escala perturbava a relação metabólica entre o homem e a terra, afetando demasiadamente a fertilidade do solo e, conseqüentemente, o ser humano⁴.

A modernidade é, no dizer de Anthony Giddens, inerentemente globalizante. A globalização é, por sua vez, a “intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que os acontecimentos locais são modelados por eventos ocorridos a muitas milhas de distância”⁵, revelando-se ser um processo dialético, porque fatos locais podem modelar, influenciar as relações e os fatores sociais existentes em outros locais muito distantes.

Segundo Fritjof Capra, “a busca de um crescimento econômico contínuo e indiferenciado é claramente insustentável, pois a expansão ilimitada num planeta finito só pode levar à catástrofe”⁶. Enfim, as nossas atividades econômicas, estilos de vida e hábitos de consumo estão destruindo a biodiversidade e o planeta a um ponto quase irreversível, razão pela qual se deve reduzir ao máximo o impacto das atividades humanas na natureza.

A relação do homem com a natureza é denominada por Marx de metabolismo. Tal interação se dá através do trabalho e o trabalho real, por sua vez, é a apropriação da natureza para a satisfação das necessidades humanas, a atividade através da qual o metabolismo entre o homem e a natureza é mediado⁷. O ser humano passou da submissão à natureza para a dominação da natureza, provocando uma falha metabólica na interação entre o homem e a natureza, porque a apropriação da natureza pelo homem é superior à capacidade de

⁴ FOSTER, John Bellamy. *A ecologia em Marx: materialismo e natureza*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 219.

⁵ GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*, p. 60.

⁶ CAPRA, Fritoj. *As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável*. São Paulo: Cultrix, 2005. p. 157.

⁷ FOSTER, John Bellamy. *A ecologia em Marx*, p. 222.

resiliência, de regeneração da natureza, exigindo-se, dessa forma, nos dias atuais, uma relação harmônica entre o ser humano e o meio ambiente.

Nas sociedades tradicionais, o homem estava perfeitamente integrado à natureza e à vida da Terra. Entretanto, a partir do século XVII operou-se uma disjunção entre o ser humano e a natureza, apoiada no pensamento de que o homem é o único ser do planeta a possuir alma da qual os animais e as plantas seriam desprovidos, motivo pelo qual o homem se tornou dominador e mestre da natureza. A partir daí, o desenvolvimento econômico-industrial, tecnológico e científico passou a dominar a natureza, na qual tudo o que é vivo e não humano pode ser escravizado, manipulado e destruído⁸.

O desenvolvimento industrial, tecnológico e científico ensejou, a partir da segunda metade do século XX, a transformação da sociedade industrial clássica, apoiada na contraposição entre natureza e ser humano, em uma sociedade de risco porque as atividades humanas produzem riscos à vida de plantas, animais e seres humanos, que já não são mais limitados social e geograficamente. Tais riscos são globalizantes, fazendo surgir ameaças globais e independente de classes⁹.

Edgar Morin salienta que a crise ecológica é produto de um processo de três faces, quais sejam, a globalização, a ocidentalização e o desenvolvimento, que degrada a biosfera de forma irresistível, no âmbito local e global, colocando em risco a existência da humanidade e da vida no planeta, haja vista a multiplicação dos danos ambientais, com poluições do solo, do ar, dos rios, dos oceanos, dos lagos, dos lençóis freáticos, do desflorestamento em grandes proporções, dos acidentes nucleares e o aquecimento global¹⁰.

A percepção da finitude dos recursos naturais, aliada ao conhecimento dos efeitos colaterais que a exploração desenfreada desses recursos acarreta, originou nova visão do processo de desenvolvimento, não circunscrita aos aspectos exclusivamente econômicos, de modo que se faz necessária a integração entre o desenvolvimento e a proteção do meio ambiente¹¹.

Luís Carlos Bresser Pereira define desenvolvimento como “um processo de transformação econômica, política e social, através da qual o crescimento da

⁸ MORIN, Edgar. *A via para o futuro da humanidade*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013. p. 98.

⁹ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 16.

¹⁰ MORIN, Edgar. *A via para o futuro da humanidade*, p. 101.

¹¹ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. O desenvolvimento sustentável no plano internacional. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Org.). *Regulação e desenvolvimento: novos temas*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 88.

qualidade de vida da população tende a tornar-se automático e autônomo”¹². O desenvolvimento promove, destarte, o aumento do padrão da qualidade de vida das pessoas, o bem-estar da população.

O desenvolvimento é sempre um processo que faz as condições de vida se elevarem continuamente, enquanto que crescimento é apenas um “surto” em que, cessada a causa do crescimento, retorna-se rapidamente ao *status quo ante*¹³.

O crescimento econômico é medido pelo Produto Interno Bruto (PIB). Entretanto, o referido indicador é inadequado para mensurar o desenvolvimento de um país ou de bem-estar, porque não leva em consideração a depreciação de importantes ativos, particularmente a degradação do meio ambiente, ou a acumulação de bens intangíveis como cultura, direitos humanos e instituições, de modo que haverá crescimento sempre que uma economia estiver tirando bom proveito mercantil do trabalho escravo e infantil, mas não haverá desenvolvimento¹⁴.

O índice comumente utilizado para aferir o desenvolvimento é o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), proposto por Amartya Sen, Prêmio Nobel de Economia de 1998, e Mahbub ul Haq, que reflete o progresso a longo prazo de 3 (três) dimensões básicas do desenvolvimento humano, quais sejam, renda, educação e saúde¹⁵. Contudo, o aludido Índice de Desenvolvimento Humano – IDH é fortemente criticado porque não alberga indicadores sobre outros aspectos imprescindíveis ao desenvolvimento humano, como a participação política¹⁶.

O Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento também utiliza outros índices complementares ao Índice de Desenvolvimento Humano, tais como o Índice de Pobreza Humana (IPH), o Índice de Desenvolvimento Relativo ao Gênero (IDG) e o Índice de Equidade por Gênero (IEG), com o objetivo de eventuais lacunas existentes no retromencionado índice.

¹² PEREIRA, Luís Carlos Bresser. *Desenvolvimento e crise no Brasil*. 7. ed. São Paulo: Brasiliense, 1977. p. 21.

¹³ GARBADO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 244.

¹⁴ VEIGA, José Ely da. *A emergência socioambiental*. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2007. p. 41.

¹⁵ Disponível em: <http://www.pnud.org.br/IDH/IDH.aspx?indiceAccordion=0&li=li_IDH>. Acesso em: 10 abr. 2013.

¹⁶ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. *Direito ao Desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 59.

Assim, o processo de desenvolvimento deve realizar a dignidade da pessoa humana, mediante a promoção da melhoria da qualidade de vida e do bem-estar da população em ritmo contínuo e automático.

Nesse contexto, Carla Abrantkoski Rister ensina que o direito ao desenvolvimento vai além do conceito de desenvolvimento puramente econômico, visto que pressupõe uma aproximação centrada nos direitos humanos, donde se deve ter sempre em mente a paz, a economia, o meio ambiente, a justiça e a democracia¹⁷.

Nesse diapasão, a concepção de direito ao desenvolvimento deve estar intimamente jungida à concretização da dignidade da pessoa humana e à defesa do meio ambiente, de forma que o desenvolvimento deve ser perseguido sem provocar danos ao meio ambiente ou, ao menos, com o mínimo de impactos negativos na natureza, promovendo, assim, o desenvolvimento sustentável.

A expressão “desenvolvimento sustentável” foi publicamente utilizada pela primeira vez em 1979 no Simpósio das Nações Unidas sobre as Inter-relações entre Recursos, Ambiente e Desenvolvimento. Contudo, é o Relatório *Brundtland*, denominado Nosso Futuro Comum, da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1987, que faz uma das definições mais conhecidas sobre desenvolvimento sustentável.

Diz o Relatório *Brundtland* que desenvolvimento sustentável é aquele desenvolvimento que satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades.

A Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (ECO-92), realizada na cidade do Rio de Janeiro em junho de 1992, valorizou o direito ao desenvolvimento em harmonia com a proteção do meio ambiente. De fato, o Princípio 4 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento estabelece que “a proteção ambiental constituirá parte integrante do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada isoladamente deste”, e, em seu Princípio 25, ressalta que o desenvolvimento e a proteção ambiental são interdependentes e indivisíveis. Desse modo, não se pode falar em desenvolvimento que não seja sustentável.

Segundo Ignacy Sachs, o desenvolvimento sustentável se sustenta sobre três pilares ou dimensões, quais sejam, o social, o econômico e o ambiental,

¹⁷ RISTER, Carla Abrantkoski. *Direito ao desenvolvimento: antecedentes, significados e consequências*. São Paulo: Renovar, 2007. p. 56.

verbis: “[...] trabalho atualmente com a ideia do desenvolvimento socialmente includente, ambientalmente sustentável e economicamente sustentado. Ou seja, um tripé formado por três dimensões básicas da sociedade”¹⁸.

O desenvolvimento sustentável sob a perspectiva econômica exige eficiência social na alocação e gestão de recursos públicos, cuidados regulatórios, de transparência e de responsabilidade fiscal¹⁹. Já a sustentabilidade social exige um processo de desenvolvimento que promova a justiça redistributiva e a maximização da eficácia dos direitos fundamentais sociais. E, por fim, a sustentabilidade ambiental pugna pela implementação de uma justiça ambiental intergeracional, preocupando-se com os impactos negativos das atividades humanas no meio ambiente, de modo que o desenvolvimento deve permitir às gerações futuras o acesso a um meio ambiente sadio e necessário à qualidade de vida.

Ademais, a Conferência das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável (Rio +20), realizada na cidade do Rio de Janeiro em junho de 2012, reconheceu que é imprescindível a integração e a realização dos pilares econômico, social e ambiental para a concretização do desenvolvimento sustentável.

Com efeito, o item 3 do documento final denominado “O Futuro que Queremos”, aprovado pela Resolução nº 66/288 da Assembleia-Geral das Nações Unidas, afirma que *“es necesario incorporar aún más el desarrollo sostenible en todos los niveles, integrando sus aspectos económicos, sociales y ambientales y reconociendo los vínculos que existen entre ellos, con el fin de lograr el desarrollo sostenible en todas sus dimensiones”*.

Sendo assim, é fundamental a participação e solidariedade da sociedade no desenvolvimento sustentável, e uma das formas de se promover o desenvolvimento sustentável é através do consumo consciente.

Mas há um direito fundamental ao desenvolvimento sustentável?

2 DIREITO FUNDAMENTAL AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

O desenvolvimento, enquanto direito fundamental da pessoa humana, foi consagrado pela primeira vez em um documento normativo internacional pela Carta Africana de Direito Humanos e dos Povos, aprovada pela Conferência

¹⁸ SACHS, Ignacy. Primeiras intervenções. In: NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do; VIANA, João Nildo. *Dilemas e desafios do desenvolvimento sustentável no Brasil*. Rio de Janeiro: Garamond, 2007. p. 22.

¹⁹ FREITAS, Juares. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 66.

Ministerial da Organização da Unidade Africana (OUA) em Banjul, Gâmbia, em janeiro de 1981, e adotada pela XVIII Assembleia dos Chefes de Estado e Governo da Organização da Unidade Africana (OUA) em Nairóbi, Quênia, em 27 de julho de 1981. Segundo a referida Carta de Direitos Humanos:

Artigo 22º

1. Todos os povos têm direito ao seu desenvolvimento econômico, social e cultural, no estrito respeito da sua liberdade e da sua identidade, e ao gozo igual do patrimônio comum da humanidade.
2. Os Estados têm o dever, separadamente ou em cooperação, de assegurar o exercício do direito ao desenvolvimento.

Posteriormente, a Organização das Nações Unidas (ONU), através da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, adotada pela Resolução nº 41/128 da Assembleia-Geral, proclamou que o direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, para ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e as liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados, ressaltando, inclusive, que a pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento e que deve ser participante ativo e beneficiário do direito ao desenvolvimento.

A Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento ainda define o desenvolvimento como um amplo processo econômico, social, cultural e político, que objetiva a melhoria constante do bem-estar de toda uma população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento.

Em 1993, a Declaração e Programa de Ação de Viena das Nações Unidas reafirmou o direito ao desenvolvimento como um direito universal, fundamental e inalienável do homem, cuja pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento.

No Brasil, o art. 3º, inciso II, da Constituição Federal estabelece que é objetivo precípua da República Federativa do Brasil garantir o desenvolvimento nacional. Por outro lado, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 225, inspirando-se nos documentos internacionais de proteção ao meio ambiente, em especial a Declaração de Estocolmo de 1972, assegura o direito ao meio ambiente.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado está diretamente fulcrado no princípio da dignidade da pessoa humana porque essencial à sadia qualidade de vida e à própria existência humana. Não há que se falar em dignidade humana se não houver condições bióticas e abióticas favoráveis ao bem-estar, à saúde e à vida humana, isto é, que proporcionem ao homem uma sadia qualidade de vida.

Nesse contexto, em homenagem aos princípios da unidade da Constituição e da concordância prática das normas constitucionais, chega-se à conclusão de que o legislador constituinte fez clara escolha pelo desenvolvimento sustentável porque não se pode promover o desenvolvimento desvinculado da dignidade humana e da proteção ao meio ambiente.

A Constituição Federal reservou inteiramente o Título II aos Direitos e Garantias Fundamentais, nele consagrando um leque amplo e extenso de direitos fundamentais do ser humano, classificando-os em cinco espécies: a) direitos e deveres individuais; b) direitos e deveres coletivos; c) direitos sociais; d) direitos à nacionalidade; e) direitos políticos.

No entanto, o rol do referido Título II da Carta Magna não é exaustivo, mas meramente exemplificativo, porque o art. 5º, § 2º, da própria Constituição Federal ressalva 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 seja parte”.

Os direitos fundamentais não são apenas aqueles consagrados e reconhecidos formalmente na Constituição, pois a Carta Magna admite a existência de outros direitos fundamentais não inseridos no rol do Título II, reconhecendo, destarte, a existência dos chamados direitos materialmente fundamentais.

Os direitos fundamentais podem ser classificados em: direitos formalmente fundamentais e direitos materialmente fundamentais. Serão formalmente fundamentais os direitos expressamente incorporados no catálogo dos direitos fundamentais da Constituição.

Por sua vez, os direitos materialmente fundamentais poderão ser identificados a partir do conceito aberto de direitos fundamentais adotado pelo art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, que possibilita o reconhecimento de direitos fundamentais positivados em outras partes do texto constitucional ou em tratados internacionais e até mesmo na identificação de direitos fundamentais

não escritos ou implícitos na Constituição, que sejam decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados²⁰.

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou no sentido de que os direitos fundamentais individuais e coletivos não se restringem ao catálogo do art. 5º da Constituição Federal, podendo ser encontrados em outras partes do texto constitucional, conforme se depreende do julgado a seguir:

Direito constitucional e tributário. Ação direta de inconstitucionalidade de emenda constitucional e de lei complementar. Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - IPMF. Arts. 5º, § 2º, 60, § 4º, incisos I e IV, 150, incisos III, *b*, e VI, *a*, *b*, *c* e *d*, da Constituição Federal. 1. Uma emenda constitucional, emanada, portanto, de constituinte derivada, incidindo em violação a Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é de guarda da Constituição (art. 102, I, *a*, da CF). 2. A *Emenda Constitucional nº 3, de 17.03.1993, que, no art. 2º, autorizou a União a instituir o IPMF, incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no § 2º desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica “o art. 150, III, b e VI”, da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros): 1. O princípio da anterioridade, que é garantia individual do contribuinte (art. 5º, § 2º, art. 60, § 4º, inciso IV, e art. 150, III, b da Constituição); [...].* (Supremo Tribunal Federal, ADIn 939/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, DJU 18.03.1994, p. 5165) (grifo nosso)

A identificação e a caracterização de um direito materialmente dotado de fundamentalidade não são tarefas fáceis para o intérprete e aplicador do direito, pois tais tarefas não decorrem apenas da simples leitura do Texto Constitucional, na medida em que poderão existir outros direitos fundamentais dispersos no

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 85.

corpo da Constituição, positivados em tratados internacionais ou consagrados em princípios não assentados na Constituição da República.

A definição de direito fundamental proposta por Ingo Wolfgang Sarlet permite ao intérprete a identificação e, conseqüentemente, a efetivação e a proteção de direitos fundamentais exclusivamente materiais, isto é, não consagrados expressamente no catálogo do Título II da Constituição Federal. A propósito:

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 (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade 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 formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).²¹

Reconhecem-se direitos que, apesar de não consagrados formalmente no rol do Título II da Constituição Federal, por seu conteúdo, sua importância e seu significado, podem ser considerados fundamentais e, por isso mesmo, inseridos, ainda que implicitamente, na Carta Constitucional, produzindo todos os efeitos jurídicos como se direitos formalmente fundamentais fossem.

Com base nessas premissas, pode-se concluir que o direito ao desenvolvimento sustentável é legítimo direito fundamental da pessoa humana, vez que o desenvolvimento sustentável é um processo contínuo e automático de transformação concomitantemente social, político e econômico que promove, além do avanço econômico, a realização da dignidade da pessoa humana, mediante o aumento da qualidade de vida das pessoas e do bem-estar da população e protege o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

Portanto, o direito ao desenvolvimento sustentável é um direito fundamental da pessoa humana de terceira dimensão, espécie de direitos difusos, exercitável, em razão das eficácias vertical e horizontal dos direitos

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 91.

fundamentais, contra o Poder Público e os particulares e cuja tutela se pode promover por meio da ação civil pública ou da ação popular.

3 CONSUMO CONSCIENTE

Os avanços científicos e tecnológicos ocorridos após a 2ª Guerra Mundial transformaram a sociedade moderna em uma sociedade de consumo de massa. Nesse linha, a sociedade moderna se caracteriza por ser um grupo social em estágio avançado de desenvolvimento industrial, com grande circulação e consumo de bens e serviços oferecidos graças a uma produção intensiva, pois o homem contemporâneo tem uma necessidade ilimitada de adquirir e usar inúmeros bens e serviços²².

A sociedade de consumo de massa produz, constantemente, carências e desejos nas pessoas, pois os indivíduos passam a ser julgados por aquilo que consomem, vestem ou calçam, pelos locais que frequentam, pelos bens materiais que possuem e mostram aos outros membros da sociedade. Os indivíduos passam a consumir com os olhos e as emoções voltados apenas para eles mesmos, em um ato extremamente individualista e egoísta, sem se preocupar com as consequências de suas decisões de consumo. O consumo é, portanto, uma atividade que envolve a tomada de decisões políticas, morais e culturais.

Contudo, o consumo afeta o meio ambiente porque é a natureza quem fornece as matérias-primas para a produção de bens e serviços e pode ainda impactar negativamente os direitos humanos, pois muitos fornecedores se utilizam do trabalho escravo ou infantil ou violam os direitos trabalhistas com a intenção de maximizar a produção e reduzir as despesas com pessoal e, conseqüentemente, aumentar os seus lucros.

A humanidade já consome 25% mais recursos naturais do que a capacidade de renovação da Terra. Se os padrões de consumo e produção se mantiverem no atual patamar, em menos de 50 anos serão necessários dois planetas Terra para atender nossas necessidades de água, energia e alimentos. Esta situação já é refletida, por exemplo, no acesso irregular à água de boa qualidade em várias partes do mundo, na poluição dos grandes centros urbanos e no aquecimento

²² FAJARDO, Elias. *Consumo consciente, comércio justo: conhecimento e cidadania como fatores econômicos*. Rio de Janeiro: Senac Nacional, 2010. p. 14.

global²³. Como se vê, os padrões atuais de consumo da sociedade moderna são socialmente injustos e ambientalmente insustentáveis.

O Capítulo 4 da Agenda 21, assinada na durante a ECO/92 no Rio de Janeiro, revela que “as principais causas da deterioração ininterrupta do meio ambiente mundial são os padrões insustentáveis de consumo e produção, especialmente nos países industrializados”. E mais, “motivo de séria preocupação, tais padrões de consumo e produção provocam o agravamento da pobreza e dos desequilíbrios”.

Ocorre que o ato de consumir tanto pode contribuir para a destruição do meio ambiente e o desrespeito aos direitos humanos, como pode estimular a produção de bens e serviços com menor impacto negativo ao meio ambiente e com observância das leis trabalhistas e o respeito aos direitos humanos²⁴.

Se os riscos socioambientais decorrentes das formas atuais de produção e consumo são incertos e imprevisíveis, é mister que as pessoas adotem, urgentemente, práticas de consumo consciente, pois, conforme aduz Antônio Carlos Efig, “a própria preservação do planeta depende desta nova conduta”²⁵.

Elias Fajardo ressalta que existem 3 (três) variações de consumo. O consumo alienado em que o consumidor não se preocupa com a qualidade e a procedência dos produtos, mas apenas com a quantidade consumida, o consumo crítico em que a pessoa procura qualidade, evita os excessos e considera o direito de escolha fundamental e, finalmente, o consumo consciente em que o consumidor, antes de comprar, indaga de onde vêm o produto, quem o produziu e em que condições e se foram respeitados o meio ambiente e os direitos dos trabalhadores e a partir das respostas norteia a sua decisão de consumo²⁶.

O consumidor, ao tomar consciência de que a sua escolha no ato de comprar pode maximizar os impactos socioambientais positivos e minimizar os negativos, poderá contribuir decisivamente com seu poder de consumo para construir um mundo melhor.

O consumidor consciente não é individualista, não pensa apenas em sua satisfação econômica pessoal, ele também se preocupa com os impactos

²³ Disponível em: <<http://www.geomundo.com.br/meio-ambiente-40132.htm>>. Acesso em: 28 abr. 2013, às 14:39h.

²⁴ FAJARDO, Elias. *Consumo consciente, comércio justo*, p. 22.

²⁵ EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos do direito das relações de consumo*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 126.

²⁶ FAJARDO, Elias. *Consumo consciente, comércio justo*, p. 21.

socioambientais que a produção, a distribuição e o consumo de bens e serviços provocam na sociedade e, por isso, escolhe produtos cuja produção obedece a critérios sociais e ambientais. Isso é consumo consciente.

Os consumidores conscientes do impacto do seu consumo no meio ambiente e na sociedade só irão escolher fornecedores que possuam programas de responsabilidade socioambiental, obrigando as demais a adotarem comportamentos socioambientais corretos para sobreviverem no mercado.

Marcos Gouvêa de Souza ressalta que o processo de tomada de consciência dos consumidores quanto aos impactos socioambientais do consumo pressiona as empresas culturalmente atentas a adotarem práticas de sustentabilidade social e ambiental, eis que menosprezar essa tendência de conscientização de seus clientes pode ser um erro irreparável ou muito custoso para a empresa²⁷.

Nesse contexto, o consumo consciente é um dos meios de se promover o desenvolvimento sustentável. Aliás, Antônio Carlos Efing é claro ao estabelecer, *in verbis*:

O conceito de desenvolvimento sustentável depende do conceito de consumo consciente. Este reflete a necessidade de os consumidores (de produtos e serviços) passarem a ser agentes de “controle crítico” do desenvolvimento sustentável, e isto só pode ser possível desapegando-se dos conceitos individualistas a respeito do que se consome, do que se utiliza, porque isto tem influência direta em todos os cidadãos e no próprio meio ambiente.²⁸

A concretização dos pilares econômico, social e ambiental do desenvolvimento sustentável exige, entre outras ações, a adoção de práticas de consumo consciente porque, entre outros benefícios, forçará fornecedores e produtores de bens e serviços a incluírem em seus processos produtivos boas práticas de sustentabilidade ambiental, social e econômico.

No entanto, o consumo consciente para que promova o desenvolvimento sustentável exige uma mudança de comportamento dos consumidores alienados e críticos e, para tanto, fazem-se necessárias a informação e a educação, para que

²⁷ SOUZA, Marcos Gouvêa de. *Metaconsumidor: a sustentabilidade na visão do consumidor*. São Paulo: GS&MD, 2010. p. 38-39.

²⁸ EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos do direito das relações de consumo*, p. 125.

os consumidores tenham ciência dos impactos negativos e positivos que a sua decisão de consumo pode provocar na sociedade e no meio ambiente e, dessa maneira, nortear corretamente as suas escolhas.

O consumo faz parte do estilo de vida das pessoas, do relacionamento entre elas e promove a integração dos indivíduos nos grupos sociais, o que dificulta a mudança nos padrões de consumo, fazendo-se necessário, portanto, a execução de programas e ações de educação voltadas ao desenvolvimento sustentável e ao consumo consciente.

Com efeito, a adoção em larga escala e duradoura de práticas de consumo consciente depende da conscientização e mudança de postura do consumidor, que somente ocorrerá se houver um processo educacional nesse sentido bem planejado e de execução continuada, com foco especialmente nos primeiros anos de vida da pessoa.

A educação para o consumo consciente proporcionará a disseminação de uma nova mentalidade e conscientização da utilização racional dos recursos naturais e de proteção dos direitos humanos, a partir do que os consumidores adotarão uma postura responsável, ética e solidária em seus atos de consumo.

De fato, a preservação do meio ambiente e o respeito aos direitos humanos dependem de uma consciência socioambiental das pessoas e a formação dessa consciência depende da educação.

O Capítulo 36 da Agenda 21 enfatiza que a educação é fundamental para promover o desenvolvimento sustentável, o consumo consciente, e melhorar a capacidade das pessoas em entender os problemas do meio ambiente e do desenvolvimento.

Nesse diapasão, a Organização das Nações Unidas instituiu, em dezembro de 2002, através da Resolução nº 57/254, a Década Internacional da Educação para o Desenvolvimento Sustentável para o período de 2005-2014, cujo objetivo principal é integrar os princípios, os valores e as práticas inerentes ao desenvolvimento sustentável em todos os aspectos da educação e da aprendizagem com o intuito de fomentar mudanças de comportamento que permitam criar uma sociedade sustentável e mais justa para todos.

É através da educação que se incentivará mudanças de comportamento, inclusive de consumo, que virão a gerar um futuro mais sustentável em termos de integridade ambiental, da viabilidade econômica e de uma sociedade justa para as gerações presentes e futuras.

No documento a “Década da Educação das Nações Unidas para um Desenvolvimento Sustentável, 2005-2014: documento final do esquema internacional de implementação” (2005, p. 66), a própria Unesco ressalta a importância da educação para o consumo consciente ao alertar que as consequências do consumo excessivo e do desperdício que caracterizam alguns modos de vida, onde quer que ocorram, são um argumento muito forte para que se dê especial atenção ao programa Educação para o Desenvolvimento Sustentável.

A educação incentiva os valores, comportamentos e estilos de vida necessários para um futuro sustentável porque é através da educação que se aprende a tomar decisões, inclusive de consumo, que levem em consideração o futuro a longo prazo de igualdade, economia e meio ambiente de todas as comunidades.

4 O DEVER CONSTITUCIONAL DA EDUCAÇÃO INFANTIL PARA O CONSUMO CONSCIENTE

A conscientização crítica do consumidor acerca da adoção dos valores socioambientais norteadores de suas decisões de consumo é necessária e difícil, embora não impossível, porque exigirá dos jovens e dos adultos mudanças comportamentais e de paradigmas já enraizados em seus estilos de vida e cultura, daí a importância da educação infantil para o processo de formação de consumidores conscientes. Vejamos.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), em seu art. 21, define a estrutura da educação escolar, que se compõe da educação básica, formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio e da educação superior.

A Lei nº 9.394/1996 (LDB) assinala, no art. 22, que a educação básica tem por finalidade desenvolver o educando, assegurar-lhe a formação comum indispensável para o exercício da cidadania e fornecer-lhes meios para progredir no trabalho e em estudos posteriores.

De fato, a educação constitui instrumento de emancipação e progresso do ser humano. É um processo de formação exercido pelos mais velhos sobre os mais jovens, preparando a criança para viver em sociedade, como nos ensina Émile Durkheim:

A educação é a ação exercida pelas gerações adultas sobre aquelas que ainda não estão maduras para a vida

social. Ela tem como objetivo suscitar e desenvolver na criança um certo número de estados físicos, intelectuais e morais exigidos tanto conjunto da sociedade política quanto pelo meio específico ao qual ela está destinada em particular.²⁹

E a educação infantil tem por finalidade proporcionar o pleno e integral desenvolvimento da criança, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade e o seu preparo para o exercício da cidadania – que só se realizará em um sistema educacional democrático, em que a organização da educação formal (via creche e pré-escola) incuta nos alunos valores sociais, democráticos e ambientais.

Sônia Kramer ressalta o papel fundamental da educação infantil no processo de desenvolvimento social, psicológico e cultural da criança, aduzindo que:

A educação infantil e o ensino fundamental são indissociáveis: ambos envolvem conhecimentos e afetos; saberes e valores; cuidados e atenção; seriedade e riso. O cuidado, a atenção, o acolhimento estão presentes na educação infantil; a alegria e a brincadeira também. E, nas práticas realizadas, as crianças aprendem. Elas gostam de aprender. Na educação infantil e no ensino fundamental, o objetivo é atuar com liberdade para assegurar a apropriação e a construção do conhecimento por todos. Na educação, o objetivo é garantir o acesso, de todos que assim o desejarem, a vagas em creches e pré-escolas, assegurando o direito de brincar, criar, aprender. Nos dois, temos grandes desafios: o de pensar a creche, a pré-escola e a escola como instâncias de formação cultural; o de ver as crianças como sujeitos de cultura e história, sujeitos sociais.³⁰

²⁹ DURKHEIN, Émile. *Educação e sociologia*. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 53-54.

³⁰ KRAMER, Sonia. As crianças de 0 a 6 anos nas políticas educacionais no Brasil: educação infantil e/é fundamental. *Educ. Soc.*, Campinas, v. 27, n. 96, out. 2006. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-3302006000300009&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 30 mar. 2013.

Nesse contexto, a educação infantil possibilita a formação de indivíduos impregnados de valores sociais, ambientais e éticos que devem permear a vida em sociedade, sem a necessidade de exigir dessas pessoas mudanças radicais de comportamentos já enraizados em seus estilos de vida e cultura.

Contudo, para que a educação infantil contribua efetivamente para a adoção de condutas socioambientais sustentáveis, como o consumo consciente, é mister que as propostas pedagógicas das unidades de ensino infantil (creches e pré-escolas), públicas e privadas, contemplem diretrizes de educação voltadas ao desenvolvimento sustentável e ao consumo consciente.

A elaboração de propostas pedagógicas de estabelecimentos de ensino infantil que promovam o consumo consciente é de fundamental importância para a transformação comportamental da sociedade brasileira rumo ao desenvolvimento sustentável, pois os primeiros anos de vida são uma fase marcada por intensos processos de desenvolvimento psíquico e de grande capacidade cognitiva da criança, sendo, dessa maneira, mais fácil criar nos infantes uma “cultura” voltada ao consumo consciente do que em adultos e jovens.

Não se nega a importância da educação voltada ao consumo consciente para os adultos, o que aqui se afirma é que a formação efetiva de uma sociedade composta por consumidores conscientes depende em grande medida da implantação da educação para o consumo consciente no ensino infantil, pois assim introduziremos, a médio e longo prazos, na sociedade brasileira uma cultura de promoção do consumo consciente, com ótimos resultados econômicos, sociais e ambientais para as presentes e futuras gerações.

No entanto, as unidades de ensino infantil, públicas e privadas, têm o dever de contemplar em suas propostas pedagógicas diretrizes de educação voltadas ao desenvolvimento sustentável e ao consumo consciente?

No que toca às unidades da rede pública de ensino infantil, Antônio Carlos Efigênia aduz que “a conscientização crítica do consumidor demanda informações e sua educação para a adoção dos valores socioambientais tais como os norteadores de suas decisões”, e a educação para o consumo consciente depende da atuação positiva do Estado consistente na implementação de

políticas públicas educacionais voltadas para o desenvolvimento sustentável e para o consumo consciente³¹.

Nesse contexto, a concretização do direito fundamental ao desenvolvimento sustentável através do consumo consciente depende de uma atuação positiva do Estado consistente, entre outras atividades, na tarefa de implementar programas de educação voltados a fomentar o consumo consciente.

O Estado está constitucionalmente obrigado a promover o direito fundamental ao desenvolvimento sustentável. Por isso o Poder Público deverá se utilizar de todos os instrumentos necessários para dar eficácia social ao aludido direito fundamental, entre os quais está a educação voltada ao consumo consciente, motivo pelo qual tem a obrigação de contemplar nas propostas pedagógicas de suas unidade de ensino infantis diretrizes de educação voltadas ao desenvolvimento sustentável e ao consumo consciente.

No que pertine à rede privada de ensino, cumpre ressaltar que os direitos fundamentais revelam duas dimensões ou perspectivas, a subjetiva e a objetiva, na medida em que se apresentam como direitos subjetivos e como valores e princípios básicos e fundamentais da ordem jurídica.

Sob o aspecto subjetivo, os direitos fundamentais autorizam o seu titular a exigir judicialmente a produção de seus efeitos práticos específicos, isto é, de “fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades ou mesmo o direito à ação ou às ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental em questão”³². Abre-se, assim, a possibilidade de as pessoas demandarem em juízo a efetividade e concretização de seus direitos fundamentais eventualmente lesados.

Já, sob a perspectiva objetiva, os direitos fundamentais se apresentam como um verdadeiro conjunto de valores e princípios fundamentais de todo o ordenamento jurídico, doméstico e internacional, servindo de diretriz para a atuação de todas as entidades, os órgãos e os agentes públicos dos Estados. Nesse contexto, os direitos fundamentais, calcados na dignidade da pessoa humana, são a base da ordem jurídica de um Estado Democrático, já que “não

³¹ EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos do direito das relações de consumo*, p. 125-126.

³² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 180.

se pode falar em propriamente em regimes democráticos sem que se admita também a conformação da ordem econômica e social aos fins de construção da existência digna³³.

Os direitos fundamentais constituem, sob a dimensão objetiva, um sistema de valores básicos de um ordenamento jurídico, que serve de diretriz para a atuação de todas as esferas de governo do Estado. E, por esse motivo, os direitos fundamentais vão além da função de direito subjetivo de defesa contra atos do Estado, pois a sua dimensão objetiva produz outros efeitos normativos além da sua sindicabilidade judicial.

Os direitos fundamentais legitimam, em sua perspectiva objetiva, a limitação ao conteúdo e ao alcance de outros direitos fundamentais em favor de seus próprios titulares, uma vez que o exercício dos direitos fundamentais pode ensejar conflitos com outros direitos internacional e constitucionalmente protegidos.

Ingor Wolfgang Sarlet alerta que os direitos fundamentais devem ter a sua eficácia valorada não somente sob o ponto de vista da pessoa individual e sua posição perante o Estado, mas também sob o ponto de vista da sociedade, já que os direitos fundamentais expressam valores objetivos fundamentais da comunidade. Com isso, os direitos fundamentais podem ser restringidos em seu alcance e conteúdo, com base no interesse comunitário prevalente, desde que se preserve o núcleo essencial desses direitos³⁴.

Outra consequência da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais é a sua aplicação às relações privadas, vinculando não apenas o Estado, mas também os particulares. No caso, pode-se identificar 2 (duas) correntes doutrinárias acerca da eficácia horizontal dos direitos humanos.

Com efeito, a primeira é a teoria da ineficácia horizontal dos direitos humanos, que entende que os direitos humanos foram criados para proteger os particulares apenas do Estado, motivo pelo qual vinculam somente o Estado.

A segunda corrente é a chamada teoria da eficácia horizontal, que se subdivide em direta e indireta. A concepção liberal dos direitos humanos, construída ao longo do século XIX e reflexo das revoluções burguesas do século XVIII, apregoa que os direitos humanos foram reconhecidos e positivados como

³³ CASTILHO, Ricardo. *Justiça social e distributiva: desafios para concretizar direitos sociais*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 61.

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 171-172.

mecanismo de defesa das pessoas contra os abusos do Estado. Visa-se, em resumo, a assegurar a esfera de liberdade de movimento, consciência e espírito dos indivíduos através dos direitos civis e políticos.

Ocorre que a liberdade exige naturalmente a necessidade de sua proteção contra os abusos não somente do Estado, mas também dos particulares, especialmente daqueles mais fortes na sociedade. De fato, deixar as pessoas totalmente livres em suas relações interpessoais pode dar margem à violação de direitos fundamentais das pessoas socialmente mais frágeis pelas mais fortes, daí porque se deve reconhecer a eficácia horizontal dos direitos humanos e a sua aplicabilidade às relações privadas como meio de proteção das pessoas e da sociedade.

Se os direitos humanos compõem um sistema de valores fundamentais que dão sustentação a todo o ordenamento jurídico, nada mais óbvio do que eles devam vincular a todos, Estado e particulares, porque não se pode conceber uma sociedade protegida contra os ataques do Estado, mas desguarnecida contra as investidas de seus próprios membros. Não haveria sentido reconhecer a vinculação dos direitos fundamentais às relações entre Estado e particulares se se pudesse violá-los livremente nas relações privadas porque o ser humano estaria desprotegido e poderia ser facilmente ofendido em sua dignidade por terceiros.

A questão da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais ganha relevo porque os tratados internacionais de direitos humanos e a Constituição Federal de 1988 não preveem expressamente a vinculação das entidades privadas aos direitos humanos e, por esse motivo, a teoria da eficácia horizontal se subdivide em duas teses: a da eficácia horizontal direta e a da eficácia horizontal indireta dos direitos fundamentais.

A tese da eficácia horizontal indireta sustenta que as normas definidoras de direitos fundamentais são aplicáveis às relações privadas indiretamente, ou seja, através de norma infraconstitucional que discipline a forma como os direitos fundamentais irão ser aplicados às relações interpessoais, ou seja, exige-se integração legislativa ulterior.

De outra parte, a corrente da eficácia horizontal direta aduz que os direitos fundamentais são direta e imediatamente aplicados às pessoas privadas, sem a necessidade de intermediação normativa porque as normas de direitos fundamentais são comandos normativos válidos, dotados de imperatividade e,

portanto, aplicáveis para toda a ordem jurídica, não se admitindo a existência de espaços públicos e privados à margem do ordenamento jurídico.

No âmbito interno brasileiro, o Supremo Tribunal Federal acatou, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 201819/RJ, a tese da eficácia horizontal direta. A propósito:

As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.³⁵

Nessa linha de entendimento, o direito fundamental ao desenvolvimento sustentável tem eficácia vertical e horizontal, de modo que vincula não somente o Estado, mas também os particulares. Nesse diapasão, a eficácia horizontal do direito fundamental ao desenvolvimento sustentável obriga os estabelecimentos da rede particular de ensino infantil a contemplarem nas suas propostas pedagógicas diretrizes de educação voltadas ao desenvolvimento sustentável e ao consumo consciente.

Ademais, a qualificação de um direito fundamental em princípio jurídico é possível porque não se trata de conceitos antitéticos e reciprocamente excludentes, na medida em que as normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais são eminentemente principiológicas³⁶.

Nessa linha de raciocínio, Juarez Freitas leciona que o princípio do desenvolvimento sustentável ou simplesmente princípio da sustentabilidade é um princípio constitucional implícito, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, com aplicabilidade direta e imediata, com vistas a compelir um desenvolvimento econômico compatível com a dignidade da pessoa humana, os direitos sociais e o meio ambiente³⁷.

³⁵ STF, RE 201819/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU 27.10.2006.

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 83.

³⁷ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 51.

O próprio Supremo Tribunal Federal reconheceu expressamente a existência na ordem jurídica brasileira do princípio constitucional do desenvolvimento sustentável. A propósito:

O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações.³⁸

*A Constituição não é um documento essencialmente político, mas jurídico e, como tal, dotada de imperatividade. No início da segunda metade do século XX, o Professor alemão Konrad Hesse assentou que “a Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (individuelle Beschaffenheit der Gegenwart). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas”.*³⁹

Luís Roberto Barroso também ressalta a indiscutível força normativa da Constituição, ao lecionar que:

Atualmente, passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições. Vale dizer: as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância

³⁸ STF, ADIn 3.540-MC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 02.06.2006.

³⁹ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris Editor, 1991. p. 19.

*há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado.*⁴⁰

*Hodiernamente, portanto, não mais se discute a força normativa da Constituição. A Carta Magna é norma jurídica, dotada de imperatividade e que, por isso mesmo, seus preceitos são obrigatórios e vinculativos, motivo pelo qual o princípio constitucional implícito da sustentabilidade obriga ética e juridicamente o Estado e os particulares a promover a sustentabilidade econômica, social e ambiental.*⁴¹

Por essas razões, as creches e pré-escolas da rede privada de ensino infantil são obrigadas a incluir em suas propostas pedagógicas diretrizes de educação voltadas ao desenvolvimento sustentável e ao consumo consciente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste artigo científico foi investigar a importância da educação infantil no processo de formação de uma sociedade composta de consumidores conscientes, já que a prática do consumo consciente depende da execução de programas de educação voltados ao consumo ético, bem como aferir o dever das unidades das redes pública e privadas de inserirem em suas propostas pedagógicas diretrizes de educação voltadas ao consumo consciente.

Partiu-se da premissa de que o desenvolvimento sustentável é legítimo direito fundamental da pessoa humana, constituindo-se em um processo contínuo e automático de transformação concomitantemente social, político e econômico que promove, além do avanço econômico, a realização da dignidade da pessoa humana, mediante o aumento da qualidade de vida das pessoas e do bem-estar da população e protege o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, Material da 1ª aula, da disciplina Atualização Legislativa e Jurisprudencial em Direito Constitucional, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Função Social e Prática do Direito - Área de Concentração: Direito Público - UNISUL - REDE LFG, p. 5. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>.

⁴¹ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*, p. 51.

Ademais, o consumo consciente é um dos meios de se promover o desenvolvimento sustentável porque, entre outros benefícios, forçará fornecedores e produtores de bens e serviços a incluírem em seus processos produtivos boas práticas de sustentabilidade ambiental, social e econômico.

O consumo consciente exige, contudo, uma mudança de comportamento dos consumidores. Os consumidores conscientes devem nortear as suas decisões de consumo a partir dos impactos negativos e positivos que o seu ato de comprar e usar pode provocar na sociedade e no meio ambiente, o que demanda informação e, principalmente, educação.

Desse modo, a efetividade do direito fundamental ao desenvolvimento sustentável através do consumo consciente depende de uma atuação positiva da implementação de programas de educação voltados ao consumo consciente.

No entanto, a conscientização crítica do consumidor acerca da adoção dos valores socioambientais norteadores de suas decisões de consumo é necessária e difícil porque exigirá dos jovens e dos adultos mudanças comportamentais e de paradigmas já enraizados em seus estilos de vida e cultura.

Por isso, a transformação real do comportamento de consumo do brasileiro depende da implantação da educação voltada ao consumo consciente e ao desenvolvimento sustentável nas propostas pedagógicas das unidades de ensino infantil, pois é mais fácil criar uma “cultura” de sustentabilidade e de consumo consciente nas crianças, já que elas ainda estão em processo de desenvolvimento cognitivo e social.

Desse modo, as unidades das redes pública e particular de ensino infantil têm a obrigação de incluir em suas propostas pedagógicas diretrizes de educação voltadas ao consumo consciente, por força do princípio constitucional do desenvolvimento sustentável que vincula o Estado e os particulares.

Diante do exposto, esperamos ter logrado êxito na missão de demonstrar que a educação infantil é de fundamental importância para a adoção, ainda que a médio ou longo prazos, da prática habitual do consumo consciente e que os estabelecimentos de ensino infantil, públicos e privados, têm o dever de contemplar em suas propostas pedagógicas diretrizes de educação voltadas ao consumo consciente.

REFERÊNCIAS

- AMARAL JÚNIOR, Alberto do. O desenvolvimento sustentável no plano internacional. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Org.). *Regulação e desenvolvimento: novos temas*. São Paulo: Malheiros, 2012.
- ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. *Direito ao Desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, Material da 1ª aula, da disciplina Atualização Legislativa e Jurisprudencial em Direito Constitucional, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Função Social e Prática do Direito – Área de Concentração: Direito Público – UNISUL – REDE LFG. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE 201819/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU 27.10.2006.
- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2010.
- CAPRA, Fritoj. *As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável*. São Paulo: Cultrix, 2005.
- CASTILHO, Ricardo. *Justiça social e distributiva: desafios para concretizar direitos sociais*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DURKHEIN, Émile. *Educação e sociologia*. Petrópolis: Vozes, 2011.
- EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos do direito das relações de consumo*. Curitiba: Juruá, 2011.
- FAJARDO, Elias. *Consumo consciente, comércio justo: conhecimento e cidadania como fatores econômicos*. Rio de Janeiro: Senac Nacional, 2010.
- FOSTER, John Bellamy. *A ecologia em Marx: materialismo e natureza*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.
- FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- GARBADO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Trad. Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris Editor, 1991.

KRAMER, Sonia. As crianças de 0 a 6 anos nas políticas educacionais no Brasil: educação infantil e/é fundamental. *Educ. Soc.*, Campinas, v. 27, n. 96, out. 2006. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-3302006000300009&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 30 mar. 2013.

MORIN, Edgar. *A via para o futuro da humanidade*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013.

ONU. Década da Educação das Nações Unidas para um Desenvolvimento Sustentável, 2005-2014: documento final do esquema internacional de implementação. Brasília: Unesco, 2005.

PEREIRA, Luís Carlos Bresser. *Desenvolvimento e crise no Brasil*. 7. ed. São Paulo: Brasiliense, 1977.

RISTER, Carla Abrantkski. *Direito ao desenvolvimento: antecedentes, significados e consequências*. São Paulo: Renovar, 2007.

SACHS, Ignacy. *Dilemas e desafios do desenvolvimento sustentável no Brasil*. Rio de Janeiro: Garamond, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SOUZA, Marcos Gouvêa de. *Metaconsumidor: a sustentabilidade na visão do consumidor*. São Paulo: GS&MD, 2010.

VEIGA, José Ely da. *A emergência socioambiental*. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2007.

MULTA COERCITIVA OU COMINATÓRIA (ASTREINTES) E SUBMISSÃO AO TETO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS: A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DE CÓCORAS PARA OS GRANDES GRUPOS ECONÔMICOS E FINANCEIROS

COERCITIVE FINES OR PENALTY PAYMENTS (ASTREINTES) AND SUBMISSION TO THE CEILING OF CIVIL SPECIAL COURTS: THE CONSTITUTIONAL JURISDICTION SQUAT TO GIANT ECONOMIC AND FINANCIAL CORPORATIONS

Fernando Antônio de Lima¹

Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP)

RESUMO: Os Juizados Especiais Cíveis foram criados pela Constituição Federal para permitir o acesso à justiça, principalmente aos pobres. Os conglomerados, não poucas vezes, desrespeitam as decisões judiciais. Para que as decisões judiciais sejam cumpridas, os juízes devem dispor de mecanismos firmes, como as multas coercitivas ou cominatórias. A 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça entende que tais multas não podem superar o teto dos Juizados (40 salários-mínimos). Assim, os Juizados ficam de cócoras às gigantes corporações, cujos patrimônios superam o conjunto de riquezas de muitos países. De cócoras a

jurisdição; desnudada em seus direitos, a população.

PALAVRAS-CHAVE: Multas coercitivas, *astreintes*; teto; JECs.

ABSTRACT: *The Civil Special Courts were created by the Federal Constitution to allow access to justice, mostly to the underprivileged. The conglomerates very often disrespect judicial decisions. In order for the judicial decisions to be complied with, judges must utilize stringent actions, such as coercive fines or penalty payments. The 4^a Class of Superior Tribunal de Justiça understands that such penalties cannot exceed the Courts' Salary Cap (40 minimum wages). Thus, the Courts squat to*

¹ Pós-Graduado em Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos pela Universidade da Amazônia (Unama). Juiz de Direito no Juizado Especial Cível, Criminal e da Fazenda Pública, na Comarca de Jales/SP. E-mail: fernandosfcsfs@yahoo.com.br.

giant corporations, whose assets exceed the whole wealth of many countries. Squatting, the jurisdiction; deprived from their rights, the population.

KEYWORDS: *Coercive fines, astreintes; salary cap; JECs.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça e a proteção aos bancos e grandes conglomerados multinacionais; 2 A força dos gigantes conglomerados e o problema dos direitos fundamentais; 3 Por que o Poder Judiciário deve ser soberano na defesa dos direitos fundamentais; 4 Base hermenêutica estrutural para que as multas coercitivas possam superar o teto dos Juizados Especiais Cíveis; 5 Argumentos de Direito Constitucional; 6 A Quarta Turma do STJ e a subserviência da jurisdição dos Juizados Especiais Cíveis ao Neoliberalismo – A filosofia da consciência ainda impregnada na cabeça de alguns dos Ministros; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Fourth Chamber of the Court of Justice and protection to banks and large multinational conglomerates; 2 The force of giant conglomerates and the problem of fundamental rights; 3 Why the judiciary should be sovereign in defense of fundamental rights; 4 Hermeneutics structural basis for coercive fines that could exceed the ceiling of the Special Civil Courts; 5 Arguments of Constitutional Law; 6 The Fourth Chamber of the Supreme Court and the obsequiousness of the jurisdiction of the Small Claims Courts to neoliberalism – The philosophy of consciousness still ingrained in the minds of some of the Ministers; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

Os Juizados Especiais Cíveis foram criados para permitir o acesso à justiça. Mediante um procedimento simplificado, com pouco formalismo processual, a população brasileira os descobriu.

Prova disso é o levantamento feito na Comarca de Jales/SP. O Diretor de Cartório, Flávio Luis Castelete, constatou que, em 2012, ingressaram 6.000 demandas no sistema de Juizado daquela Comarca. No mesmo ano, as outras quatro Varas Judiciais, juntas, não receberam metade desse número de feitos.

As demandas principais que ingressam nesse sistema simplificado de distribuição de justiça são as seguintes: indenizações por danos morais em virtude de inscrição indevida do nome em órgãos de proteção ao crédito; ações que discutem tarifas bancárias em contratos de financiamentos de veículos; limitação de descontos nas folhas de pagamentos de servidores e aposentados, para garantir créditos bancários; discussão sobre a legalidade de planos de saúde negarem exames médicos; desconto indevido nas contas-salários, promovido

por bancos, a título de tarifas; restabelecimento de serviços telefônicos cortados indevidamente pelas pessoas jurídicas do ramo de telefonia.

O elemento comum a essas demandas é que as partes são, de um lado, o consumidor, pessoa geralmente de poucos recursos econômicos, e, de outro, grandes conglomerados multinacionais e enormes instituições financeiras.

É muito comum o deferimento de medidas de urgência, seja para que o nome das pessoas seja excluído dos órgãos de proteção ao crédito, seja para restabelecer os serviços de telefonia, ou mesmo para determinar um exame de urgência, ou impedir descontos indevidos nas contas em que o consumidor recebe o seu salário.

Para garantir a efetivação da decisão judicial proferida logo no começo do processo, é comum que os juízes fixem multa diária, geralmente de R\$ 1.000,00.

São as *astreintes* e visam a efetivar o cumprimento do mandamento judicial.

Registre-se que, na maior parte das vezes, a ordem judicial é dirigida a grandes bancos e enormes conglomerados multinacionais.

A discussão do momento é a seguinte: Considerando-se que as demandas propostas nos Juizados Especiais Cíveis não podem ultrapassar o teto de 40 salários-mínimos (Lei nº 9.099/1995, art. 3º, inciso I), a multa coercitiva haverá de submeter-se a esse teto?

Depois de lançar o posicionamento das 3ª e 4ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça (para a 3ª, as multas cominatórias não seguem o teto, ao contrário do entendimento da 4ª Turma), considerações críticas servirão para derrubar o último entendimento, de modo que a jurisdição constitucional, exercida pelo Juizado Especial Cível, possa ter os meios necessários para efetivar-se.

1 QUARTA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A PROTEÇÃO AOS BANCOS E GRANDES CONGLOMERADOS MULTINACIONAIS

A jurisprudência do STJ admite até mesmo a impetração de mandado de segurança para que o Tribunal de Justiça exerça o controle de competência dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Isso permite que, mediante recurso ordinário constitucional, a demanda chegue, com bastante facilidade, ao próprio STJ.

Há duas correntes no âmbito dessa Corte Superior, a respeito da possibilidade de as multas coercitivas ou cominatórias ultrapassarem o teto dos

Juizados Especiais Cíveis, de 40 salários-mínimos, previsto no art. 3º, inciso I, da Lei nº 9.099/1995.

Para a 4ª Turma do STJ, o entendimento é restritivo. Argumenta-se que, por interpretação sistemática aos arts. 3º, inciso I, e 52, inciso V, da Lei nº 9.099/1995, não pode a multa coercitiva ultrapassar o teto dos Juizados Especiais Cíveis, de 40 salários-mínimos (STJ, 4ª Turma, RMS 33155, Relª Min. Maria Isabel Galotti, 21.06.2011).

Já para a 3ª Turma do STJ, admite-se a possibilidade. Vários são os argumentos abonadores da tese e que podem ser extraídos de acórdão relatado pela Ministra Nancy Andrighi, que relaciona outros julgados no mesmo sentido (STJ, 3ª Turma, RMS 38.884, AC 2012/0175027-3, Relª Min. Nancy Andrighi, acórdão publicado no dia 13.05.2013):

- 1º) Os Tribunais de Justiça não têm competência para rever as decisões dos Juizados, ainda que por mandado de segurança. A revisão é soberanamente de competência das Turmas Recursais;
- 2º) A jurisprudência do STJ admite mandado de segurança ao Tribunal de Justiça, apenas para exercitar-se o controle de competência dos Juizados Especiais Cíveis e Juizados Especiais Criminais;
- 3º) O argumento da impetrante é o de que a multa de R\$ 80.000,00, imposta no caso que chegou ao STJ, não pode ser executada no Juizado, diante do limite imposto pelo art. 3º da Lei nº 9.099/1995;
- 4º) Porém, o STJ entende que o Juizado Especial é competente para a execução de seus próprios julgados;
- 5º) Não importa que o valor executado extrapole o limite de 40 salários-mínimos, estabelecido no art. 53 da Lei nº 9.099/1995. É que essa faixa é observada somente no que toca ao valor da causa *fixado originariamente e aos títulos executivos extrajudiciais* (STJ, REsp 691785, 4ª T. Rel. Min. Raul Araújo, DJe 20.10.2010; RMS 27935/SP, 4ª T., Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 16.06.2010; RMS 032032, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJRS), DJe 17.08.2010; RMS 33.155/MA, 4ª T., Relª Min. Maria Izabel Galotti, J. 28.06.2011, DJe 29.08.2011; AgRg-RMS 32489/MT, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 24.02.2012);
- 6º) A competência dos Juizados é fixada no *momento da propositura da ação*. Se, na fase de execução, o valor superar 40 salários-mínimos, em

razão de acréscimos decorrentes da própria condenação, isso não afasta a competência dos Juizados nem implica renúncia excedente;

- 7º) A multa cominatória, na hipótese em julgamento, decorreu do descumprimento de tutela antecipada confirmada na sentença. Embora supere o teto de 40 salários-mínimos, deve ser executada nos Juizados;
- 8º) Em sede do RMS 33.155/MA, a 4ª Turma do STJ entendeu que o art. 3º, inciso I, da Lei nº 9.099/1995 tem em mira o valor de 40 salários-mínimos a ser observado no momento da propositura da ação. Esse teto deveria ser aplicado, *por analogia*, como o valor máximo a ser executado contra o devedor, a título de multa cominatória;
- 9º) No entanto, o art. 52 da Lei nº 9.099/1995 é expresso em dispor que a execução operará no próprio Juizado;
- 10º) Referida norma não faz limitação, ao contrário do art. 3º, que fixa a competência no momento da propositura da ação, ou do art. 53, que trata dos títulos executivos extrajudiciais. Onde a lei não faz restrições, não cabe ao intérprete fazê-las;
- 11º) Não há como o STJ reduzir o valor da multa diária, pois o mandado de segurança só serve para controlar a competência dos Juizados, e não para revisar o conteúdo da decisão dos Juizados.

A facilidade aos grandes conglomerados, no entanto, para discutir um tema típico dos Juizados Especiais Cíveis, é tamanha que a eles acode mais um instrumento processual de fácil acesso ao Tribunal Superior. A reclamação permite que o STJ dirima controvérsia que exista entre o entendimento dessa Corte e o posicionamento das Turmas Recursais (Resolução STJ nº 12/2009, art. 1º).

Vai mais além o favor processual: o Relator da reclamação poderá suspender *todos* os processos em trâmite nos Juizados do Brasil, em que se discute a mesma controvérsia (Resolução STJ nº 12/2009, art. 2º, inciso I), ainda que não haja nenhum recurso processual ao STJ no tocante às outras demandas.

2 A FORÇA DOS GIGANTES CONGLOMERADOS E O PROBLEMA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

As demandas que são levadas aos Juizados Especiais Cíveis não são demandas insignificantes.

Ao contrário, são direitos que dizem respeito à maioria da população brasileira, geralmente em conflito com o interesse de grandes bancos e multinacionais.

Os dados que emergiram da introdução comprovam a assertiva. Há uma acentuada procura pelos Juizados, para que os abusos perpetrados pelo poder econômico cessem.

À primeira vista, causas pequenas, míseros conflitos de consumo, insignificantes queixas de consumidores desencantados com os serviços prestados pelos conglomerados.

Por detrás disso tudo, porém, anuncia um grande problema de direito constitucional, de jurisdição constitucional, de direitos fundamentais. Mais do que isso, de distribuição de renda e das riquezas nacionais.

Não é à toa que a Constituição Federal de 1988 elevou o direito dos consumidores à categoria superior de direitos fundamentais (CF, art. 5º, inciso XXXII).

No atual desenvolvimento do direito constitucional, na partilha das ideias que sopram da Alemanha, descobre-se que os direitos fundamentais não constituem apenas uma luta dos indivíduos contra o Estado (eficácia vertical).

O poderio econômico dos gigantescos conglomerados privados direcionou o pêndulo dos direitos fundamentais para o problema do poder econômico. O indivíduo, hoje, combate também contra as multinacionais e instituições financeiras, muitas das vezes muito mais poderosas que países inteiros (daí a eficácia horizontal dos direitos fundamentais).

O Banco Santander ostentou, em 2012, um patrimônio de mais de 447 bilhões de reais. O PIB do Chile, nesse ano, foi de US\$ 181 bilhões. O que equivale a dizer que a riqueza de um banco é superior à riqueza de um país inteiro!

3 POR QUE O PODER JUDICIÁRIO DEVE SER SOBERANO NA DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

As causas levadas aos Juizados Especiais Cíveis são tidas por insignificantes. Mas são, em verdade, disputas da população brasileira contra o interesse de multinacionais e bancos.

A dimensão política desse conflito vai além do simples conflito privado de interesses.

É um problema de distribuição de renda. Diz de perto à diminuição das desigualdades sociais, à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, objetivos esses primaciais para a consolidação da República brasileira (CF, art. 3º, incisos I e III).

Para contrabalancear um poder forte, exige-se outro poder forte. A vitória dos conglomerados é diretamente proporcional à derrota da população. À concentração de riquezas no entorno de alguns se alia a disseminação da pobreza na vida de muitos.

Daí que a força dos grandes capitalistas reclamará o robustecimento do Poder Judiciário para a efetivação dos direitos fundamentais.

A 4ª Turma do STJ sustenta que, se o consumidor optou pelos Juizados, é porque a causa é destituída de complexidade. Logo, este último abriu mão de receber uma multa diária superior ao teto.

A interpretação da Corte é rasteira e conflitiva com a Constituição. Não penetra o âmago da problemática.

Por essas terras, é comum verificarem-se os litígios como um problema entre as partes, um problema meramente jurídico.

Mas não são. A repetição de demandas parecidas, repetição aos montes, contra os mesmos conglomerados, quer dizer que toda uma população, desnudada em seus direitos básicos, está encaminhando pleitos de cidadania ao Judiciário.

Não são causas insignificantes, mas direitos de uma população, amesquinhada, violada, estrangulada pelo capital econômico e financeiro.

Imagine-se um Estado que queira investigar uma organização criminosa de lavagem de dinheiro com computadores fabricados nos anos 80. A eficácia da atuação será nenhuma, como nenhuma será a eficácia da jurisdição, quando subserviente aos gigantes conglomerados econômicos e financeiros.

O problema da multa diária acima do teto dos Juizados, portanto, é um problema de efetividade da jurisdição. Da jurisdição que queira efetivar os direitos fundamentais, retirando-os da categoria de simples promessa constitucional.

A Folha de São Paulo conta o caso da artista plástica Daniella Moreira, 34 anos, que descobriu ser portadora de câncer, que se espalhou pelo corpo. O Bradesco, convênio da família, recusou-se a pagar o tratamento. A Justiça deu a liminar, em setembro. Até hoje não cumprida (Folha de S. Paulo, C1, 2013).

Nessa mesma reportagem, constam outros desrespeitos a direitos fundamentais básicos. O Poder Judiciário dá a decisão, mas as multas diárias são baixas. Resultado: a jurisdição não serve para nada. A Constituição, por meio da debilidade do poder que mais tem a obrigação de tutelá-la, reduz-se à nonada, a uma simples promessa política, sem força normativa constitucional.

4 BASE HERMENÊUTICA ESTRUTURAL PARA QUE AS MULTAS COERCITIVAS POSSAM SUPERAR O TETO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

O argumento principal, esgrimido nas decisões da 4ª Turma do STJ, é no sentido de que a interpretação sistemática dos arts. 3º, inciso I, e 52, inciso V, da Lei nº 9.099/1995, não permite a execução de multas coercitivas que superam o teto de 40 salários-mínimos.

Como sempre, a interpretação a favor dos grandes conglomerados é rasteira. Não penetra o âmago da questão social. Investiga o conflito de interesses como algo resolvível apenas pela legislação ordinária.

O método meramente subsuntivo e a interpretação sistemática, incontornavelmente internos ao Direito, são alheios ao conteúdo da luta de classes e da estrutura social.

Esses métodos têm permitido que o Judiciário continue a tutelar os interesses dominantes das sociedades, mantendo o País na raia do subdesenvolvimento, no número 117 do Coeficiente de Gini, daquele que mede a desigualdade social entre os países, a ponto de perdermos para o Zimbábue (112), Gabão (96), Bolívia (90), Equador (75), Irã (80), Senegal (77) e Gana (76).

É certo: a metodologia constitucional deu alguns passos para superação do método jurídico-subsuntivo. Propôs o método científico-espiritual, para dar proeminência aos valores constitucionais. Depois, investiu sobre o método tópico-problemático, com a priorização ao problema, ao caso posto para interpretação, para depois verificar a norma. Por fim, propôs a metódica jurídica normativo-estruturante, para trabalhar a norma e um pedaço da realidade social (Canotilho, 2003, p. 1210 a 1213).

Embora um passo à frente à subsunção e à interpretação sistemática, são todos eles insuficientes, porque continuam alheios à estrutura social, descompromissados, todos, com os objetivos constitucionais de diminuição/superação das desigualdades sociais e de construção de uma sociedade justa, livre e solidária.

Não é possível exercer qualquer atividade hermenêutica constitucional, sem atentarmos para o problema das forças políticas e econômicas que gravitam no entorno e no interior da estrutural social.

Qualquer metodologia que se diga mesmo constitucional, que tenha a intenção verdadeira de solucionar de verdade problemas constitucionais, deverá fazer com que o jurídico penetre o social, que o social revolucione a tessitura das forças opressivas do capital, ainda que se saiba dos limites físicos da jurisdição no superar o capitalismo.

Por isso, propõe-se o *método pluriestrutural* como nova categoria metodológica de apoio à hermenêutica constitucional.

Esse método projeta-se sob uma perspectiva dialético-marxista, mais ou menos como o fez a Professora Elisa da Silva Alves, quando orientou a interpretação do Direito sob essa mesma perspectiva dialético-marxista, embora com vistas para a ontologia social de Lukács (2013, p. 123 a 141).

O direito, então, é visto como uma particularidade, que se mobiliza em uma totalidade concreta. Nessa ordem de ideias, a argumentação jurídica capta as particularidades dos casos concretos e as relaciona à generalidade do conteúdo social.

Em outras palavras, a ontologia social e o materialismo dialético-marxista concebem a totalidade como uma interação entre as partes constituintes. Cada parte integrante influencia a outra e sofre influência da outra. Essa interação entre as partes constituintes formará a totalidade concreta, ou seja, a sociedade em sua integralidade.

Para explicar melhor: o Direito, a religião, a política e a filosofia constituem particularidades que se interagem para formar o todo social.

O Direito, ao ser concebido como uma particularidade, interage com as demais particularidades, acabando por influenciar na totalidade concreta.

A problemática não é despida de interesse prático. O Direito, como singularidade, tem potencial de influenciar as demais singularidades e, por tabela, contribuir para a transformação do todo social, da estrutura social. O potencial transformativo do Direito, nesse ponto, adquire contornos valiosíssimos se se considerar que, no Brasil, o todo social é marcado por profundas desigualdades sociais.

Assim, propõe-se um *novo método* para a hermenêutica constitucional.

O *método pluriestrutural*, nesse sentido, a partir do materialismo histórico-dialético de Marx, dá conta de situar o Direito, uma particularidade, na relação com as demais particularidades sociais (Religião, Filosofia, Política), para, nessa interação, produzir efeitos sobre a totalidade social.

O ato de interpretar constitui uma inter-relação constante entre parte e todo, entre causas e efeitos, com vistas à transformação social.

O Direito, então, deixa de ser tratado como uma partícula isolada, atomizada, sem contato com a realidade social.

A interpretação jurídica compreende seu papel de partícula, mas de partícula que se interage com outras partículas, que influencia as demais partículas, que tem relação com o todo, que traz um certo grau de influência ao todo, que contribui de certa forma na modificação do todo.

Um exemplo prático: ao se interpretar um problema constitucional, como o da luta dos consumidores contra as investidas capitalistas dos grandes bancos, das grandes empresas de telefonia e de planos de saúde, *o que descamba para o problema dos limites das multas coercitivas ao teto dos Juizados*, não se pode lançar o resultado interpretativo a partir apenas da perspectiva do Direito, do Direito isolado da estrutura social.

Os argumentos devem descansar na relação entre o caso concreto, a partir das leis e da Constituição, em contato e diálogo permanente com o todo social (o poder econômico dos bancos e multinacionais, em contraste com a fraqueza político-econômica dos consumidores).

Relembrando que o direito do consumidor é um direito fundamental (CF, art. 5º, inciso XXXII), o postulado jus-fundamental será realizado no mergulho para dentro da relação social.

Uma ação de indenização por danos morais, por exemplo, por inscrição indevida do nome em órgãos de proteção ao crédito, contra o Banco Santander, não é um problema interno do Direito. É uma interação entre Direito e realidade social, entre o tamanho da força político-econômica do consumidor e a força político-econômica do Santander (o Banco Santander é um dos primeiros na lista de reclamações no Procon; seu capital econômico é de aproximadamente R\$ 440 bilhões, maior que o PIB de muitos países). Daí que o valor da indenização não pode ser mísero (há juízes que fixam R\$ 2.000,00), mas compor um montante que sirva para que condutas semelhantes não tornem a repetir-se, além de possibilitar a transferência de renda de um banco para a população, por via da indenização por danos morais. Contribui-se, assim, concretamente, e não no

plano da abstração, com o objetivo constitucional da República de construir uma sociedade livre, justa e solidária (CF, art. 3º, inciso I) e de reduzir as desigualdades sociais (CF, art. 3º, inciso III).

A compreensão, portanto, do limite das multas diárias não se circunscreve ao terreno da interpretação sistemática, rasteira, interna, limitadora, castradora, desviante, promovida pela 4ª Turma do STJ.

É um problema, isto sim, de metodologia pluriestrutural, que afeta todo o corpo social, que tem relação próxima, carnal, integrativa, com as desigualdades sociais, com a péssima distribuição de poder e de renda que marca o País.

Logo, para além de efetivar os direitos fundamentais das pessoas, a questão da multa diária introduz um elemento de retirada da renda dos grandes conglomerados, para a comunidade brasileira, dando vazão aos princípios de justiça social que demarcam a ordem constitucional encetada em 1988.

Em outras palavras, é preciso compreender, tal como propõe Paulo Bonavides, o maior constitucionalista brasileiro, que o Estado contemporâneo despe-se das vestes liberais e torna-se um *Estado de justiça*, onde se acasalam o jurídico e o social. O Direito Constitucional transforma-se em uma sociologia ou jurisprudência da Constituição (2007, p. 477).

Assim, a Constituição amolda-se “às realidades sociais mais vivas”, às realidades sociais mais vivas que vivem não apenas do jurídico, mas de elementos extraconstitucionais, que a interpretação formalista insiste em ignorar (Bonavides, 2007, p. 480).

Não se pode esquecer de que as novas metodologias constitucionais, que acasalam o jurídico ao social, são importantes nos países que ainda não resolveram a questão social. A interpretação da Constituição difere nos países desenvolvidos e nos países em desenvolvimento. Nestes últimos, os novos métodos assumem capital importância, para estabilizar os sistemas políticos: o Estado de Direito se compadece, assim, com o Estado Social (Bonavides, 2007, p. 487).

5 ARGUMENTOS DE DIREITO CONSTITUCIONAL

Firmou-se que o direito do consumidor é um direito fundamental, nos termos do que dispõe o art. 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal. Enganam-se os que pensam tratar-se de simples conflito privado de interesses, a governar-se pelas veredas do direito privado.

As multas coercitivas ou cominatórias visam a efetivar a jurisdição, que, por sua vez, é compromissária com a garantia dos direitos fundamentais.

Nessa ordem de ideias, ao contrário do que fez o STJ, o problema da limitação das multas coercitivas ao teto dos Juizados não há de resolver-se com o concurso apenas dos dispositivos legais da Lei nº 9.099/1995. A interpretação sistemática é pobre, incapacitante, desvirtuada, inútil e incompleta.

A Constituição Federal previu os Juizados Especiais (CF, art. 98, inciso I) exatamente para que os litígios de menor complexidade fossem resolvidos.

Por menor complexidade não quis o legislador dizer insignificantes. Tanto é que a maioria da população busca, hoje, seus direitos no sistema dos Juizados. Direitos, em geral, dos economicamente débeis contra os economicamente poderosos. O problema, pois, é de distribuição de renda, de consolidação dos objetivos constitucionais de conduzir as estruturas sociais para uma ordem justa e solidária, com menos desigualdades sociais (CF, art. 3º, incisos I e III).

Assim, uma coisa é reservar aos Juizados os litígios de até 40 salários-mínimos, até mesmo para que as demandas menos complexas, que interessam à maioria dos membros da comunidade, possam ter uma solução com maior rapidez. Outra coisa, totalmente diversa, é fornecer os meios para que essa jurisdição, menos complexa, mas importante, funcione.

Para funcionar, é preciso dotar os juízes de mecanismos efetivos, de modo que a jurisdição seja soberana na efetivação dos direitos fundamentais.

É risível limitar-se a multa coercitiva a 40 salários-mínimos, quando a ordem judicial dirige-se a um grande conglomerado econômico ou financeiro. O que significa esse valor, para um conglomerado, como o Banco Santander, que detém um patrimônio de quase R\$ 500 bilhões, superior às riquezas de um país como o Chile?

A dignidade constitucional do Poder Judiciário exige dos seus membros que não se postem de joelhos ou de cócoras ao poder econômico e financeiro.

Se “só as grandes paixões são capazes de grandes ações” (Machado de Assis), só um Poder Judiciário forte será forte o bastante para garantir a fortaleza dos direitos fundamentais.

Se o direito do consumidor é direito fundamental previsto expressamente na Constituição (CF, art. 5º, inciso XXXII)², se os Juizados Especiais Cíveis são uma temática constitucional (CF, art. 98, inciso I), como devem ser tratadas as multas coercitivas, que visam a dar concreção ao direito fundamental dos consumidores e a lançar raios solares que mantêm acesa, viva e robustecida a força dos Juizados Especiais Cíveis?

Segura, indisfarçável e incontornavelmente, as multas coercitivas são mesmo um problema de direito constitucional e devem ser resolvidas pelos métodos e princípios que a hermenêutica constitucional oferece.

Quanto aos métodos, a problemática acabou sendo resolvida por meio do *método pluriestrutural*, como algo novo a sustentar que as multas coercitivas possam ultrapassar a alçada dos Juizados.

Quanto aos princípios, acode a favor da nossa tese o *princípio da máxima efetividade* ou *princípio da eficiência* e o *princípio da força normativa da Constituição*.

O *princípio da máxima efetividade* – tanto no seu enunciado quanto na sua consequência – socorre o ponto de vista de que a multa coercitiva possa ultrapassar o teto dos Juizados.

No enunciado, quer ele dizer que “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê” (Canotilho, 2003, p. 1224).

Retirar da jurisdição a força efetível de suas decisões significa transformar os Juizados e o direito fundamental dos consumidores em figuras esqueléticas, maltrapilhas, como as barbas brancas e encardidas do velho maltratado pelo tempo, aquele tempo do lucro, do lucro que é o verme que corrói as sociedades atuais e ao qual se ajoelham os poderes estatais constituídos, mergulhados em uma subserviência humilhante, a que se punham os escravos aos senhores, com a diferença de que a escravidão dos escravos era forçada, a escravidão dos poderes, uma escravidão terrível e despidamente voluntária.

Já, na consequência, o *princípio da máxima efetividade* liga-se aos *direitos fundamentais*, de modo que “no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais” (Canotilho, 2003, p. 1224). Não poderia, pois, o STJ reunir a interpretação para o âmbito interno da Lei nº 9.099/1995, naquilo que os Ministros chamaram de interpretação sistemática. Era preciso considerar, isto sim, o Juizado e os direitos dos

² Relembre-se de que as causas de consumo são as que habitam com maior frequência os Juizados Especiais Cíveis, como já se disse em linhas anteriores.

consumidores como institutos previstos em normas constitucionais - o primeiro, como mecanismo efetível de direitos fundamentais; os segundos, como verdadeiros direitos fundamentais. Logo, na dúvida, e como dúvida há, a interpretação deveria pender para o lado dos direitos fundamentais, e não para o rumo dos violadores desses direitos.

O *princípio da força normativa da Constituição*, por sua vez, quer dizer que, na solução dos problemas jurídico-constitucionais, é preciso escolher os pontos de vista que contribuam para uma eficácia ótima da Constituição (Canotilho, 2003, p. 1226). Ora, se a multa coercitiva abaixo do teto erode o sistema dos Juizados e o direito dos consumidores, o entendimento do STJ a respeito destrói referido princípio hermenêutico, tornando uma folha de papel, um emaranhado de programas sem força normativa, ou um simples catálogo poético a Constituição.

Em suma, a hermenêutica constitucional, com seus princípios da efetividade e da força normativa da Constituição, abraça a tese de impossibilidade da limitação da multa diária ao teto dos Juizados Especiais Cíveis, exatamente ao dotar de mecanismos efetivos a jurisdição.

6 A QUARTA TURMA DO STJ E A SUBSERVIÊNCIA DA JURISDIÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS AO NEOLIBERALISMO - A FILOSOFIA DA CONSCIÊNCIA AINDA IMPREGNADA NA CABEÇA DE ALGUNS DOS MINISTROS

Os Juizados Especiais Cíveis foram criados para ser uma jurisdição célere e *eficaz*, com vistas ao acesso à justiça por meio da maioria da população brasileira que não tinha como dispor da acessibilidade ao Poder Judiciário (Silva Woff, 2004, p. 146).

Eficaz, no caso, quer dizer, portanto, possibilidade de tatear a justiça. Tatear a justiça não é a faculdade simples de o cidadão dirigir-se a sua reclamação ao balcão dos Juizados Especiais.

Além do aspecto procedimental, da organização da máquina administrativa para receber o reclamo das pessoas, a eficácia dos Juizados aponta para a necessidade de resolver a problemática social apresentada.

Ora, pois: Como situar a interpretação sistemática, interna, descontextualizada, alheia à Constituição Federal, promovida pela 4ª Turma do STJ, no âmbito da limitação às multas coercitivas? Como considerar essa postura desconectada como algo garantidor dos direitos da maioria da população do

País? É possível situar esse passivismo judicial em algum paradigma da filosofia do Direito? Esse passivismo não serve exatamente ao neoliberalismo?

Em termos de filosofia do direito, é preciso passear pelos paradigmas da filosofia, tomando como paradigma aquele modelo teórico que orienta a ciência e a pesquisa, engessando o modo de ver o mundo (Alves, 2013).

No paradigma do ser, a abordagem caracteriza-se pelo olhar *metafísico do mundo*. A metafísica pensa a natureza última, a realidade essencial das coisas, servindo de base ao jusnaturalismo.

Já, no paradigma da consciência, as elucubrações deslocam-se do ser para o sujeito. Essa concepção, que aparece no começo da Modernidade, passa também por Kant, com o imperativo categórico (a ação moral legítima é universal) (Alves, 2013).

É certo que o paradigma do ser remete o direito natural à divindade, à lei dos deuses, ao passo que o paradigma da consciência justifica os direitos naturais na razão, sem a necessidade de recorrer-se a Deus (Alves, 2013).

Mas ambos têm em comum o seguinte: a justificação sempre parte do pressuposto da abstração e da generalidade. Para uns, Deus; para outros, o sujeito abstrato, totalizante, geral, alheio à problemática encontrável no interior dos corpos sociais.

A realidade social, com suas ebulições, conflitos de classe, supressões de direitos, passa despercebida pela filosofia do direito. As ideias totalizantes, abstratas e gerais servem para qualificar os interesses das classes dominantes como interesses universais, que se confundiriam com os interesses até mesmo das classes exploradas.

Ocorre que a libertação do homem não é um ato de pensamento, ou de consciência, mas sim um ato histórico. Depende de que se analisem as *condições materiais* de existência. Não é ato de autoconsciência. Sem condições de sobrevivência material adequada (alimentação, vestimenta, etc.), o homem não é livre (Marx e Engels, 2007, p. 29).

Se não é ato de consciência, não é filosofia da consciência, não é uma concepção geral e abstrata alheia à historicidade das relações sociais. A libertação dos homens é, ao contrário, algo palpável, que depende das condições materiais em que se forjam as forças vivas da sociedade, os conflitos entre pobres e ricos, entre capitalistas e operários, entre desempregados e senhores donos das multinacionais.

As ideias gerais e abstratas da filosofia da consciência visam, nesse sentido, a assegurar os interesses das classes sociais dominantes. São gerais e abstratas, exatamente para tornarem-se as ideias de todos, como se de todos fossem, como se a todos realmente interessassem. Ganham, então, autonomia, despregam-se da realidade social, onde os conflitos de classe e os interesses opostos das classes entram em ebulição permanente.

Se considerarmos autônomas as figuras das ideias dominantes, em relação à própria classe dominante, estaremos a desconsiderar as condições materiais em que surgiram tais ideias. Daí surgirão *conceitos e ideários abstratos* – na aristocracia, eram os conceitos de honra, fidelidade, etc.; na burguesia, de liberdade, igualdade, etc. Isso é imaginado pela própria classe dominante e essas ideias abstratas ganham e assumem uma conotação de *universalidade*. Assim, a nova classe que assume o poder apresenta seus próprios interesses como sendo o interesse de todos e de modo tal que tal interesse assuma a forma universal (Marx e Engels, 2007, p. 48).

A 4ª Turma do STJ, ao promover a interpretação sistemática, se não se valeu de elementos divinos típicos do paradigma do ser, ocupou-se do superado paradigma da consciência. Realçou o sujeito, ao sujeitar-se à razão, à razão *universal e abstrata* encontrável na interiorização do Direito, na sua concepção pura kelseniana, desimpregnada não apenas de valores, mas também, e o que é pior, de componentes encontráveis na realidade social.

O refinamento da teoria do direito, as suas interpretações marcadas pela subsunção e sistematização, veste-se da ideia grave de que o Direito não pode produzir transformações sociais.

A interiorização do Direito, por meio da interpretação sistemática e subsuntiva, nada mais é do que o realce à razão universal, da razão da classe dominante que se tenta impor como a razão de toda a sociedade. Daí a crítica que se deve empreender à filosofia da consciência, que justifica a redução do Direito para os círculos que o demarcam.

É o volver-se para o interior de si, para se desocupar do exterior a si. É alhear-se aos conflitos sociais, para manter-se no campo da higidez e do conservadorismo qualquer tentativa de modificação das estruturas sociais, justificando-se a postura como algo que diga aos interesses de toda a população.

Se o Poder Judiciário não quer fornecer o emplasto para aliviar a nossa melancólica humanidade, se não precisa supeditar o medicamento sublime anti-hipocondríaco (Assis, 1991, p. 15), o mesmo Judiciário, mais precisamente a

4ª Turma do STJ, precisava justificar o seu discurso, em uma postura marcadamente aética de fazer ciência jurídica, sem tocar a problemática social, valendo-se de expedientes internos ao Direito que anunciam uma pretensa razão universal, geral e totalizante.

Em outras palavras, o que fez o STJ, ao alhear o discurso da ebulição social e da luta de classes, elevando à universalidade a figura do sujeito e da razão, foi seguramente dar segurança ao capital, ao neoliberalismo, esse que é a nova bíblia que edifica a formação e o fortalecimento dos grandes conglomerados econômicos e financeiros, na atual quadra da globalização mundial.

A justificação interna do direito, com o auxílio filosófico do *paradigma da consciência*, é a razão universal assecuratória da segurança jurídica, um valor qualificado como universal, interessante a todos, mas que, na configuração atual, visa apenas a robustecer o capital. Da segurança jurídica que garante o passeio do capital pelas ondas e desgraças do mundo. Do capital cujas forças produzem ondas, ondas rompedoras do mínimo de tessitura social que assegurava os direitos fundamentais das pessoas.

Na atual fase do neoliberalismo, sucedâneo do Estado de Bem-Estar Social, que se abeberou de alguns aspectos do socialismo para sobreviver-se às lutas sociais das classes trabalhadoras, a ideologia dominante precisa de teorias que mantenham hígido o sistema social que edifica o capitalismo.

Teorias são diariamente produzidas a mancheias, nos diversos campos do conhecimento humano, inclusive na seara jurídica.

Mas as várias teorias, exuberantemente bonitas, cheias de vida, de vida morrida, e não daquela vida vivida que poderia ensejar a garantia efetiva dos direitos fundamentais, essas várias teorias têm algo em comum, não obstante a diversidade e criatividade na adoção de pomposos nomes que superficialmente as distinguiam.

As várias teorias, pois, valem-se de certos conceitos, *que não buscam modificar a estrutura social que edifica o capital*. Trata-se de limites indisponíveis, que só seriam modificados se se rompesse radicalmente com o *modo de distribuição e produção* (Mészáros, 2009, p. 10).

É que os sistemas de pensamento que emergem ao longo da história e que corroboram a perspectiva do capital constituem um *conjunto encadeado de determinações conceituais*. Tais determinações conceituais, nas quais se expressam os sistemas de pensamento, traduzem-se em ideologias. A *tendência ao formalismo*

é uma das características metodológicas utilizadas para a manutenção do capital, com a conseqüente *determinação negativa da filosofia e da teoria social*. Todas essas características são utilizadas pelos intelectuais que *pensam a partir do capital* (Mészáros, 2009, p. 10 e 11).

Nessa ordem de ideias, o que se nota na interpretação sistemática redutiva que a 4ª Turma do STJ promoveu, senão um conjunto encadeado de determinações conceituais, tendentes ao formalismo, com desprezo à filosofia e à teoria social?

Exatamente para atuar-se nos lindes do capital, fortalecer o neoliberalismo e o poderio econômico-financeiro dos grandes conglomerados, o inimigo número um dos direitos fundamentais sociais, do meio ambiente e da vida.

Por que o neoliberalismo aliou-se ao paradigma filosófico da consciência?

Para justificar o seu discurso de manutenção do *status quo* capitalista, o STJ precisava lavar suas mãos. Lavou as mãos ignorando o neoliberalismo e os problemas sociais dele decorrentes. Para tanto, produziu uma teoria conceitualmente refinada, limitada aos lindes abstratos da interpretação sistemática à Lei nº 9.099/1995.

Ignoraram, os Ministros, que os Juizados Especiais Cíveis são os meios para assegurar o direito da maioria das pessoas em demandas menos complexas, mas muito importantes para promover o acesso à justiça e a redução das desigualdades sociais.

A *eficácia* dos Juizados, portanto, na interpretação conceitualista e rasteira, caiu por terra como um frágil castelo de cartas.

Neste País saído da escravidão dos senhores para entrar na escravidão do capital, seria preciso que os bacharéis continuassem a justificar ideologicamente os rompantes dos seus corrompidos patrões, os patrões que ontem se valeram da concentração do latifúndio, para hoje se abeberarem na água poluída da concentração do capital.

Daí que toda modificação nas estruturas brasileira não afetou a maioria da população. O aburguesamento dos elementos colonialistas latifundiários não se acompanhou da formação de um proletariado forte, de modo que a grande massa continuou desconsiderada nos seus direitos fundamentais mínimos.

É certo que os móveis capitalistas da grande lavoura – principalmente a ligada ao café – permitiram o rompimento ao estatuto colonial e a criação do

Estado Nacional brasileiro. Daí o desenvolvimento urbano e a expansão de novas atividades econômicas (Fernandes, 2005, p. 44).

Com a expansão da grande lavoura em moldes capitalistas, o senhor de engenho saiu do isolamento das fazendas e passou a operar, também, nos meios urbanos. Em palavras simples: “Aburguesou-se”. Paralelo a isso, surgiram novos tipos humanos, ligados direta ou indiretamente aos negócios, com uma mentalidade capitalista. Isso tudo sacudiu o imobilismo, nota específica da então sociedade aristocrática. Esses novos tipos humanos vão impulsionar a “revolução burguesa”, *sem, contudo, fazer a defesa implacável dos direitos dos cidadãos*. Daí que a *modernização não veio acompanhada pela superação dos componentes do mundo colonial* (Fernandes, 2005, p. 45 e 46).

Assim, não obstante a criação de um gérmen de Estado nacional, de uma certa *modernização*, o País, antes preso às amarras coloniais, transferiu os centros do poder ao *capital*. As estruturas coloniais deslocaram-se de Portugal para os detentores do capital (Inglaterra), de tal forma que a engrenagem social brasileira, agora dita moderna, continuou com o seu *status* concentrador inalterado.

No século XX, mormente após a 2ª Guerra Mundial, a modernização acentuou-se, para aliar-se agora ao *neoliberalismo*. Um neoliberalismo que não mexeria na luta de classes, antes a acentuava, com uma modernização capitalista ainda mais concentradora no Estado incontornavelmente ligado aos grandes conglomerados econômicos e sociais.

Para compreender o neoliberalismo, é preciso saber o que é o Consenso de Washington. Os arquitetos deste último foram os senhores da economia privada – em geral, empresas gigantescas que controlam a maior parte da economia internacional. Após a 2ª Guerra Mundial, os EUA detinham mais da metade da riqueza mundial. O Consenso de Washington veio para assegurar esse poder, tanto que países nacionalistas e “radicais” da América Latina foram tidos como tais aqueles que investiram na melhoria das condições de vida de seu povo. Foram elevados à categoria de inimigos do investimento privado, como constatarem documentos secretos agora disponíveis (Chomsky, 2006, p. 22 e 23).

A agenda neoliberal, que brota do Consenso de Washington, e que visa a assegurar o poderio econômico-financeiro das grandes empresas multinacionais, a maior parte deles com sede nos EUA, é a seguinte: privatizações em massa, redução de direitos sociais, invasão do setor privado em campos antes restrito ao Estado (educação, saúde, previdência), diminuição do Estado no tocante aos investimentos sociais (para sobrar dinheiro a emprestar aos grandes

conglomerados), ausência de limites ao fluxo do capital entre os países. O resultado: aumento da miséria e desigualdades sociais e acentuado crescimento da concentração de renda.

Juristas mais voltados ao campo progressista conceberam na década de 90 os Juizados Especiais Cíveis, em um momento em que o assanhamento do capital era mais capital no cenário econômico do País, com as privatizações avançando sobre o Estado e a riqueza nacional.

A luta de grupos econômicos desfavorecidos contrapunha-se ao avanço capitalista sobre os direitos sociais. O estrangulamento do Estado de Bem-Estar Social marcou o aviltamento do Poder Judiciário, com poucos investimentos para promover o acesso à justiça à maioria da população.

Não obstante, a Constituição, um pouco antes, em 1988, antevia a necessidade de superar formalismos, no intuito de permitir aos jurisdicionados o acesso não apenas à máquina judiciária, mas aos caldos gostosos da justiça social.

Com a desburocratização da justiça, promovida pela criação dos Juizados, a população procurou a máquina judiciária no intuito de os problemas sociais, irresolvíveis pelas instâncias políticas, serem talhados pelo Poder Judiciário.

Os juízes dos Juizados, mais próximos à população, perceberam que a jurisdição constitucional precisaria de muita força para superar o conúbio entre o neoliberalismo e as retrógradas estruturas sociais brasileiras.

A Lei nº 9.099/1995, que seria uma aliada da população, tornou-se sua inimiga. Os Ministros da Corte Superior, reunidos na 4ª Turma do STJ, conseguiram confirmar a assertiva de que “a realidade e a lei raramente se encontram, neste país de escravos legalmente livres, e quando se encontram não se cumprimentam” (Galeano, p. 50, 2010).

Foram firmes em debilitar os direitos sociais da grande massa populacional, ao mesmo tempo em que criaram mecanismos de fácil acesso dos conglomerados ao aparato jurisdicional, mormente naqueles casos repetitivos em que a massa avançava sobre os lucros dos conglomerados.

Causas não complexas que teriam de morrer nos Juizados começaram a perturbar o capital. Multas diárias elevadas, determinadas para efetivar a jurisdição dos Juizados, ao mesmo tempo que promoviam o cumprimento das decisões judiciais, tocavam o alimento dos grandes conglomerados, o lucro, aquele verme que corrói o corpo social e defeca o esterco necessário

para o crescimento imensurável das novas quadrilhas que concentram rendas incalculáveis.

Perturbando o capital, e tentando transferir renda da massa conglomerada para a massa despossuída, os Juizados incomodaram. Incomodaram ao ponto de suas demandas não complexas, tidas por insignificantes, terem de dispor de mecanismos processuais que facilitassem o salto, dos Juizados, para o STJ, Corte Superior que se ocuparia, apenas, das demandas mais relevantes.

Foi assim que, por meio do mandado de segurança e da reclamação constitucional, instrumentos processuais de fácil manejo, os conglomerados receberam um presente, um presente para destruir as atitudes progressistas de alguns juízes dos Juizados, um presente para consolidar as atitudes conservadoras da Corte Superior.

Com isso, a modernização brasileira, tão comum no caminhar histórico do País, deixou as amarras do colonialismo latifundiário para vitaminar uma nova amarra: a do capital, antes servido com o prato abundante dos neocolonialistas latifundiários, para agora tomar o suco refrescante do neoliberalismo, doutrina pós-moderna, bíblia dos novos barões e donos do mundo.

Os aliados do neoliberalismo estão, alguns, na Corte Superior. Precisavam de um discurso, interno ao Direito, lógico que pudesse mascarar o colonialismo brasileiro.

A filosofia da consciência, nesse sentido, é a ideologia jurídica, a máscara, o esconderijo, para que o acesso à justiça continue situado no terreno das fábulas.

Como é possível dizer que o neoliberalismo, para firmar-se como ideologia dominante, firmou um pacto com a filosofia do ser e com a filosofia da consciência? Como esse pacto refletiu-se sobre o estender do conhecimento humano, inclusive, e no que nos interessa, sobre o Direito? Como o neoliberalismo aliou-se à metafísica, à filosofia do ser?

É certo que se procedeu, em linhas anteriores, a uma separação entre o paradigma do ser e o paradigma da consciência. Naquele, o reinado da metafísica, da justificação em elementos divinos; neste, o predomínio da razão, do sujeito. Em ambos os casos, o elemento comum é a generalidade e a abstração, o conhecimento sem tocar a realidade social e os conflitos de classe que subjazem no interior da estrutura social.

Dada a similitude de características, nada impede que, nas características de generalidade e abstração, o paradigma do ser dê suas mãos ao paradigma

da consciência. Logo, muito embora a crítica vai-se voltar ao paradigma do ser (metafísica), essa crítica valerá também para a filosofia da consciência. Relembre-se que a interpretação sistemática, promovida pelo STJ, partiu da filosofia da consciência, conforme já se enunciou neste mesmo tópico.

Retomando, então: o neoliberalismo bebeu da água da filosofia da consciência – abstrata, geral, impossível com o contato com a realidade social (no campo do conhecimento humano, inclusive do Direito) – e também da água da filosofia do ser (no fortalecer as religiões, a metafísica).

A filosofia da consciência, no caso, tem os mesmos efeitos da metafísica (paradigma do ser), ou seja, ambas conduzem a um alto grau de refinamento e apuração científicos, suas teorias são limitativas, pois se reúnem no campo fechado do conhecimento que produzem.

Aqui, urge a distinção entre *metafísica* e *dialética*.

A *dialética* compreende a realidade como algo contraditório, em constante e permanente transformação. O pensador dialético mais radical da Grécia Antiga foi Héraclito de Parmênides (aproximadamente 540-480 a.C.): tudo existe em constante mudança, o conflito é o pai e rei de todas as coisas. Já Parmênides entendia que a essência das coisas era imutável, as mudanças são marginais e superficiais a essa essência. Esse pensamento – denominado de *metafísica* – prevaleceu sobre a *dialética* de Heráclito (Konder, 2012, p. 8).

É certo que a metafísica foi relevante para o estudo dos aspectos mais estáveis do conhecimento – embora relegasse aquilo que constitui a transformação, os aspectos mais instáveis dos corpos sociais. Ora, a metafísica prevaleceu, ao longo da história, porque correspondia às expectativas dos setores dominantes das sociedades divididas em classe, que não aspiravam as mudanças e que lançavam valores e conceitos que procurassem a imutabilidade das estruturas sociais (Konder, 2012, p. 9).

Durante o feudalismo, a dialética sofreu significativas derrotas. A sociedade era estratificada, não se permitia a ascensão social, as pessoas viviam e morriam dentro da classe social em que nasceram. O predomínio da metafísica se fundou na ideologia dominante produzida pela Igreja (Konder, 2012, p. 10).

Denis Diderot, filósofo iluminista, já compreendia, antes mesmo de Marx, que o ser humano é condicionado por um movimento mais amplo, influenciado pelas mudanças da sociedade em que vive. Se se muda o todo, muda-se o ser, o homem (Konder, 2012, p. 15). Eis a influência dialética sobre esse pensador das luzes.

Daí se nota que a *metafísica* forja uma visão de mundo bastante conservadora, ao passo que a *dialética* derrama-se sobre a constante e permanente transformação.

A metafísica (filosofia do ser) e a filosofia da consciência, em seus efeitos sobre as estruturas sociais, produzem o mesmo resultado: são conhecimentos abstratos, gerais, apurados cientificamente (a cientificidade da primeira é a divindade; da segunda, a razão). Ambas não tocam a realidade social, condenam a realidade social ao imobilismo, à conservação, mesmo que a realidade social seja marcada por ebulições sociais e revestida de elementos repressivos.

Por isso, o neoliberalismo aliou-se à filosofia da consciência, no campo do conhecimento científico (aqui, inclui-se o Direito), e à metafísica (filosofia do ser), no âmbito das religiões. Um tempo pós-moderno em que proliferam teorias jurídicas descompromissárias e religiões abastecidas com o ódio do preconceito e o verme do lucro.

O que significa essa aliança entre neoliberalismo, filosofia do ser e filosofia da consciência, em termos de Poder Judiciário, de entrega da justiça à população?

O povo assoma-se às portas da justiça, com ânimo de entrar, mas a porta da justiça, sempre e sempre, com o ânimo de não o receber.

As portas da justiça têm a vontade sempre candente de sacudir todas as misérias, ao ponto de fervê-las e esgotá-las, gastando-se tintas e criando-se teorias, sem afetar, nunca, o manhoso, teimoso, robustecido, cego e insensível coração do capital, a quem o Poder Judiciário presta sua humilhante subserviência.

É preciso, ao contrário, que a ciência e os cientistas (aqui incluo os lidadores do Direito) tomem consciência de si, no que concluirão que *a ciência é feita no mundo, e não de mundo* (Santos, 2006, p. 18).

O produzir ciência jurídica no mundo significa superar a filosofia da consciência da qual ainda se impregnam as consciências jurídicas alienadas, como forma de situar o País, em termos de acesso à justiça, não no paraíso neoliberal dos grandes bancos e multinacionais, mas no paraíso terrestre onde se digladiam os conflitos de classe, marcados por desigualdades sociais que a Constituição Federal de 1988 prometeu pelo menos diminuir.

CONCLUSÃO

Nestes tempos de neoliberalismo, peneira uma chuva triste, constante e ácida. Os céus de onde sai essa chuva formam-se do ideário neoliberal, que bebe a água conspurcada do capitalismo financeiro e monetarista.

Os céus escuros precisam de uma justificativa. A justificativa é a filosofia da consciência. As discussões jurídicas, então, reúnem-se nos limites dos céus.

Mas a terra, onde a chuva triste, constante e ácida jorra, não pode ser esquecida. É na terra, e não nos céus, onde os seres humanos, de carne e osso, celebram suas angústias.

Os Ministros da 4ª Turma do STJ entenderam que a multa coercitiva não pode ultrapassar o teto dos Juizados. Os argumentos dançaram a dança inóspita da razão universal, da onipotência do sujeito, do Direito ensimesmado e encastelado em um fechado castelo de cartas, em um castelo de cartas tão frágil quanto insensível aos problemas humanos.

Esses Ministros não se prestaram a contemplar os fenômenos sociais, muito menos a transformá-los. Os conflitos entre a massa da população brasileira e os grandes bancos e conglomerados transnacionais reduziram-se ao formalismo interno do Direito. Aos céus de onde jorra a chuva ácida. Não provou, a Magistratura, o pão da dor e o vinho da miséria. Não desceu a terra, pois concebeu os céus como o paraíso superior da filosofia da consciência.

A 3ª Turma do STJ, porém, compreendeu que era preciso morder o pensamento conservador. O neoliberalismo, a bíblia das grandes corporações, ataca as vísceras da população. As letras abundantes são a erudição do professor, assim como as multas diárias elevadas são o meio para a jurisdição dos Juizados exercitar-se. Tiremos os rudimentos intelectuais dos professores: os alunos ficam órfãos do saber. Tiremos o poderio das multas coercitivas: os jurisdicionados ficam órfãos de justiça.

Desnecessário gastar tintas para escrever teorias suntuosas. Basta despende alguns poucos minutos de compreensão, de sabença sobre a realidade social, para sair dos céus impróprios de onde desce caudalosa a chuva ácida e descer ao coração dos jurisdicionados. O problema dos jurisdicionados está na terra, onde cai essa chuva ácida dos conflitos sociais em constante ebulição. As teorias rasteiras, recheadas e impregnadas de um direito puro, devem desavergonhar-se de sua limitação.

É lá na erupção vulcânica da terra que a teoria do Direito deve depositar seus sedimentos.

A jurisdição constitucional dos Juizados tem de fazer-se respeitar para poder respeitar a população, de quem é servidora. Tem de se comprazer na crença de que o neoliberalismo é a bíblia dos que se guiam para o tortuoso caminho da injustiça. Tem de convocar as ideias que brotam, vivas, do conflito de classes sociais, da história sem fim que não se compadece com o fim da história proposto pelos teóricos que servem os conglomerados econômicos e financeiros nacionais e internacionais.

O problema da limitação à multa coercitiva ou cominatória é, pois, um problema de justiça. De justiça viva, penetrante, que enxuga, com a manga, as lágrimas que os olhos da miséria derramam. De justiça corajosa, não subserviente, que consegue perceber que os grandes conglomerados nunca jamais verteram uma lágrima sequer de sensibilidade, diante da pobreza e desigualdade que os neoliberais produzem sobre a terra.

O povo está farto de solidão. Não compreende os mecanismos do Judiciário a subserviência aos grandes, o rigor com os fracos. O povo está órfão de Direito. Recebeu de presente, da Constituição, os Juizados, para que a justiça pudesse chegar ao interior da Terra. Aguarda, agora, dos juízes, o prato de comida e o copo de água, o sabor concreto e palatável da justiça de verdade.

É chegado, pois, o momento de os juízes desembolsarem as teorias, fórmulas e discursos que justificam o poderio das classes dominantes. Esquecerem as fraseologias e as ornamentações, para penetrar o problema da vida, aquela vida vivida, acontecida, onde está o âmago da questão social.

A jurisdição constitucional exercida pelos Juizados Especiais Cíveis cairá na humilhação se ficar de cócoras ou de joelhos ao capitalismo nacional e internacional. E a chuva ácida dos céus, a chuva que não sai das mãos da natureza, mas dos pés do verme que vitamina o lucro, essa chuva continuará caudalosa, a penetrar a pele desnutrida da grande maioria da população do País.

O posicionamento da 4ª Turma do STJ deixará de cócoras a jurisdição; desprotegida, desnudada, desfigurada a Constituição; a massa popular, então, continuará nadando nos pântanos da injustiça social, senão pela ação dos conglomerados, também pela omissão da Magistratura, aquela que, antes de se comprometer em aplicar o Direito, deveria chegar o seu corpo na alcova aconchegante da justiça.

REFERÊNCIAS

ALVES, Elisa da Silva. Funcionalidade da argumentação jurídica compreendida sob uma perspectiva sócio-ontológica do direito. *Argumenta: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica*, Jacarezinho: Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, n. 17, p. 123 a 141, jul./dez. 2012.

ALVES, Fernando de Brito. Notas de Aula da Disciplina Filosofia do Direito do Mestrado em Ciências Jurídicas. Jacarezinho/PR: Universidade Estadual do Norte do Paraná, 17 maio 2013.

ASSIS, Machado de. *Memórias póstumas de Brás Cubas*. 16. ed. São Paulo: Ática, 1991.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Coimbra, 2003.

CHOMSKY, Noam. *O lucro os as pessoas?* 5. ed. Trad. Pedro Jorgensen Jr. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

FERNANDES, Florestan. *A revolução burguesa no Brasil*. Ensaio de interpretação sociológica. 5. ed. São Paulo: Globo, 2005.

FOLHA DE S. PAULO. Folha de S. Paulo, C1, 12 maio 2013.

GALEANO, Eduardo. *Memória do fogo*. O século do vento. Trad. Eric Nepomuceno. Porto Alegre/RS: L&PM, v. 3, 2010.

KONDER, Leandro. *O que é dialética*. São Paulo: Brasiliense, 2012.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*. Trad. Rubens Enderle, Nélcio Schneider e Luciano Cavini Martorano. São Paulo: Boitempo, 2007.

MÉSZÁROS, István. *Estrutura social e formas de consciência*. A determinação social do método. Trad. Luciana Pudenzi, Francisco Raul Cornejo e Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2009.

NOTÍCIAS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/webstj/institucional/biblioteca/clipping/2Imprimir.asp?seq_edicao=1977>. Acesso em: 14 maio 2013.

SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). *Conhecimento prudente para uma vida decente: um discurso sobre as ciências revisitado*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

SILVA WOFF, Haroldo Bernardo da. *Argumenta: Revista do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica*, Jacarezinho, Fundinopi/Centro de Pesquisa e Pós-Graduação (CPEPG), Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação (CONPESQ), Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, v. 1, n. 4, p. 146, 2004.

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO GARANTIDOR DA DEMOCRACIA: POSSIBILIDADE DE AMPLIAÇÃO DO DEBATE DEMOCRÁTICO ATRAVÉS DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS

CONTROL AS A TOOL CONSTITUTIONALITY GUARANTEE OF DEMOCRACY: POSSIBILITY OF EXPANDING THE DEMOCRATIC DEBATE THROUGH PUBLIC HEARINGS

Geisla Aparecida Van Haandel Mendes¹

Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais e Democracia das Faculdades Integradas do Brasil – UNIBRASIL

Ubirajara Carlos Mendes²

Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pelas Faculdades Integradas do Brasil – UNIBRASIL

RESUMO: Através do presente estudo pretende-se examinar se o controle de constitucionalidade desenvolvido pelo Tribunal Constitucional brasileiro se apresenta como instrumento capaz de garantir o desenvolvimento do processo democrático, com vistas à participação da sociedade civil na tomada de decisões em questões constitucionais importantes, por meio do diálogo social

¹ Especialista em Direitos Humanos pela Universidad Pablo de Olavide Sevilha/ES e em Direito do Trabalho pela Faculdades Integradas do Brasil – UNIBRASIL e Escola da Magistratura do Trabalho – EMATRA IX. Faculdades Integradas do Brasil – UNIBRASIL. Faculdade de Direito. Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia. Curitiba/PR. Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito Constitucional das Faculdades Integradas do Brasil – NUPECONST. Advogada. *E-mail:* geislahaandel@hotmail.com.

² Especialista em Direitos Humanos pela Universidad Pablo de Olavide Sevilha/ES. Aperfeiçoamento em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP. Professor da Graduação em Direito da Universidade Estadual de Ponta Grossa – UEPG. Universidade Estadual de Ponta Grossa – UEPG. Faculdade de Direito. Departamento e Direito Processual. Ponta Grossa – PR – Brasil. Faculdades Integradas do Brasil – UNIBRASIL. Faculdade de Direito. Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia. Curitiba/PR. Desembargador Federal do Trabalho do TRT da 9ª Região. Integrante do grupo de pesquisa Trabalho e Regulação no Estado Constitucional – GPTEC. *E-mail:* ubirajaramendes@trt9.jus.br.

possibilitado pela realização de audiências públicas jurisdicionais, em cotejo com a teoria da democracia deliberativa e da representatividade argumentativa do povo pelo Tribunal Constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Controle de constitucionalidade; debate democrático; sociedade civil; democracia deliberativa; representação argumentativa.

ABSTRACT: *The present study intends to exam in if the constitutional control developed by the Brazilian Constitutional Court comes as a capable instrument to assure the increasing in the democratic process, targeting the participation of civilian society in the making of important constitutional decisions, using a social dialogue enabled by the existence of jurisdictional public hearings, under the theory of deliberative democracy and the people's argumentative representation in the Constitutional Court.*

KEYWORDS: *Constitutional control; democratic debate; civilian society; deliberative democracy; argumentative representation.*

SUMÁRIO: 1 O controle de constitucionalidade como instrumento garantidor da democracia; 2 A legitimidade da jurisdição constitucional através da ampliação do debate democrático; 3 A ampliação do debate democrático promovida pela audiência pública nos termos de uma democracia deliberativa; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *1 Constitutionality control as an reassuring instrument of democracy; 2 Legitimacy of the Constitutional Jurisdiction through the expansion of democratic debate; 3 The expansion of the democratic debate through public hearings within a deliberative democracy; Final considerations; References.*

1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO GARANTIDOR DA DEMOCRACIA

Quando falamos em controle de constitucionalidade partimos da premissa de que a Constituição é entendida como a lei fundamental que rege a comunidade política em que vivemos, tratando-se de norma de hierarquia superior à qual todo ordenamento jurídico se encontra vinculado e do “filtro através do qual se deve ler todo o direito infraconstitucional”³ vigente no país.

³ “Compreendida como uma ordem objetiva de valores e como um sistema aberto de princípios e regras, a Constituição transforma-se no filtro através do qual se deve ler todo o direito infraconstitucional.” (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p 109)

Do sentido moderno de Constituição, proposto por Canotilho, “entende-se a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político”⁴.

Em um Estado Constitucional, a Constituição está acima de todo o ordenamento jurídico, sobretudo em razão de ser a portadora dos princípios fundamentais que caracterizam esse regime político, conferindo-lhe identidade no plano histórico-constitucional⁵.

Para além de simples instrumento limitativo dos poderes do Estado, conforme expõe Clèmerson Clève, a Constituição é de ser compreendida como um documento normativo do Estado e da sociedade, representando os movimentos e as conexões sociais e políticas que se desenvolvem em uma determinada formação social⁶.

Canotilho destaca que o constitucionalismo se apresenta como “técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos”⁷, de modo que, ao estabelecer as bases de um governo limitado em face dos direitos estabelecidos no texto constitucional, objetiva garantir os preceitos elencados pela comunidade como fundamentais, que devem ser seguidos inclusive no desenvolvimento do procedimento democrático que caracteriza nosso Estado Democrático de Direito.

⁴ O conceito de Constituição, segundo Canotilho, incorpora três dimensões fundamentais, a saber, “1) ordenação jurídico-política plasmada num *documento escrito*; 2) declaração, nessa carta escrita, de um conjunto de *direitos fundamentais* e do respectivo modo de *garantia*; 3) organização do poder político segundo esquemas tendentes a torná-lo um *poder limitado e moderado*” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 52 – grifos do original).

⁵ Conforme observa Maurizio Fioravanti, o processo de surgimento do Constitucionalismo desenvolvido ao largo do século XX pressupõe a supremacia e eficácia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico. Segundo explica, o chamado Estado Constitucional é compreendido como o modelo de Estado em que o ordenamento jurídico da sociedade é regido por uma constituição, cuja supremacia significa a subordinação de todos os atos emanados dos poderes constituídos e, por conseguinte, de toda a legislação infraconstitucional, às suas disposições. Para o autor, foi a entrada em vigor das Constituições Democráticas que legitimou o desenvolvimento desta nova forma de Estado, denominada de “Estado Constitucional” (FIORAVANTI, Maurizio. *Estado y Constitución*. In: FIORAVANTI, Maurizio (Org.). *El Estado Moderno en Europa*. Madrid: Trotta, 2004. p. 13-43).

⁶ CLÈVE, Clèmerson M. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 22.

⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 51.

As ações de controle de constitucionalidade se apresentam como principais mecanismos a serem instrumentalizados na defesa e na garantia da supremacia da Constituição, dentro de um Estado Constitucional garantístico, conforme preceituado por Canotilho.

Falar em garantia da supremacia da Constituição, mais do que buscar preservar seu corpo normativo, implica resguardar os preceitos fundamentais que a comunidade política pensa e sente como fundamentos essenciais que a identificam e caracterizam enquanto comunidade⁸. Eventual ofensa aos preceitos constitucionais importa em afronta direta à identidade da própria comunidade que a estabeleceu como norma fundamental de seu ordenamento jurídico e político; nesse sentido, portanto, o controle de constitucionalidade se apresenta como instrumento garantidor da própria democracia, por resguardar os princípios norteadores desta comunidade, sobretudo quanto aos procedimentos democráticos estabelecidos no texto constitucional.

A realização do controle ou da fiscalização da constitucionalidade dos demais atos infraconstitucionais parte, pois, deste pressuposto concernente à “consciência constitucional”⁹ da importância que a Constituição possui no ordenamento. Parte da “consciência da necessidade de garantia dos seus princípios e preceitos”¹⁰ por parte de toda a comunidade pertencente à ordem constitucional em questão.

Não olvidamos da discussão muito presente na doutrina no que concerne à tensão existente entre democracia e constitucionalismo¹¹; todavia, partimos

⁸ “Se compreende a expressão – *Constituição da República* – para exprimir a ideia de que a constituição se refere não apenas ao Estado mas à própria comunidade política, ou seja, a *res publica*.” (Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 88 – grifos do original)

⁹ CLÈVE, Clèmerson M. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 33.

¹⁰ Clève, *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 34.

¹¹ “A primeira ideia que vem à baila quando se fala em democracia é em governo da maioria, não obstante, apesar do voto majoritário ser considerado pedra fundamental na democracia representativa, o mesmo não é suficiente para garantir decisões corretas ou mesmo resultados justos e racionais, uma vez que o princípio majoritário não assegura igualdade política. Ou seja, o resultado voto majoritário representa a voz dos vencedores, não o bem comum, e a questão está em saber se apenas o procedimento democrático seria capaz de assegurar um resultado justo e correto para todos.

Por esta razão, nos Estados Constitucionais atuais, o governo da maioria deve conviver com os direitos das minorias, geralmente elevados à categoria de direitos fundamentais, já que o pluralismo e as minorias se fazem presentes, e todos, absolutamente todos, devem estar protegidos.

E é aí que está a tensão entre democracia e constitucionalismo, na medida em que este acaba por limitar a liberdade de deliberação dos representantes eleitos pelo povo, que, por sua vez, não

da premissa de que o estabelecimento de limites, no texto constitucional, aplicáveis à própria sociedade através do reconhecimento de direitos tidos como fundamentais, que a ninguém é dado ofender, objetivam em um plano maior o desenvolvimento do próprio processo democrático. O constitucionalismo, nesse sentido, garante o desenvolvimento da democracia¹², ou, ainda, nas palavras de Eneida Desiree Salgado, “a Constituição permite a democracia”¹³.

O Estado Constitucional, “para ser um estado com as qualidades identificadas pelo constitucionalismo moderno, deve ser um *Estado de direito democrático*. Eis aqui as duas grandes qualidades do Estado constitucional: Estado de *direito* e Estado *democrático*”¹⁴.

A Constituição deve, para além do regime dos direitos e das liberdades aplicáveis ao homem, afiançar o desenvolvimento de uma sociedade em que estes mesmos direitos e liberdades caminhem juntos com o princípio democrático¹⁵.

Para Estefânia Barboza, “se a finalidade de uma sociedade ‘é garantir o máximo de liberdade possível para os seres humanos’, o objetivo final de uma Constituição deve ser o de ‘assegurar às pessoas uma sociedade livre e democrática’”¹⁶.

podem elaborar leis que afrontem os direitos fundamentais das minorias, ou mesmo individuais, elencados na Constituição.” (BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 23-24)

¹² “Essa noção permite combinar os três elementos do constitucionalismo em um sistema de apoios recíprocos. O processo democrático, o respeito aos direitos individuais e a preservação da prática jurídica não se encontram em tensão, mas se complementam e fortalecem: a discussão moral, base do processo democrático, tem como pressupostos a autonomia, a inviolabilidade e a dignidade e gera uma constituição ideal de direitos densa que permite maximizar o valor epistêmico da democracia; assim também a proteção à prática constitucional assegura a eficácia das decisões democráticas e garante os direitos reconhecidos por essa prática e pelas decisões, bem como a discussão coletiva e o respeito aos direitos geram um consenso que promove a prática constitucional.” (SALGADO, Eneida Desiree. Princípios constitucionais estruturantes do direito eleitoral. Tese de Doutorado pela UFPR, 2010, p. 24).

¹³ SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e democracia*. Título por Tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 259.

¹⁴ Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 93 – grifos do original.

¹⁵ “O Estado Constitucional é ‘mais’ que o Estado de direito. O elemento democrático não foi introduzido somente para ‘travar’ o poder (*to check the power*); foi reclamado pela necessidade de legitimação do mesmo poder (*to legitimize State power*); [...] Só princípio da soberania popular segundo a qual ‘todo o poder vem do povo’ assegura e garante o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular.” (Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 100 – grifos do original)

¹⁶ Barboza, *Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia*, p. 52.

Segundo aduz, os direitos previstos pelo texto constitucional objetivam garantir o procedimento democrático, na medida em que estabelecem os limites de atuação do governo com vistas ao respeito e à garantia dos direitos fundamentais, não subsistindo qualquer antagonismo entre a garantia do constitucionalismo e o desenvolvimento da democracia¹⁷.

Trata-se de uma das principais funções da Constituição estabelecer os preceitos necessários ao desenvolvimento do regime democrático em observância aos direitos fundamentais estabelecidos em seu texto. Compete à Constituição, segundo Luís Roberto Barroso,

veicular consensos mínimos, essenciais para a dignidade das pessoas e para o funcionamento do regime democrático, e que não devem poder ser afetados por maiorias políticas ocasionais. Esses consensos elementares, embora possam variar em função de circunstâncias políticas, sociais e históricas de cada país, envolvem a garantia de direitos fundamentais, a separação e organização dos Poderes constituídos e a fixação de determinados fins de natureza política ou valorativa.¹⁸

Também constitui papel importante a ser desenvolvido pela Constituição o de garantir o pluralismo político, segundo as palavras de Luís Roberto Barroso:

Assegurar o espaço próprio do pluralismo político, representado pelo abrangente conjunto de decisões que não podem ser subtraídas dos órgãos eleitos pelo povo a cada momento histórico. A Constituição não pode abdicar da salvaguarda de valores essenciais e da promoção de direitos fundamentais, mas não deve ter, por outro lado, a pretensão de suprimir a deliberação legislativa majoritária e juridicizar além da conta o espaço próprio da política.¹⁹

¹⁷ Barboza, *Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia*, p. 52.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 112.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 82.

A atuação do Judiciário através das ações de controle de constitucionalidade surge com o propósito de proteger os direitos previstos nos texto constitucional, que, por sua vez, funcionam como limitadores da ação estatal. Nesse sentido, Estefânia Barboza explica que “os direitos de liberdade atuam como limites ao poder do governo, e o papel da jurisdição constitucional é justamente o de proteger esses direitos, ainda que seja contra o governo. Não há aí qualquer caráter antidemocrático, visto que os direitos de liberdade acabam por assegurar o processo democrático”²⁰.

A atuação da jurisdição constitucional, além de advir de opção do próprio poder constituinte originário, ao estabelecer no *caput* do art. 102 da CF/1988 que compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, decorre também de sua cooperação no processo de promoção dos direitos fundamentais e de defesa dos instrumentos democráticos de participação popular.

A atuação da jurisdição constitucional através do sistema de controle de constitucionalidade adotado pelo Brasil, chamado de sistema misto, prevê a possibilidade de controle concentrado (em abstrato) e controle difuso (em concreto) de constitucionalidade, circunstância que demonstra sua vocação democrática, seja pela possibilidade de utilização deste instrumento por minorias políticas visando à proteção de direitos previstos pela Constituição em face de atos dos Poderes Públicos que por ventura ofendam tais direitos²¹, seja pela possibilidade de ampliação do debate democrático em sede de controle concentrado de constitucionalidade quando do aceite de participação do *amicus curiae* ou, ainda, da realização de audiência pública com o intuito de ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria objeto da demanda²². Ao possibilitar a abertura do debate sobre questões constitucionais

²⁰ Barboza, *Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia*, p. 52.

²¹ “[...], o sistema de controle de constitucionalidade misto, tem no controle difuso a possibilidade de minorias políticas exercitarem seu poder de veto contra leis e atos administrativos editados pelos Poderes Legislativo e Executivo, invocando a Constituição de 1988, podendo-se afirmar que o controle de constitucionalidade é um dos maiores recursos disponíveis para as minorias políticas contra as decisões políticas majoritárias.” (BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law*. Tese de Doutorado pela PUCPR, 2011, p. 82)

²² “Mais do que isso, o que a prática está demonstrando é uma aproximação entre os institutos do *amicus curiae* e da audiência pública, tudo numa perspectiva de seu papel tanto como mecanismo de legitimação da decisão judicial quanto a busca, também, por parte do Supremo Tribunal Federal de um sistema de provimento de informações especializadas. Se esse é o rumo que a aplicação

à sociedade, o sistema de controle de constitucionalidade também se apresenta como instrumento garantidor da democracia.

A principal função de um Tribunal Constitucional, no excerto de Luís Roberto Barroso²³, está na proteção dos direitos fundamentais como garantia da própria democracia e não contra esta; a jurisdição constitucional, neste aspecto, “é um espaço de legitimação discursiva ou argumentativa das decisões políticas, que coexiste com a legitimação majoritária, servindo-lhe de ‘contraponto e complemento’”²⁴, demonstrando a funcionalidade democrática do controle de constitucionalidade exercido pela jurisdição constitucional.

Como ensina Paulo Bonavides, a Constituição é a casa da soberania e a justiça constitucional é a premissa democracia, conforme se verifica *in verbis*:

A Constituição é cada vez mais, num consenso que se vai cristalizando, a morada da justiça, da liberdade, dos poderes legítimos, o paço dos direitos fundamentais, portanto, a casa dos princípios, a sede da soberania. A época constitucional que vivemos é a dos direitos fundamentais que sucede a época da separação de poderes. Em razão disso, cresce a extraordinária relevância da jurisdição constitucional, ou seja, do controle de constitucionalidade, campo de batalha da Lei Fundamental onde se afiança juridicamente a força legitimadora das instituições. Em verdade, a justiça constitucional se tornou uma premissa da democracia: a democracia jurídica, a democracia com legitimidade.²⁵

dos institutos está a indicar, inevitável será uma leitura que os compreenda a partir não de uma perspectiva puramente processual, mas tendo em conta o seu potencial de abertura do exercício da jurisdição constitucional à construção de um modo de decidir efetivamente dialógico, que por essa característica reforce o signo da legitimidade das decisões para além da sempre citada representação argumentativa.” (VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Audiências públicas e ativismo*: diálogo social no STF. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 42)

²³ “Pois este é o papel de um tribunal constitucional, do Supremo Tribunal Federal, no caso brasileiro: proteger e promover os direitos fundamentais, bem como resguardar as regras do jogo democrático. Eventual atuação contramajoritária do Judiciário em defesa dos elementos essenciais da Constituição dar-se-á a favor e não contra a democracia.” (Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 377)

²⁴ Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 376.

²⁵ BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). *Revista Estudos Avançados*, São Paulo, v. 18, n. 51, maio/ago. 2004, p. 127. Disponível em: <<http://>

O controle de constitucionalidade possui este viés de promover o desenvolvimento do processo democrático, no sentido de realizar um controle eficiente dos atos infraconstitucionais, buscando uma atuação conjunta entre os poderes da República, nos termos da teoria dos pesos e contrapesos, em que o controle de constitucionalidade oferece o contrapeso necessário à garantia do respeito e da efetividade dos preceitos constitucionais.

2 A LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRAVÉS DA AMPLIAÇÃO DO DEBATE DEMOCRÁTICO

Conforme aduzido anteriormente, a atuação da Poder Judiciário no controle de constitucionalidade, além de representar opção do próprio constituinte originário, que fixou no *caput* do art. 102 da CF/1988 sua competência para a guarda da Constituição, também se apresenta como legítima pelo dever de garantir o respeito aos direitos fundamentais e dos critérios de participação democrática.

Constitui fundamento de legitimidade da jurisdição constitucional a proteção aos princípios estabelecidos na Constituição como os valores substantivos escolhidos pela comunidade política que a instituiu, e, nesse sentido, sua atuação se justifica na medida em que vise a promover a efetividade dos direitos fundamentais e o desenvolvimento de instrumentos e procedimentos que promovam a participação popular quando do processo de tomada de decisões.

O exercício de participação democrática pelo cidadão pressupõe a garantia e o respeito aos preceitos fundamentais estabelecidos pela Constituição que asseguram esta participação, a jurisdição constitucional possui papel fundamental nesta tarefa, na medida em que “o papel do direito e do Estado deve ser o de assegurar que cada pessoa possa viver sua autonomia da vontade e suas crenças”²⁶.

A jurisdição constitucional se apresenta como o remédio a ser aviado quando da edição de leis ou atos do Poder Público que violem os direitos fundamentais e os princípios estabelecidos pelo texto constitucional como norteadores de toda ação estatal, e nesse sentido pode ser conjurada por se tratar

www.scielo.br/scielo.php?pid=s0103-40142004000200007&script=sci_arttext. Acesso em: 3 out. 2012.

²⁶ Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 387.

de uma “representação argumentativa dos cidadãos”²⁷, na busca de soluções ao caso concreto que lhe é apresentado.

O sistema jurídico-normativo não é bastante em si mesmo, na medida em que não possui a solução para todos os casos possíveis. Embora as leis determinem os caminhos a serem seguidos, nem sempre é possível aplicar a técnica da subsunção dos fatos à norma, sobretudo em uma sociedade complexa e multicêntrica, de molde que a construção das decisões deve seguir um procedimento discursivo e argumentativo.

A atuação da jurisdição constitucional como representação argumentativa dos cidadãos, como proposta por Alexy²⁸, possui por base dois critérios: o primeiro refere-se à proximidade que possui com os objetivos de um procedimento discursivo também desenvolvido no processo político de criação das leis; o segundo considera que a decisão a ser proferida pela jurisdição constitucional deve ser “reconhecida pelos cidadãos em discussão e reflexão crítica como sua própria”²⁹.

A representação argumentativa³⁰ refere-se à aceitação pela população dos argumentos alinhavados pelas decisões do Tribunal Constitucional. Por se tratar de exercício de um poder estatal, a jurisdição constitucional somente possui legitimidade se estiver em sintonia com o princípio democrático, no sentido de que também representa o povo, ainda que não se trate de uma legitimação democrática direta, tal como se dá com o Parlamento. A representação do povo pelo Tribunal ocorre pela via argumentativa, no sentido de que os seus argumentos refletem a manifestação de uma decisão pública com ênfase ao discurso³¹.

Esta representação argumentativa confere legitimidade democrática às decisões proferidas pela Corte Constitucional, uma legitimidade que exige a aplicação do discurso como elemento ideal. Para que ocorra efetivamente a representação, “é necessário que o tribunal não só promova a pretensão de que

²⁷ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 3. ed. Org./Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 36.

²⁸ Alexy, *Constitucionalismo discursivo*, p. 36.

²⁹ Idem, p. 36.

³⁰ “Desse modo, a representação do povo pelo parlamento é, simultaneamente, volicional ou decisionista e argumentativa ou discursiva. A representação do povo por um tribunal é, por contrário, puramente argumentativa.” (Idem, p. 163)

³¹ Idem, p. 162-163.

seus argumentos são os argumentos do povo ou do cidadão”³², como também “um número suficiente de cidadãos precisa, pelo menos, em perspectiva mais prolongada, aceitar esse argumentos como corretos”³³.

As possibilidades de abertura ao debate democrático em sede de controle de constitucionalidade, como o que ocorre com a realização das audiências públicas, podem ser compreendidas como hipóteses de concretização desta representação argumentativa, ao se apresentarem como alternativas de aproximação com a sociedade civil e de promoção de diálogo social e, por conseguinte, de desenvolvimento de participação democrática.

A realização de audiências públicas no âmbito do Poder Judiciário foi prevista pelas Leis nº 9.868/1999 e nº 9.882/1999, que disciplinam o processo e o julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade, das ações declaratórias de constitucionalidade e das arguições de descumprimento de preceito fundamental.

Segundo a redação do § 1º do art. 9º da Lei nº 9.868/1999, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou, ainda, estabelecer uma data para a realização de uma audiência pública, com o fim de ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

O § 1º do art. 6º da Lei nº 9.882/1999, que trata da ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental, por sua vez, estabelece que o relator, se entender necessário, poderá requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou, ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

A realização de audiências públicas pelo Supremo Tribunal Federal é justificada pelos próprios Ministros³⁴ como instrumento de ampliação da

³² Alexy, *Constitucionalismo discursivo*, p. 164.

³³ *Idem*, p. 164.

³⁴ “Nós, do Supremo Tribunal Federal, queremos, com esta audiência, homenagear a própria sociedade civil organizada, que passa a contribuir constitutivamente, por certo, para a prolação de um julgado que repercutirá profundamente na vida de todas as pessoas, sabido que o Supremo Tribunal Federal é mesmo uma Corte, uma Casa de fazer destino, e destino brasileiro, e esse tema é paradigmático, emblemático para a realização desse tipo de audiência.” (Manifestação do Ministro Carlos Ayres Britto quando da realização da primeira audiência pública realizada pelo Poder Judiciário na ADIn

legitimidade da jurisdição constitucional, por se tratar de um mecanismo de realização de democracia participativa, face ao destacado potencial de aproximar a Corte Constitucional com a realidade vivida pela sociedade e de participação direta da sociedade civil no processo de controle de constitucionalidade.

A audiência pública, como forma de participação democrática, permite aos cidadãos que, individualmente ou mediante entidades representativas, expressem suas razões e opiniões em relação a assuntos de interesse público, em sede de controle de constitucionalidade, principalmente àqueles relacionados aos direitos fundamentais garantidos pela Constituição, possibilitando a defesa pela própria comunidade, de forma direta, de seus direitos mais fundamentais, pois serão os resultados obtidos da audiência pública que irão permitir a abertura do ângulo de visada do Tribunal e, desta forma, poderão influenciar a tomada de decisões com consequências diretas na realidade prática social.

Este instrumento, embora ainda persista a necessidade de maior desenvolvimento de suas potencialidades, posto que utilizado ainda de forma tímida pela STF, demonstra claramente sua capacidade de contribuir dialogicamente para o processo de formação da decisão judicial, porquanto, ao ampliar o espectro de debate sobre a questão constitucional, posta *sub judice*, implica na transferência ao julgador da responsabilidade de apresentação de um ônus argumentativo superior, em face de todas as informações prestadas durante as audiências públicas. Nesse sentido, o julgador deverá demonstrar, de forma discursiva e coerente, os motivos da adoção de determinada linha de pensamento à decisão a ser proferida.

A questão discursiva, conforme proposto por Alexy, pressupõe esta participação conjunta da sociedade na busca de melhores soluções para problemas complexos e que, por conseguinte, exigem uma racionalidade discursiva na aplicação do direito, “o discurso precisa do direito para obter realidade e o direito precisa do discurso para obter legitimidade”³⁵.

Certamente não existem respostas prontas para as diversas questões complexas que envolvem direitos a serem protegidos; contudo, nosso ponto de partida é sem dúvida a Constituição Federal, a partir da qual se deve dar

3510. Notas taquigráficas da ADIn 3510/DF, fls. 914. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=598460#60%20-%20Certid%E3o%20-%20de%20audi%EAncia>>. Acesso em: 4 out. 2012)

³⁵ Alexy, *Constitucionalismo discursivo*, p. 33.

a “filtração”³⁶ do ordenamento infraconstitucional, considerada a sua força normativa que atribui unidade e sentido ao ordenamento e em face do respeito à Constituição Federal que a representatividade argumentativa do Tribunal Constitucional deve ser fazer sentir.

A argumentação discursiva a partir de elementos apresentados ao operador do Direito pela própria comunidade por meio de um diálogo bidirecional³⁷ prestigia o esforço de ampliação do debate democrático no âmbito das ações de controle de constitucionalidade, com vistas a proporcionar uma ferramenta capaz de exigir coerência e razoabilidade e, nesse sentido, até mesmo de controle do poder decisório a partir da racionalidade exposta por meio de argumentos que devem ser apresentados em consonância com os ideais trazidos pela Constituição e, portanto, com os argumentos da própria população, posto que a Constituição é a emanção da vontade soberana do povo.

3 A AMPLIAÇÃO DO DEBATE DEMOCRÁTICO PROMOVIDA PELA AUDIÊNCIA PÚBLICA NOS TERMOS DE UMA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Segundo Carlos Santiago Nino, a democracia constitucional compreende a combinação do constitucionalismo com a democracia para formar um sistema de governo; esta conjunção, todavia, não é simples, “as tensões aparecem quando a expansão de democracia leva a um enfraquecimento do constitucionalismo, ou quando o fortalecimento do ideal constitucional implica em restrição do processo democrático”³⁸.

Nino registra que o relacionamento entre democracia e constitucionalismo depende primordialmente da interpretação que se faz do constitucionalismo, mas que em termos muito gerais, haveria a concordância de que constitucionalismo

³⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 46.

³⁷ “Se, como foi visto acima, a racionalidade no discurso jurídico é, em grande medida, a possibilidade de diálogo intersubjetivo, a segurança jurídica também é decorrência desse diálogo. Mas para existir diálogo é necessário um discurso bidirecional. Não apenas a comunidade jurídica recebe as decisões do STF (ou de outros tribunais), como também tem o dever de reagir a elas e cobrar coerência e consistência quando entender que os tribunais não estejam decidindo de acordo com seus precedentes. Insegurança jurídica esta intimamente ligada à ideia de decisão ad hoc, algo que só é possível quando não há controle, independentemente do método de interpretação e aplicação do direito e da teoria que subjaz a esse método.” (SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 150 – grifos do original)

³⁸ NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997. p. 13.

significa algo como “governo limitado”³⁹. Nesse sentido, apresenta uma ampla gama de significados ao constitucionalismo de acordo com sua densidade e robustez, salientando que, em um sentido mais robusto, o constitucionalismo reclama não somente a existência de normas que organizem o poder, que permaneçam inalteradas frente aos processos legislativos, mas que também requer estruturas específicas de procedimento e de conteúdos das leis que regulam a vida pública. De um lado, apresenta a dimensão democrática como o ideal de um processo político participativo em que todos possuem igual direito a se expressar no processo de tomada de decisões; de outro, se referindo a uma dinâmica libertária, está o ideal de um governo limitado, no qual nem mesmo a maioria poderia vir a afetar direitos individuais protegidos⁴⁰.

Os elementos do constitucionalismo que de modo mais forte representam os valores desta noção, segundo Nino, são a Constituição histórica, os processos democráticos de participação e a proteção aos direitos individuais⁴¹. O constitucionalismo exige a obediência da constituição histórica, por tratar-se do documento criado na fundação constitucional e interpretado através da história do país⁴²; sustenta, todavia, que as ações e decisões não podem ser justificadas sobre a base de normas positivas como na constituição histórica, mas sobre a base de razões autônomas, que são, no final das contas, princípios morais, e que estes estabelecem um grupo de direitos fundamentais⁴³. Os direitos individuais inseridos na Constituição são princípios de moralidade social, em última instância são direitos morais, derivados de princípios que possuem as propriedades de autonomia, finalidade, superveniência, publicidade, universalidade e generalidade⁴⁴.

O reconhecimento de proteção a tais direitos implica em uma limitação ao próprio procedimento democrático de deliberação, neste sentido explica Estefânia Barboza:

Nino busca, dessa maneira, um ideal de constituição de direitos, partindo de uma concepção liberal em que se protege o princípio da autonomia pessoal, o princípio

³⁹ Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, p. 15.

⁴⁰ Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, p. 18-19.

⁴¹ *Idem*, p. 26.

⁴² *Idem*, p. 30.

⁴³ *Idem*, p. 70.

⁴⁴ *Idem*, p. 73.

da inviolabilidade da pessoa e o princípio da dignidade da pessoa humana, os quais são derivados da prática social do discurso moral. Dessa forma, esses direitos – que podem ser considerados fundamentais – acabam por limitar o processo democrático desqualificando as decisões coletivas que os ignorem ou contrariem.⁴⁵

Partindo da premissa de que a principal função dos direitos individuais é conter as decisões majoritárias com o fim de proteger as pessoas individualmente consideradas e as minorias, no sentido de que certos direitos não podem ser violados, Nino acaba por admitir a proteção destes direitos fora do processo político, ou seja, por meio do controle de constitucionalidade⁴⁶.

Como explica Estefânia Barboza, a democracia deliberativa proposta por Nino ao permitir a proteção judicial de princípios de direitos fundamentais acaba por concordar com a atuação da jurisdição constitucional ao lado do princípio democrático⁴⁷.

Nino, então, admite o controle de constitucionalidade⁴⁸, dentro da democracia deliberativa, através de três exceções à regra de que a teoria epistêmica da democracia põe em questão o controle judicial de constitucionalidade, são elas: 1ª) para a garantia do próprio procedimento democrático⁴⁹; 2ª) para proteger a autonomia pessoal⁵⁰; e 3ª) para garantir a Constituição como uma prática social⁵¹.

⁴⁵ Barboza, *Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia*, p. 39-41.

⁴⁶ Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, p. 269.

⁴⁷ Barboza, *Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia*, p. 45.

⁴⁸ Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, p. 273.

⁴⁹ “Ora, quando Nino aceita o *judicial review* para proteger o processo democrático, excepciona diversos direitos fundamentais que garantem o processo democrático, como igualdade, liberdade, direitos políticos, etc., que, por dependerem de um julgamento de valores, levam ao enfraquecimento da própria teoria procedimental.” (Barboza, *Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia*, p. 42)

⁵⁰ “Ainda, na medida em que a segunda exceção aceita por Nino para atuação da jurisdição constitucional permite a revisão judicial para proteção da autonomia da vontade, impedindo que a maioria imponha à minoria ou aos indivíduos determinadas concepções de bem individual e frustrando a liberdade de autodeterminação individual e de escolha de concepções pessoais de bem, restringe-se o espaço de liberdade do processo democrático. Ou seja, não permite a deliberação democrática sobre esses direitos protegidos.” (Idem, p. 43)

⁵¹ “Já a terceira exceção aceita por Nino, para o *judicial review* – de garantir a Constituição como prática social –, consiste em tornar as decisões democráticas mais eficazes, assim a proposta de revisão

A justificativa apresentada para a atuação da jurisdição constitucional, segundo Nino, parte do pressuposto de que existem pré-condições necessárias à democracia e ao controle de constitucionalidade objetiva; nesse sentido, proteger tais pré-condições que são de imperiosa importância para assegurar a superioridade epistêmica do próprio processo democrático.

Notadamente, subjaz desta perspectiva o importante papel desenvolvido pelo controle de constitucionalidade visto que age na proteção do processo democrático, dos direitos individuais e das próprias práticas constitucionais, de modo que a contribuição dada pela jurisdição constitucional à democracia deliberativa e ao seu desenvolvimento com valor epistêmico superior está exatamente na defesa da democracia e dos direitos fundamentais por meio do compromisso de garantir o respeito à Constituição.

A abertura ao debate democrático em sede de controle de constitucionalidade, que pode ser viabilizado por meio das audiências públicas, se coaduna com o ideal da democracia deliberativa, posto que possibilita a inclusão da sociedade civil no debate de questões importantes para o desenvolvimento do ordenamento jurídico do país, principalmente quando se está a falar de direitos fundamentais previstos expressamente no texto constitucional.

Tal configuração permite um processo interpretativo ampliado, em que a jurisdição constitucional se aproxima da sociedade com vistas à promoção de um diálogo social em que se possa trazer ao mundo dos autos a realidade vivida pela população e que muitas vezes pode implicar em transformações constitucionais.

A legitimidade democrática das decisões judiciais buscada pelo Tribunal Constitucional pode ser alcançada por esta abertura ao debate como pressuposto para o desenvolvimento de discursos práticos racionais, capazes de conceder representatividade argumentativa à Corte Constitucional.

Conforme afirma Robert Alexy, se, por um lado, somente é possível a realização de uma democracia deliberativa através de discursos práticos racionais; de outro vértice, o ideal do discurso também somente pode ser efetivado pela via da democracia deliberativa, visto que, sob sua ótica, “quem quer correção, deve querer discursos; quem quer discursos, deve querer democracia”⁵².

judicial seria de preservar as práticas ou convenções sociais, principalmente como é o caso de uma Constituição histórica, sob pena de a lei democraticamente aprovada não vir a produzir efeitos na sociedade.” (Idem, p. 43)

⁵² Alexy, *Constitucionalismo discursivo*, p. 35.

Nesse sentido, a racionalidade discursiva é pressuposto da democracia deliberativa, conforme aduz Alexy:

O princípio do discurso exige a democracia deliberativa. A democracia deliberativa é mais do que um procedimento para a produção de uma compensação de interesses ótima abaixo do limite de ditadura ou guerra civil. Nela, o plano dos interesses e do poder é coberto por um plano de argumentos, no qual todos os participantes lutam por uma solução política correta. A democracia deliberativa pressupõe, desse modo, a possibilidade de racionalidade discursiva.⁵³

A realização de audiências públicas como um canal destinado a permitir que os cidadãos, individualmente ou mediante entidades representativas, expressem suas razões e opiniões acerca de assuntos de interesse público, como forma de participação democrática, amplia a possibilidade de participação no processo de interpretação constitucional⁵⁴, comunicando-se com a esfera da democracia deliberativa para aplicação da Constituição⁵⁵.

⁵³ Idem, p. 35.

⁵⁴ Peter Häberle propõe democratizar a interpretação constitucional através da hermenêutica constitucional pela sociedade aberta ou pluralista, bem como por todo aquele que vive a Constituição e, por isso, é um de seus legítimos intérpretes. Nesse sentido, amplia o círculo de intérpretes da constituição ao argumento de que se faz necessário integrar a realidade ao processo de interpretação, de tal forma que interpretar um ato normativo corresponde a colocá-lo no tempo ou a integrá-lo à realidade pública. Este processo de interpretação constitucional passa a fazer parte do direito de participação democrática (HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997).

⁵⁵ "Observa-se, na ordem constitucional brasileira, a ampliação da comunidade de intérpretes da constituição. Isso se justifica pelo fato de as decisões judiciais sobre questões constitucionais se darem, muitas vezes, dentro um amplo programa normativo, já que a norma constitucional, via de regra, se abre a diversas interpretações diferentes. A democracia deliberativa desloca a racionalidade de tais decisões do sujeito (Tribunal Constitucional) para o processo comunicativo, cujas condições são institucionalizadas, no caso, pelas normas do processo constitucional. A ampla possibilidade de participação no processo de interpretação constitucional tem justamente como função racionalizar e legitimar as decisões da Corte Constitucional. Como antes explicitado, a necessidade de justificá-las perante os demais participantes da interação comunicativa exige que se argumente com razoabilidade e reciprocidade." (SOUZA NETO, Claudio Pereira. Teoria da Constituição, democracia e igualdade. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto1129\(3\).pdf](http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto1129(3).pdf)>. Acesso em: 14 out. 2012)

Nesse sentido, a audiência pública se apresenta como aporte ao processo constitucional⁵⁶, tratando-se de instrumento que pretende não somente ampliar, como também pluralizar a participação no processo de tomada de decisões acerca de questões constitucionais.

A legitimação das forças pluralistas da sociedade para participar da interpretação constitucional reside no fato de essas forças representarem fração da esfera pública e da realidade constitucional. Em uma sociedade aberta e complexa o desenvolvimento da democracia se realiza por meio de formas refinadas de mediação do processo público, da pluralidade política, da práxis cotidiana, visto que a competência objetiva do “povo” para a interpretação constitucional também é um direito da cidadania.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Identifica-se a audiência pública realizada em sede de controle de constitucionalidade como instrumento de realização da democracia, na medida em que possui a capacidade de promover a ampliação do debate democrático, possuindo, ainda, a virtude de trazer ao âmbito do Poder Judiciário, formalista por sua essência, um pouco do contexto social, possibilitando a realização de conexões entre os fatos e os fundamentos, entre as leis e os direitos experimentados e vivenciados na realidade social.

Ainda que se considerem as dificuldades em volta do procedimento a ser adotado quando da instalação de uma audiência pública, e ainda que se discuta a efetividade dos resultados obtidos através de sua realização no âmbito do Judiciário e no âmbito do controle de constitucionalidade, não se pode negar o predicado referente à sua capacidade de abertura e sua potencialidade na promoção do diálogo, sobretudo da aproximação com a realidade social multicêntrica e multifacetária à qual as leis e todo o direito devem servir, buscando a plena realização das necessidades humanas.

⁵⁶ “O mundo do direito tem categorias, discurso e métodos próprios de argumentação. O domínio desse instrumental exige conhecimento técnico e treinamento específico, não acessíveis à generalidade das pessoas. A primeira consequência drástica da judicialização é a elitização do debate e a exclusão dos que não dominam a linguagem nem têm acesso ao *locus* de discussão jurídica. Institutos como audiências públicas, *amicus curiae* e direito de propositura de ações diretas por entidades da sociedade civil atenuam, mas não eliminam esse problema.” (Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 375)

O instituto processual das audiências públicas, previsto pelas Leis nº 9.868/1999 e nº 9.882/1999, embora não apresente a solução para todos os problemas que envolvem o controle de constitucionalidade, certamente possui potencial de contribuir progressivamente a que a sociedade retome o espaço público, deixando de ser simples espectadora a receber respostas prontas sem a possibilidade de emitir opinião. Contribui, nesse sentido, à construção e ao desenvolvimento da norma constitucional como um processo de diálogo social e cooperação entre os atores sociais, conforme propõe a democracia deliberativa e como impõe o constitucionalismo discursivo no que tange à efetiva representatividade argumentativa do povo pelo Tribunal Constitucional, tratando-se, pois, de instituto que sobreleva o controle de constitucionalidade a instrumento garantidor da própria democracia.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 3. ed. Org. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____. *Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law*. Tese de Doutorado pela PUCPR, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). *Revista Estudos Avançados*, São Paulo, v.18, n. 51, maio/ago. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0103-40142004000200007&script=sci_arttext>. Acesso em: 3 out. 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003

CLÈVE, Clèmerson M. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Para uma dogmática constitucional emancipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FIORAVANTI, Maurizio. Estado y Constitución. In: FIORAVANTI, Maurizio (Org.). *El Estado Moderno en Europa*. Madrid: Trotta, 2004.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997.

SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e democracia*. Tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____. *Princípios constitucionais estruturantes do direito eleitoral*. Tese de Doutorado pela UFPR, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOUZA NETO, Claudio Pereira. Teoria da constituição, democracia e igualdade. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto1129\(3\).pdf](http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto1129(3).pdf)>. Acesso em: 14 out. 2012.

VALLE, Vanice Regina Lírio et al. *Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. Disponível em: www.stf.jus.br.

A PROPOSTA DE PAGAMENTO PARCELADO COMO INSTRUMENTO DE REALIZAÇÃO DE DIREITOS NA EXECUÇÃO CIVIL: APLICABILIDADE AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA

THE INSTALLMENT-BASED DEBT REPAYMENT PROPOSAL AS A TOOL FOR ENFORCING RIGHTS IN CIVIL EXECUTION: APPLICABILITY TO THE SATISFACTION OF JUDGMENTS

Jaqueline Mielke Silva¹

Doutora e Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS

RESUMO: O princípio da duração do processo dentro de um prazo razoável como direito fundamental tem dado sustentação a todas as reformas que ocorreram no direito processual civil. A proposta de pagamento parcelado, introduzida na sistemática processual civil vigente pela Lei nº 11.382/2006, é um excelente instrumento de efetividade e celeridade do processo de execução, sendo resultado desse princípio. Em razão dessa circunstância, deve ser aplicada, subsidiariamente, ao cumprimento de sentença, pois, compatível com esse procedimento respectivo.

PALAVRAS-CHAVE: Duração; processo; proposta.

ABSTRACT: *The principle of the duration of a lawsuit within a reasonable time limit as a fundamental right has supported all the reforms adopted by the civil procedural law. The installment-based debt repayment proposal, introduced into the current civil procedural system by Law nº 11.382/2006, is an excellent tool for the effectiveness and speed of the execution procedure, resulting from this principle. Due to this circumstance, it must be applied, in a contributory manner, to the satisfaction of judgments, as it is consistent with this respective procedure.*

¹ Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC/RS; Professora dos cursos de pós-graduação *stricto sensu* e *lato sensu* da Faculdade Meridional - IMED; Professora da Faculdade Inedi - CESUCA; Professora em cursos de pós graduação da Universidade de Caxias do Sul - UCS, Universidade de Santa Cruz - UNISC, Universidade Ritter dos Reis - UNIRITTER, Universidade de Chapecó - UNOCHAPECÓ, Faculdade IDC, dentre outras; Professora na Escola Superior da Magistratura do RS - AJURIS, Escola Superior da Magistratura Federal - ESMAFE, Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP, Fundação Escola Superior da Magistratura do Trabalho - FESDEP; Advogada no RS.

KEYWORDS: *Duration; lawsuit; proposal.*

SUMÁRIO: 1 O princípio da duração do processo dentro de um prazo razoável e sua aplicabilidade na execução civil; 2 O direito processual civil como instrumento de realização de direitos: realidade social x instrumentalidade; 3 A proposta de pagamento parcelado da dívida prevista no artigo 745-A do Código de Processo Civil; 4 Da aplicabilidade da proposta de pagamento parcelado no cumprimento de sentença; Referências.

SUMMARY: *1 The principle of the duration of a lawsuit within a reasonable time limit and its applicability to civil execution; 2 Civil procedural law as a tool for enforcing rights: social reality x usefulness; 3 The installment-based debt repayment proposal under article 745-A of the Civil Procedure Code; 4 Applicability of the installment-based debt repayment proposal to the satisfaction of judgments; References.*

1 O PRINCÍPIO DA DURAÇÃO DO PROCESSO DENTRO DE UM PRAZO RAZOÁVEL E SUA APLICABILIDADE NA EXECUÇÃO CIVIL

A Emenda Constitucional nº 45/2004 introduziu o inciso LXXVIII no art. 5º da Carta Magna, que prevê o princípio da duração do processo dentro de um prazo razoável como direito fundamental. Assim, a lei processual civil brasileira deve ter como escopo e fundamento esse respectivo princípio, ajustando-se com mecanismos de implementação da celeridade processual e de adaptação do procedimento. Após essa alteração legislativa, várias reformas na legislação processual civil foram implementadas de modo a reduzir o tempo de duração do processo. Do mesmo modo, pode-se afirmar existirem alternativas no sistema atual para resolução mais célere dos processos, como, por exemplo, os Juizados Especiais Cíveis, o procedimento sumário, a arbitragem, a tutela de urgência.

Todavia, não bastam apenas alterações legislativas. É preciso também que os operadores do direito implementem a aplicação desse princípio. Talvez esta seja a tarefa mais complicada, por exigir o comprometimento da sociedade com um processo mais célere e efetivo. Trata-se de uma questão complexa, pois os valores culturais do cristianismo tiveram influência decisiva em nossa formação jurídica, como, por exemplo, a universalização da ação condenatória e a supressão das ações executivas do direito germânico medieval. Ovídio Araújo

Baptista da Silva² ensina que o direito romano cristão – do qual somos herdeiros – “seguiu a orientação geral da evolução do fenômeno jurídico, a partir das formas e instrumentos severos e muitas vezes brutais do direito primitivo, orientando-se sempre no sentido de proteção do devedor, ou do demandado em geral. [...] Este é o direito que nos foi legado pela Idade Média, um direito romano plasmado segundo os princípios e a moral da Igreja”.

Ou seja, a nossa herança de séculos é a tradição romano-canônica, que se orienta no sentido de proteção ao réu. É certo que temos hoje no sistema processual civil diversos mecanismos que reduzem a desproporção autor-réu no processo civil. Entretanto, como a formação de nossos operadores tem influência da tradição romano-canônica, não são raros os casos em que esses mecanismos são vistos com desconfiança e aplicados moderadamente pelo Poder Judiciário. Na verdade, é preciso uma mudança nessa “mentalidade”.

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem já demonstrava, há mais de 50 anos, a importância de que o julgamento das causas judiciais fosse dotado de mecanismos que permitissem uma demora que não ultrapassasse aquela estritamente necessária, nos exatos termos do art. 6º, § 1º, *verbis*: “*Diritto ad un processo equo. 1. Ogni persona ha diritto ad un’equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole, [...]*”. O art. 34 desse mesmo texto legal prevê a possibilidade de recurso de qualquer cidadão, organização não governamental ou empresa privada, em decorrência de infração de qualquer direito nele reconhecida, bem como estabelece que os Estados não devem obstaculizar o exercício desta opção. Esses dispositivos legais, combinados com o art. 41, abriram a possibilidade de os cidadãos pleitearem diretamente junto à Corte Europeia indenização decorrente dos prejuízos advindos da duração exagerada do processo na Itália³.

O art. 111 da Constituição da Itália também trata do tema: “*La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge*”. Ao comentar esse dispositivo do Texto Constitucional italiano, leciona Nicolò Trocker⁴ que “*giusto é il processo che si svolge nel rispetto dei parametri fissati dalle norme costituzionali e dei valori condivisi dalla collettività. E tale é il processo che si svolge davanti ad un giudice*”.

² SILVA, Ovidio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 96.

³ SACCUCCI, Andréa. In tema di durata ragionevole dei processi. *Rivista di Diritto Processuale*, 2000. p. 215.

⁴ TROCKER, Nicolò. Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il “giusto processo” in matéria civile: profile generali, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, p. 386, 2001.

impaziale nel contraddittorio di tutti gli interessati in un tempo ragionevole, come appunto stabilisce l'art. 111 Cost'. Diante da necessidade de introduzir uma lei específica no ordenamento interno italiano sobre o dever de indenizar aquele que venha a sofrer prejuízo em razão da duração exagerada do processo, em 24 de março de 2001, foi aprovada a denominada Legge Pinto. Esse diploma legal alterou o art. 375 do Código de Processo Civil Italiano e prevê a justa reparação em caso de violação do prazo razoável de duração do processo.

A partir do exposto, não há qualquer dúvida de que a efetividade é um dos princípios mais almejados do processo civil em geral, representando um valor que está impregnado em qualquer ato processual. Comentando o tema, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira refere que a busca da efetividade processual passa pela necessidade de superação de modelos ultrapassados de tutela jurisdicional para certas situações lesivas ao direito material, em prol de mais eficaz e rápida realização do direito material⁵. Trata-se, portanto, de objetivo almejado por todo o ordenamento jurídico. É na fase executiva que ele encontra o seu ponto máximo de atuação. Na fase executiva, busca-se dar ao credor exatamente aquilo que lhe é devido, de forma que a tutela executiva venha a corresponder exatamente ao direito material.

Pode ser constatado que esse princípio foi o grande inspirador das reformas pelas quais tem passado o processo de execução recentemente, que ampliaram os poderes do juízo para que a execução seja realizada com maior presteza⁶.

Nesse contexto, a regra é a execução com o máximo de coincidência, de forma que a regra geral é a execução específica, havendo a conversão em perdas e danos apenas como medida alternativa, que somente ocorrerá em caso de impossibilidade do cumprimento em espécie da medida.

Na realização da execução, portanto, deve ser buscado o proveito para o credor, de forma que se possa alcançar um resultado prático que se aproxime o máximo possível da solução que seria obtida se não houvesse ocorrido

⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Efetividade e tutela jurisdicional. *Revista Processo e Constituição*, Porto Alegre, v. 2, p. 29.

⁶ Marcos Destefenni estaca que “a busca da efetividade também justificou uma reorganização das medidas coercitivas, de tal forma que a previsão dos meios executórios se tornou exemplificativa. A consequência, portanto, foi o aumento dos poderes do juiz, que pode determinar as medidas necessárias à obtenção de um resultado específico ou equivalente. Pode o judiciário, também, agir de ofício no processo executivo, fixando, de ofício, por exemplo, a multa por período de atraso” (*Curso de processo civil*. Saraiva, v. 2, 2006. p. 22).

a transgressão do direito. Na afirmação de Wambier, Almeida e Talamini, a execução deve objetivar a máxima utilidade na prestação jurisdicional, sintetizada na célebre afirmação de que o processo deve dar a quem tem o direito tudo aquilo a que tem direito, inerente à garantia da inafastabilidade da adequada tutela jurisdicional do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal⁷.

Evidentemente que a realização concreta da execução deve ser orientada pela busca de um equilíbrio adequado na realização dos princípios que lhe servem de orientação. Nesse sentido, Wambier, Almeida e Talamini fazem referência à noção de execução equilibrada, como fruto de um balanceamento dos princípios processuais da execução civil, inspirada na ideia de proporcionalidade.

A presença de conflito negativo de valores no feito executivo é, em grande parte das vezes, inevitável. Como ensina Giovanni Verde, no Direito, não é fácil distinguir o mundo da lógica e o dos valores e, sobretudo no caso da execução forçada, o mundo dos valores tem relevo, pois se trata de encontrar o justo ponto de equilíbrio entre liberdade e autoridade⁸.

Dessa forma, é a presença de um juízo valorativo orientado pela proporcionalidade que permitirá a composição equilibrada dos princípios que regem o processo executivo.

2 O DIREITO PROCESSUAL CIVIL COMO INSTRUMENTO DE REALIZAÇÃO DE DIREITOS: REALIDADE SOCIAL X INSTRUMENTALIDADE

O direito processual civil moderno deve ser o resultado da prática do mundo cotidiano. Ele não pode estar em uma “estratosfera” distante do mundo da vida. De nada adiante o processo se ele não é capaz de solucionar os impasses do mundo cotidiano. Nesse sentido, a procedimentalização é fundamental para o desenvolvimento da própria sociedade. Todavia, ela apenas tem razão de existir se o seu sentido for a pacificação social. J. J. Calmon de Passos⁹, ao tratar do tema, refere:

O processo de produção do Direito, por conseguinte, é sempre dependente da realidade social que busca ordenar e a ela funcionalmente se

⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues et alii. *Curso avançado de processo civil*. 9. ed., RT, v. 2, p. 141.

⁸ VERDE, Giovanni. Giustizia e Garanzie nella Giurisdizione Civile. *Rivista di Diritto Processuale*, p. 299-317, aprile-giugno, 2000.

⁹ PASSOS, J. J. Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo* – Julgando os que nos julgam, p. 93.

vincula, objetivando emprestar-lhe segurança, mediante a predeterminação e institucionalização de modelos ou esquemas de solução de conflitos coercitivamente aplicáveis aos casos concretos.

Somente se pode falar em uma real pacificação social se tivermos um direito processual civil adequado à realidade moderna e não a outros momentos históricos. Apenas é possível compreender o sistema jurídico se conhecemos as razões históricas que inspiraram sua formulação. A partir deste conhecimento, é possível, então, a verificação, se ele continua, ainda, adequado (ou não) à nova realidade social em que se propõe aplicá-lo. Alasdair Macintyre¹⁰, ao tratar deste tema, refere que

a pessoa fora de todas as tradições carece de recursos racionais suficientes para a pesquisa, e, *a fortiori*, para a pesquisa sobre qual tradição deve ser racionalmente preferida. Essa pessoa não tem os meios relevantes adequados de avaliação racional e, portanto, não pode chegar a nenhuma conclusão bem-fundamentada, incluindo a conclusão de que nenhuma tradição pode se defender contra qualquer outra. Estar fora de todas as tradições significa ser estranho à pesquisa; significa estar num estado de destituição moral e intelectual, uma condição a partir da qual é impossível formular a objeção relativista.

O direito processual civil deve ser o resultado de uma razão comunicativa, extraída a partir da *praxis* cotidiana, tanto no aspecto legislado quanto no referente ao direito interpretado pelos Tribunais. Nesse aspecto, a análise do discurso jurídico se torna imprescindível¹¹. Ninguém duvida que a prática do Direito consista, fundamentalmente, em argumentar. A teoria da argumentação jurídica tem como objeto de reflexão as argumentações deduzidas em contextos jurídicos¹². Em princípio, pode-se distinguir três diferentes campos jurídicos em

¹⁰ MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual Racionalidade?*, p. 394.

¹¹ Jürgen Habermas (*La ética del discurso y la cuestión de la verdad*. Madrid: Paidós, 2003. p. 34) defende “la racionalidad comunicativa combinada con un modelo holista de justificación (véase *Verdad y Justificación*. Traducción de Pere Fabra y Luis Díez. Madrid: Editorial Trotta, 2002. p. 32-62), [...]”.

¹² “Sobretudo en el campo de los juicios morales y de los problemas prácticos en general, la necesidad de ponerse de acuerdo en un procedimiento salta a la vista ante la proliferación de códigos de conducta y la falta de argumentos concluyentes a los que apelar. Al afirmar esto se está postulando la necesidad de un modelo articulado de racionalidad procedimental que establezca las condiciones con arreglo a las cuales deba desenvolverse el

que ocorrem argumentações¹³. O primeiro é o da produção ou estabelecimento de normas jurídicas. Um segundo campo em que se efetuam argumentos jurídicos é o da aplicação de normas jurídicas à solução de casos, embora essa seja uma atividade levada a cabo por juízes em sentido estrito, por órgãos administrativos no sentido mais amplo da expressão ou por simples particulares. O terceiro âmbito em que se verificam argumentos jurídicos é o da dogmática jurídica. Segundo Manuel Atienza¹⁴,

a dogmática é, sem dúvida, uma atividade complexa, na qual cabe distinguir essencialmente as seguintes funções: 1) fornecer critérios para a produção do Direito nas diversas instâncias em que ele ocorre; 2) oferecer critérios para a aplicação do Direito; 3) ordenar e sistematizar um setor do ordenamento jurídico.

Argumentos¹⁵ em prol da legitimidade do Direito devem ser compatíveis com os princípios morais da justiça e da solidariedade universal – sob pena de dissonâncias cognitivas –, bem como com os princípios éticos¹⁶ de uma conduta de vida autorresponsável, projetada conscientemente, tanto de indivíduos como de coletividades¹⁷. Jürgen Habermas¹⁸ designa como morais todas as instituições que nos informam sobre as melhores formas de nos comportarmos,

procedimiento argumentativo, pues sin un modelo tal no es factible determinar la validez de una conclusión normativa. Lo que determina el mérito y valor de una norma carece de sustancialidad y depende, en definitiva, del propio procedimiento de fundamentación. La posición habermasiana al respecto es que sólo cabe hablar de consenso racional – como fundamento de validez de un enunciado normativo – si dicho consenso ha sido logrado en unas circunstancias que satisfacen, al menos, de modo aproximado, las condiciones de simetría y libertad propias de una situación ideal de habla.” (VELASCO ARROYO, Juan Carlos. La teoría discursiva del derecho – Sistema jurídico y democracia en Habermas, p. 75)

¹³ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito – Teorias da argumentação jurídica*, p. 18-19.

¹⁴ *Idem*, p. 19.

¹⁵ *“En todo caso, fundamentar un enunciado normativo es una cuestión racional. Fundamentar algo es dar razón de algo, y esto nos revela la estructura intrínsecamente comunicativa de cualquier fundamentación. ‘Habermas ha definido la racionalidad humana como comunicación: fundamentación racional de algo significa que la verdad o la rectitud de algo puede ser defendida con argumentos, de cualquier tipo que éstos sean, en un diálogo con cualquier potencial oponente’ [...]. En el terreno que aquí nos interesa, el de la fundamentación racional de esfera de lo práctico, Habermas ha señalado que ‘deber hacer algo implica tener buenas razones para hacer algo.’” (VELASCO ARROYO, Juan Carlos. Op. cit., p. 75)*

¹⁶ Sobre o tema, vide também: MACINTYRE, Alasdair. *História de la ética*. Buenos Aires: Paidós.

¹⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – Entre facticidade e validade*, v. I, p. 132-3.

¹⁸ In: HABERMAS Jürgen. *Comentários à ética do discurso*, p. 18.

“para que possamos reagir, mediante a deferência e a consideração, à extrema vulnerabilidade dos indivíduos”. Ninguém pode afirmar por si próprio a sua integridade. A integridade da pessoa individual reclama a estabilização de um tecido de relações simétricas de reconhecimento, no qual os indivíduos inalienáveis,

só reciprocamente, e enquanto membros de uma comunidade, poderão assegurar sua precária identidade. A moral visa à fragilidade crónica da integridade pessoal, que é intrínseca à estrutura das interações lingüisticamente mediadas e que precede ainda a vulnerabilidade tangível da integridade corporal, apesar de se entrecruzar com esta.¹⁹

É óbvio que esta distinção entre integridade pessoal e corporal desaparece no caso dos animais, uma vez que não imputamos personalidade a seres com os quais não podemos falar ou comunicar sobre algo no mundo. As interações entre homens e animais são mediadas por gestos não linguísticos, e o mal que o homem possa causar ao animal não atinge algo de idêntico a uma identidade pessoal²⁰.

A teoria discursiva possui um conceito amplo de razão prática, que abarca os usos pragmáticos, éticos e morais da mesma²¹. Segundo Juan Carlos Velasco Arroyo²²,

la relación existente entre derecho y moral puede definirse, desde a perspectiva habermasiana, como un entrelazamiento complementario. No hay, por tanto, ningún atisbo de subordinación jerárquica del derecho respecto de la moral, sino una común participación en la razón práctica. Ambos sistemas normativos desarrollan juicios y argumentos

¹⁹ Idem, p. 216.

²⁰ Segundo Jürgen Habermas (idem, p. 219), “a responsabilidade do homem para com as plantas e para com a preservação da espécie na sua totalidade não pode ser fundamentada em termos de deveres interactivos, isto é, sob o ponto de vista moral. No entanto, consigo, na linha de Patzig, conceber perfeitamente que, para além de razões de prudência, existem boas razões éticas que falam a favor da protecção das plantas e das espécies. São razões que nos assaltam quando nos questionamos seriamente acerca do modo como queremos viver neste planeta enquanto elementos de uma sociedade global civilizada, e como queremos, enquanto elementos da nossa espécie, tratar as outras espécies”.

²¹ VELASCO ARROYO, Juan Carlos. Op. cit., p. 99.

²² Idem, p. 106.

prácticos a partir de ese tronco común configurado por el principio discursivo. En vez de una relación de supeditación, se establece una relación de complementariedad que no debe asociarse con tesis iusnaturalistas, entre otros motivos porque “la moral ya no flota sobre o derecho (como todavía sugiere la construcción del derecho natural racional) como conjunto positivo de normas. Emigra al interior del derecho, pero sin agotarse en derecho positivo”.

Segundo Luigi Paolo Comoglio²³,

quest’ultima impone di considerare come dovuto (e cioè: come due, debido o devido) non già qualunque processo che si limite ad essere estrinsecamente fair (vale a dire: corretto, leale o regolare, sul piano formale, secondo la law of the land), bensì un processo che sia intrinsecamente equo e giusto, secondo i parametri etico-morali accetati dal comune sentimento degli uomini di qualsiasi epoca o paese, in quanto si riveli capace di realizzare una giustizia veramente imparziale, fondata sulla natura e sulla ragione. Da Qui traggono origine le postulazioni teoriche, ormai quasi dovunque condivise, per la promulgazione e l’adozione di solenni atti legislativi (nazionali od internazionali) che riconoscano a tutti gli individui, in termini effettivi e senza irrazionali discriminazioni, il diritto fondamentale as un processo equo e giusto, quale nucleo essenziale del più ampio diritto ad un ordinamento giuridico giusto.

O autor supratranscrito ressalta a importância dos aspectos éticos, bem como da justiça do procedimento.

Interpretar e aplicar o Direito obriga sempre a um balanceamento entre o geral e o singular, entre o texto passado da norma e a exigência presente da justiça²⁴. Atender ao chamado da justiça exige a recriação da norma contida no

²³ COMOGLIO, Luigi Paolo. Valori etici e ideologie del “giusto processo” (modelli a confronto). *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 52, n. 3, p. 887-938, set. 1998, p. 899.

²⁴ Segundo Jürgen Habermas (*Comentários à ética do discurso*, p. 19), “em sentido moderno, a justiça diz respeito à liberdade subjectiva de indivíduos inalienáveis; em contrapartida, a solidariedade prende-se com o bem-estar das partes irmanadas numa forma de vida partilhada intersubjectivamente. Frankena fala do *principle of justice*, o princípio do igual tratamento, e do *principle of benevolente*, que nos obriga a

texto legal, não somente no sentido de que toda leitura/interpretação jurídica deve atender à singularidade de cada caso. Assim, uma prática interpretativa que adote os princípios morais e éticos pode ajudar a superar a indeterminação dos enunciados jurídicos. Não se trata de uma interpretação dirigida a uma resposta certa²⁵, mas uma interpretação comprometida com a busca da justiça e o caráter aberto, intangível desta. Os princípios morais e éticos não funcionariam com sentido único e decisivo, mas apenas como orientação à atividade do julgador.

Ao lado das preocupações com a moral e ética que o direito processual civil deve ter como escopo, um dos grande problemas contemporâneos é o da duração do processo. O número de demandas aumenta vertiginosamente a cada dia. A inadequação dos instrumentos processuais faz com que a prestação jurisdicional seja demorada. Ora, prestar jurisdição tardiamente significa o mesmo que não prestá-la.

Pelo exposto, é preciso que seja estabelecida esta atividade dialógica entre o direito processual civil e o mundo da vida, implementando-se instrumentos diferenciados, capazes de torná-lo mais ágil e efetivo. Ao tratar do tema, refere Nicolò Trocker²⁶:

Ligado ao contraste entre o garantismo formal que abre abstratamente os mecanismos processuais a quem quer pretenda recorrer ao juiz para a defesa das próprias

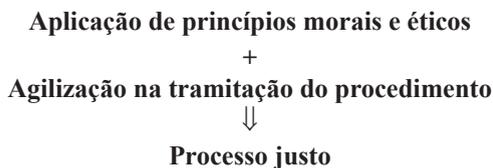
fomentar o bem-estar geral. A ética do discurso explica por que razão estes dois princípios remontam à mesma raiz da moral – nomeadamente à vulnerabilidade, carente de compensação, revelada pelos seres vivos, que só se particularizam em indivíduos por acção da socialização, de modo que a moral, ao defender os direitos do indivíduos, é obrigada a defender igualmente o bem-estar da comunidade a que o mesmo pertence”.

²⁵ Segundo Juan Carlos Arroyo (*La teoría discursiva del derecho – Sistema jurídico y democracia en Habermas*, p. 76), “en particular, en relación con el mundo del derecho, este universalismo normativo especialmente atento al contexto de acción implicaría entender [...] la aplicación del derecho como una cuestión pragmática, forzosamente contingente, que no tiene a priori una respuesta fija, pues siempre han de tenerse en cuenta las circunstancias, tendencias, probabilidades y posibilidades cambiante de cada caso práctico”.

²⁶ “Legato al contrasto tra il garantismo formale che apre astrattamente i meccanismi processuali a chiunque intenda far ricorso al giudice per la difesa delle proprie ragioni, e la realtà dei nostri sistemi processuali – che con la loro complessità e costosità creano severi ostacoli alla realizzazione del diritto –, il problema dell’accesso alla giustizia si manifesta innanzitutto come problema di accesso agli strumenti di tutela giurisdizionale. E come tale esso richiede di trovare una sua prima risposta nell’impegno di istituire appositi strumenti capaci di attenuare gli ostacoli di carattere economico – il costo delle liti – che condizionano la possibilità di perseguire il riconoscimento giudiziale dei diritti. Oggi, tale impegno assume anche una particolare severità di fronte al riconoscimento costituzionale delle garanzie legate al principio del ‘giusto processo’.” (TROCKER, Nicolò. Accesso alla giustizia e assicurazione legale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n. 4, p. 1065-92, dic. 1986, p. 1.066)

razões e a realidade dos nossos sistemas processuais – que com a sua complexidade e custos criam obstáculos severos à realização do direito –, o problema de acesso à justiça manifesta-se antes de mais nada como problema de acesso aos instrumentos de tutela jurisdicional. E, como tal, este solicita encontrar uma sua primeira resposta no compromisso de instituir adequados instrumentos capazes de atenuar os obstáculos de carácter económico – o custo dos litígios – que condicionam a possibilidade de perseguir o reconhecimento judicial dos direitos. Hoje, este compromisso assume também uma severidade particular perante o reconhecimento constitucional das garantias ligadas ao princípio do “processo justo”.

A partir do exposto, pode-se formular a seguinte equação gráfica:



A equação anteriormente explicitada não significa um abandono a concepções substantivas de justiça, em prol de uma visão procedimental. O que se afirma é que procedimentos justos podem quase sempre produzir decisões justas²⁷, independentemente de um apelo ao estabelecimento preciso do que seja a justiça em carácter substantivo²⁸. Segundo Willis Santiago Guerra Filho,

²⁷ Segundo Juan Carlos Velasco Arroyo (op. cit., p. 101), “sólo cuando el derecho satisface tanto el principio de positivación como el de fundamentación se puede afirmar que se encuentra racionalmente asentado. La validez del derecho se basa, pues, tanto en la legalidad – principio de positivación – como en la legalidad – principio de fundamentación [...] El carácter obligatorio del derecho positivo no radica sólo en las propiedades formales que lo caracterizan, sino en la incorporación de propiedades morales. El principio de fundamentación se atiene a razones de índole moral y, en particular, resulta esencial la asunción de un punto de vista general y desinteresado desde el que las cuestiones puedan enjuiciarse con imparcialidad, al que suele denominarse precisamente punto de vista moral”.

²⁸ Nesse sentido: ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. *Habermas on law and democracy – Critical exchanges*. Berkeley: University of California Press, 1998. p. 82-114. Também: KOZICKI, Kátia. *Conflito e estabilização: comprometendo radicalmente a aplicação do Direito com a democracia nas sociedades contemporâneas*, p. 233.

a mencionada autonomia do sistema jurídico não há de ser entendida no sentido de um isolamento deste diante dos demais sistemas sociais, o da moral, religião, economia, política, ciência, etc., funcionalmente diferenciados, em sociedades complexas como as que há na atualidade. Essa autonomia significa, na verdade, que o sistema jurídico funciona com um código próprio, sem necessidade de recorrer a critérios fornecidos por algum daqueles outros sistemas, aos quais, no entanto, o sistema jurídico se acopla, com procedimentos desenvolvidos no seu seio, procedimentos de reprodução jurídica, de natureza legislativa, administrativa, contratual e, principalmente, judicial. Ocorre, então, que em geral os interesses coletivos, conquanto respaldados em normas de nível constitucional, não o são por leis regulamentadoras dos direitos fundamentais, delas advindo, e não é por isso que se vai admitir seu desrespeito. Caberá, assim, ao Judiciário suprir a ausência completa e os defeitos da produção legislativa, no sentido da realização dos chamados “direitos fundamentais de terceira geração” ou de “direitos de solidariedade”, precisamente os direitos sociais, econômicos e culturais, relativos à preservação do meio ambiente, das peculiaridades culturais de minorias, étnicas ou “éticas”, etc. Vê-se, portanto, como efetivamente se pode sustentar a tese, talvez a principal, que a mim interessa defender no momento: *a de que o Judiciário deve assumir, na atualidade, a posição mais destacada, entre os demais Poderes estatais, na produção normativa.* (os grifos são do autor)

No Direito brasileiro, temos experimentado diversas tentativas de “modernização” do processo civil. Todavia, elas são incapazes de produzir uma transformação significativa em nossa experiência judiciária, por uma simples e incontestável razão: continuamos legislando baseados no paradigma da modernidade. Sem uma mudança de paradigma, continuaremos a ter “reformas” que são apenas paliativos, que em nada resolvem problemas como a efetividade do processo e a realização do Direito.

Segundo Ovídio Araújo Baptista da Silva²⁹,

é indispensável, e mais do que indispensável, urgente, formar juristas que não sejam, como agora, técnicos sem princípios, meros intérpretes passivos de textos, em última análise, escravos do poder [...], pois o servilismo judicial frente ao império da lei anula o Poder Judiciário, que, em nossas circunstâncias históricas, tornou-se o mais democrático dos três ramos do poder estatal, já que, frente ao momento de crise estrutural e endêmica vivida pelas democracias representativas, o livre acesso ao Poder Judiciário, constitucionalmente garantido, é o espaço mais autêntico para o exercício da verdadeira cidadania.

A execução é um dos procedimentos em que a problemática da efetividade é visualizada de uma forma mais fácil, considerando-se que seu objetivo é justamente dar o bem da vida ao exequente. A proposta de parcelamento parcelado, prevista no art. 745-A do Código de Processo Civil, é um excelente mecanismo tanto no sentido da celeridade quanto na realização de direitos que o credor dispõe, razão pela qual deve se aplicar não apenas às execuções de títulos extrajudiciais, previstas neste referido diploma legal, mas também ao cumprimento de sentença (arts. 475-J e seguintes), consoante a seguir demonstrar-se-á.

3 A PROPOSTA DE PAGAMENTO PARCELADO DA DÍVIDA PREVISTA NO ARTIGO 745-A DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Segundo Araken de Assis³⁰, há duas espécies de suspensão dilatória no âmbito do direito processual civil: "(a) convencional, prevista no art. 792; e (b) o parcelamento da dívida em até seis meses, contemplado no art. 745-A". O parcelamento ilimitado, previsto no art. 792 do CPC, é objeto de acerto entre as partes, não havendo limite de pactuação quanto ao prazo respectivo.

O art. 745-A do CPC, que contempla o parcelamento limitado, possibilita ao devedor propor o pagamento parcelado do débito em até 6 (seis) meses. O mesmo tem por escopo conciliar os interesses do exequente com os do executado.

²⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, p. 44.

³⁰ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 467.

O exequente tem interesse no recebimento do seu crédito; já o executado, muitas vezes, tem interesse na liquidação, mas de uma forma facilitada. Tendo em vista que, via de regra, o processo civil não se resolve em seis meses ou em um ano, é que o parcelamento mencionado no dispositivo legal revela-se não apenas atraente, mas uma forma de resolução do litígio rápida, que atenta não só para o princípio do resultado, mas também para o princípio da menor gravosidade. Em face da demora na tramitação dos processos judiciais, entendemos que o período de parcelamento permitido poderia, inclusive, ter sido maior.

3.1 REQUISITOS DA PROPOSTA DE PARCELAMENTO

A proposta de parcelamento, nos termos do art. 745-A do CPC, é condicionada ao depósito de 30% (trinta por cento) do valor da execução, acrescido das custas processuais e honorários advocatícios. O valor da execução compreende o valor atualizado do débito, mais correção monetária, juros e outros encargos decorrentes da mora.

Sem o depósito de 30% do valor da execução, mais custas processuais e honorários advocatícios, não será admitida a proposta de parcelamento da dívida.

O executado poderá propor o pagamento do saldo do débito em até 6 (seis) parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e juros de 1% ao mês. Trata-se de juros de natureza remuneratória, devidos em razão do parcelamento. Nada impede que o executado proponha periodicidade diversa de pagamento, desde que condicionada ao prazo máximo de solução da dívida, que é de seis meses. Assim, por exemplo, poderá o executado propor o pagamento de três parcelas bimestrais ou, então, duas parcelas trimestrais.

Sendo a proposta de pagamento elaborada de acordo com o dispositivo legal, ora comentado, entendemos que eventual discordância do exequente não terá o condão de afastar o deferimento da mesma, sendo, inclusive, dispensável ouvi-lo. Trata-se de um direito subjetivo do devedor. No caso de proposta, com prazo de pagamento dilatado ou com entrada abaixo de 30% do valor do débito, entendemos que, antes do indeferimento, deve o Magistrado dar vistas ao exequente, pois ele é o maior interessado no recebimento do crédito. Havendo sua concordância – mesmo fora dos critérios legais –, não há razão alguma para o indeferimento de proposta de pagamento diversa.

Por outro lado, concordamos com Araken de Assis³¹ que não há que se falar da aplicabilidade do art. 652-A, parágrafo único, do CPC, em havendo a proposta de pagamento parcelado prevista no art. 745-A, considerando-se que referida redução diz respeito ao pagamento à vista e não a prazo, *verbis*:

Não há redução no valor desses honorários. O art. 652-A, parágrafo único, é expresso no sentido de que a redução pela metade do valor fixado só ocorrerá no caso de “integral pagamento no prazo de 3 (três) dias”.

3.2 PRAZO PARA A ELABORAÇÃO DA PROPOSTA

Nos termos do dispositivo legal, a proposta deve ser elaborada no prazo para a propositura da ação de embargos. Entendemos que, mesmo após a propositura dos embargos, o devedor possa elaborar a proposta de pagamento, pois o recebimento do crédito pelo exequente é sempre desejado. Tendo em vista a demora na tramitação da execução, o exequente não terá qualquer prejuízo se a proposta for elaborada posteriormente. Assim, faltaria interesse ao exequente de se opor ao pagamento parcelado.

A proposta de pagamento parcelado não passa de uma modalidade de remição da execução a prazo. Ora, nos termos do art. 651 do CPC, “antes de adjudicados ou alienados os bens, pode o executado, a todo tempo, remir a execução, pagando ou consignando a importância atualizada da dívida, mais juros, custas e honorários advocatícios”.

Se a remissão da execução pode ser elaborada antes de adjudicados ou alienados os bens, nada impede que o executado proponha o pagamento da dívida, mesmo após a propositura da ação de embargos.

Diante do exposto, o dispositivo legal deve ser flexibilizado, de modo a atentar-se para os princípios do resultado, menor gravosidade e duração do processo em um prazo razoável.

3.3 DO DEFERIMENTO DA PROPOSTA

Sendo deferida a proposta, suspensos serão os atos executivos; ocorrendo essa hipótese, o exequente levantará a quantia depositada. Após o pagamento das parcelas referentes ao saldo do valor do débito, a execução será extinta, nos termos do art. 794 do CPC.

³¹ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 469.

3.4 DO INDEFERIMENTO DA PROPOSTA

Sendo a proposta indeferida, os atos executivos se implementarão, com a manutenção do depósito inicial. Nessa hipótese, cabe indagar: poderá o executado opor embargos?

Entendemos que a resposta deve ser negativa, tendo em vista a preclusão lógica, pois, ao fazer a proposta, o executado deverá reconhecer o crédito do exequente, nos termos do *caput* do art. 745-A. Em suma, o reconhecimento do débito é incompatível com o ato de opor embargos. Nesse sentido o entendimento de Araken de Assis³²:

O art. 745-A autoriza o executado a parcelar o pagamento da dívida em até seis meses. Para tal arte, deverá requerê-lo no prazo dos embargos, ou seja, no interregno de quinze dias, contados da juntada do mandado de citação aos autos (at. 738, *caput*), assinalando-se que tal prazo, insuscetível à dobra do art. 191, fluirá individualmente para cada executado (art. 738, § 1º), salvo tratando-se de cônjuges. O ato implica o reconhecimento do crédito do exequente, motivo por que, sobrevindo o inadimplemento de qualquer parcela, o art. 745-A, § 2º, *in fine*, veda a oposição de embargos. Inexiste necessidade de penhora ou de garantias prévias.

Assim, a proposta para pagamento não suspende, nem interrompe o prazo para a oposição de embargos à execução.

3.5 DO INADIMPLEMENTO DO PAGAMENTO DAS PARCELAS VINCENDAS

O inadimplemento de qualquer das parcelas implicará o vencimento antecipado das demais, independentemente de notificação judicial ou extrajudicial, com o imediato prosseguimento dos atos executivos. Sobre o valor das parcelas não pagas o executado pagará multa de 10% mesmo que se trate de relação de consumo. Além da multa, entendemos que o executado responderá ainda com os juros decorrentes da mora, previstos no art. 406 do CCB.

³² Idem, p. 469.

Havendo o inadimplemento, o legislador expressamente vedou a oposição de embargos à execução (§ 2º do art. 745-A do CPC).

4 DA APLICABILIDADE DA PROPOSTA DE PAGAMENTO PARCELADO NO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA

O art. 745-A do CPC, segundo Araken de Assis³³, “representa poderoso estímulo ao cumprimento voluntário e meio hábil para encerrar execução que, inexistisse o parcelamento, recortaria o patrimônio do executado”. Essa é a razão pela qual entendemos aplicável não apenas às execuções de títulos extrajudiciais que tenham por objeto obrigações para pagamento, mas também ao cumprimento de sentenças que tenham por objeto estas mesmas obrigações e também aos executivos fiscais, consoante a seguir será melhor explicitado.

4.1 A COMPATIBILIDADE DO DISPOSTO NO ART. 745-A DO CPC COM O PROCEDIMENTO PREVISTO PARA O CUMPRIMENTO DE SENTENÇAS QUE TENHAM POR OBJETO OBRIGAÇÕES PARA PAGAMENTO DE QUANTIA CERTA

A alteração introduzida nas execuções de títulos judiciais – que tem por objeto obrigação para pagamento –, pela Lei nº 11.232/2005, teve o nítido propósito de trazer efetividade e celeridade ao processo civil, indo ao encontro com o previsto no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, que contempla o princípio da duração do processo dentro de um prazo razoável, como direito fundamental. O propósito desta alteração legislativa é de vital importância para a análise da aplicabilidade ou não do disposto no art. 745-A do CPC, considerando-se a regra prevista no art. 475-R deste mesmo diploma legal, *verbis*:

Art. 475-R. Aplicam-se subsidiariamente ao cumprimento de sentença, no que couber, as normas que regem o processo de execução de título extrajudicial.

Evidentemente que a aplicação das regras relativas ao processo de execução de título extrajudicial ao cumprimento de sentença não é automática, exigindo o preenchimento de dois requisitos: (a) ausência de regra própria; e (b) compatibilidade entre as regras relativas a estes dois procedimentos.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em recentes decisões, tem decidido pela inaplicabilidade da proposta de pagamento parcelado, prevista

³³ Idem, p. 469.

no art. 745-A, ao cumprimento de sentença. A título de ilustração, transcreve-se a seguinte ementa:

AGRAVODEINSTRUMENTO-RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - PEDIDO DE PARCELAMENTO DA DÍVIDA - ART. 745-A - IMPOSSIBILIDADE - A possibilidade de parcelamento da dívida, previsto no art. 745-A do CPC, é aplicável somente ao processo de execução de título extrajudicial, não sendo possível aplicar tal dispositivo, de forma subsidiária, ao pedido de cumprimento de sentença, tendo em vista que incompatível, já que o art. 475-J do CPC prevê a imediata satisfação do crédito exequendo, inclusive, sob pena de multa de 10%. Precedentes deste Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento improvido. (Agravo de Instrumento nº 70050198159, 11ª C.Cív., Rel. Des. Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil, 28.11.2012)

Entendemos, ao contrário do posicionamento do Tribunal de Justiça e de outros³⁴, que o disposto no art. 745-A é compatível com o cumprimento de sentença, considerando-se o propósito de referido dispositivo legal que foi justamente o de trazer efetividade e celeridade ao processo de execução.

O propósito da alteração legislativa nas execuções de títulos judiciais foi exatamente o mesmo! Ademais, não é demasiado referir que, no cumprimento de sentença, caso seja apresentada impugnação, certamente demorará muito mais do que seis meses para ser concluído. Do mesmo modo, ainda que não haja a apresentação de impugnação pelo devedor, os incidentes na execução são tantos (impugnações a penhoras realizadas, avaliação, alienação de bens), que, certamente, também nesta hipótese, a mesma não se resolverá. Assim, a proposta de pagamento parcelado possa ser apresentada no prazo que o devedor dispõe

³⁴ Contra a aplicabilidade da norma no cumprimento de sentença: Humberto Theodoro Júnior (*A nova execução de título extrajudicial*, p. 217) entende que “não teria sentido beneficiar o devedor condenado por sentença judicial com novo prazo de espera, quando já se valeu de todas as possibilidades de discussão, recursos e delongas do processo de conhecimento. Seria um novo e pesado ônus para o credor, que teve de percorrer a longa e penosa *via crucis* do processo condenatório, ter ainda de suportar mais seis meses para tomar as medidas judiciais executivas contra o devedor renitente. O que justifica a moratória do art. 745-A é a sua aplicação no início do processo de execução de título extrajudicial”.

para impugnar o cumprimento de sentença. Evidentemente, caso seja realizada a proposta de pagamento parcelado no cumprimento de sentença, no prazo que o devedor dispõe para pagar, não incidirá a multa de 10% prevista no art. 475-J do mesmo diploma legal.

O Superior Tribunal de Justiça, em decisão recente, entendeu pela aplicabilidade do art. 745-A do CPC também ao cumprimento de sentença, entendendo ainda pela não incidência de multa e honorários advocatícios nesta hipótese respectiva, *verbis*:

PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - PARCELAMENTO DO VALOR EXEQUENDO - APLICAÇÃO DO ART. 745-A DO CPC - POSSIBILIDADE - PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE PROCESSUAL - ART. 475-R DO CPC - APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA - HIPÓTESE DE PAGAMENTO ESPONTÂNEO DO DÉBITO

[...]

2. A efetividade do processo como instrumento de tutela de direitos é o principal desiderato das reformas processuais engendradas pelas Leis nºs 11.232/2005 e 11.382/2006. O art. 475-R do CPC expressamente prevê a aplicação subsidiária das normas que regem o processo de execução de título extrajudicial, naquilo que não contrariar o regramento do cumprimento de sentença, sendo certa a inexistência de óbice relativo à natureza do título judicial que impossibilite a aplicação da norma em comento, nem mesmo incompatibilidade legal. Portanto, o parcelamento da dívida pode ser requerido também na fase de cumprimento da sentença, dentro do prazo de 15 dias previsto no art. 475-J, *caput*, do CPC. 3. Não obstante, o parcelamento da dívida não é direito potestativo do devedor, cabendo ao credor impugná-lo, desde que apresente motive justo e de forma fundamentada, sendo certo que o juiz poderá deferir o parcelamento se verificar atitude abusiva do exequente, uma vez que tal proposta é-lhe bastante vantajosa, a partir do momento em que poderá

levantar imediatamente o depósito relativo aos 30% do valor exequendo e, ainda, em caso de inadimplemento, executar a diferença, haja vista que as parcelas subsequentes são automaticamente antecipadas e é inexistente a possibilidade de impugnação pelo devedor, nos termos dos §§ 2º e 3º do art. 745-A. 4. Caracterizado o parcelamento como técnica de cumprimento espontâneo da obrigação fixada na sentença e fruto do exercício de faculdade legal, descabe a incidência da multa calcada no inadimplemento (art. 475-J do CPC), sendo certo que o indeferimento do pedido pelo juiz rende ensejo à incidência da penalidade, uma vez configurado o inadimplemento da obrigação, ainda que o pedido tenha sido instruído com o comprovante do depósito, devendo prosseguir a execução pelo valor remanescente. 5. No caso sob exame, a despeito da manifestação de recusa do recorrente (fl. 219), o juízo deferiu o pedido de parcelamento ante a sua tempestividade e a efetuação do depósito de 30%, inclusive consignando o adimplemento total da dívida (fl. 267), ressoando inequívoco o descabimento da multa pleiteada. 6. A Corte Especial, por ocasião do julgamento do REsp 1.028.855/SC, sedimentou o entendimento de que, na fase de cumprimento de sentença, havendo o adimplemento espontâneo do devedor no prazo fixado no art. 475-J do CPC, não são devidos honorários advocatícios, uma vez desnecessária a prática de quaisquer atos tendentes à satisfação forçada do julgado. No caso concreto, porém, conquanto tenha-se caracterizado o cumprimento espontâneo da dívida, o Tribunal condenou a recorrida ao pagamento de honorários advocatícios, o que, em face de recurso exclusivo do exequente, não pode ser afastado sob pena de *reformatio in pejus*. 7. Recurso especial não provido. (REsp 1264272, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 15.05.2012)

Absolutamente correta a decisão da Corte Superior, considerando que vai ao encontro com os propósitos do direito processual civil contemporâneo.

REFERÊNCIAS

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Efetividade e tutela jurisdicional. *Revista Processo e Constituição*, Porto Alegre, v. 2.

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito – Teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo José. A Lei nº 11.382/2006 e seus reflexos na execução fiscal. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 49.

CHELI Enzo. Princìpi e ideologie del processo civile: impressioni di un “revisionista”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. 57, n. 2, giugno 2003.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Valori etici e ideologie del “giusto processo” (modelli a confronto). *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 52, n. 3, set. 1998.

DESTEFENNI Marcos. *Curso de processo civil*. Saraiva, v. 2, 2006.

HABERMAS, Jürgen. *Comentários à ética do discurso*. Traduzido por Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, 1991.

_____. *Direito e democracia – Entre facticidade e validade*. Traduzido por Flávio beno Siebeneichier. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. I e II, 1997.

_____. *La ética del discurso y la cuestión de la verdad*. Madrid: Paidós Ibérica, 2003.

KOZICKI Kátia. Conflito e estabilização: comprometendo radicalmente a aplicação do Direito com a democracia nas sociedades contemporâneas. Tese de Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis: UFSC, 2000.

MACINTYRE, Alasdair. *História de la ética*. Buenos Aires: Paidós Ibérica, 2006.

_____. *Justiça de quem? Qual Racionalidade?* São Paulo: Loyola, 2001.

MONTEIRO NETO, Nelson. Parcelamento do artigo 745-A do Código de Processo Civil na execução fiscal. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 80.

PASSOS, J. J. Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. *Habermas on law and democracy – Critical exchanges*. Berkeley: University of California Press, 1998.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A nova execução de título extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

TROCKER, Nicolò. Accesso alla giustizia e assicurazione legale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n. 4, dic. 1986.

VELASCO ARROYO, Juan Carlos. *La teoría discursiva del derecho – Sistema jurídico y democracia en Habermas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

VERDE, Giovanni. Giustizia e Garanzie nella Giurisdizione Civile. *Rivista di Diritto Processuale*, aprile-giugno, 2000.

WAMBIER, Luiz Rodrigues et alii. *Curso avançado de processo civil*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, p. 141.

ESPÉCIE NORMATIVA DA VEDAÇÃO DE TRIBUTOS CONFISCATÓRIOS

STANDARD SPECIE OF CONFISCATORY TAXES PROHIBITION

Luiz Felipe Silveira Difini¹

Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul

RESUMO: Este trabalho cuida da definição da espécie normativa a que pertence a norma constitucional que veda a cobrança de tributos com efeito de confisco, à luz da distinção entre regras, princípios em sentido estrito e princípios que atuam como normas de colisão.

PALAVRAS-CHAVE: Norma; vedação de tributo com efeito de confisco; regra; princípio; norma de colisão.

ABSTRACT: *This works deals with standard specie definition of prohibition of taxes with confiscatory effect, making one view among rules, principles in strict sense and principles as collision standards.*

KEYWORDS: *Standard; confiscatory taxes prohibition; rule; principle; collision standard.*

SUMÁRIO: Introdução; I – Princípios jurídicos; II – Vedação da utilização de tributo com efeito de confisco; Conclusões; Referências.

SUMMARY: *Introduction; I – Law principles; II – Prohibition of taxes with confiscatory effect; Conclusions; References.*

INTRODUÇÃO

O tema dos princípios jurídicos tem ocupado papel de destaque nos estudos de teoria geral do Direito, podendo-se hoje dizer totalmente superada a concepção do Direito como limitado a um conjunto de regras. A matéria surge primeiro em estudos civilistas, sendo de reconhecer o papel precursor de Larenz, Esser ou Canaris. Mas foram os trabalhos de Ronald Dworkin que engendraram a posição atual do tema e permitiram seu desenvolvimento nos parâmetros do direito continental, vinculado ao estudo dos direitos fundamentais, atingindo-se o atual patamar teórico.

¹ Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Professor Associado, na disciplina de Direito Tributário, nos cursos de Graduação e Pós-Graduação (Especialização, Mestrado e Doutorado) em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professor da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul, na disciplina de Direito Tributário.

Por outro lado, a vedação da utilização de tributo com efeito confiscatório, expressamente posta no art. 150, inciso IV, da Constituição brasileira, é questão que tem desafiado a doutrina. Não há, na maioria das Constituições contemporâneas, disposição expressa sobre confisco em matéria tributária, limitando-se apenas à proibição do confisco de bens². Norma específica, todavia, se encontra no art. 31, nº 1, da Constituição espanhola: *“Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso tendrá alcance confiscatorio”*.

Sem norma específica, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão tem extraído a proibição a tributos com efeito confiscatório da proteção ao direito de propriedade (Lei Fundamental, art. 14, principalmente o parágrafo 2), e os Tribunais argentinos há longo tempo se ocupam do tema.

Entre nós, persistem dúvidas se estamos diante de princípio, regra (ou de valor ou limite objetivo, como referem alguns, a nosso ver com menor precisão) ou, ainda, outra espécie normativa.

Neste trabalho, buscaremos, em uma primeira parte, resenhar a noção de princípio jurídico, sobretudo com base nos estudos de Dworkin e Alexy. Na segunda parte, examinaremos a vedação à utilização de tributo com efeito de confisco à luz desses estudos; cuidaremos da diferente forma de aplicação das normas jurídicas, procurando identificar o modo de aplicação da norma entre nós posta no art. 150, IV, da Constituição, para, afinal, concluir de que espécie normativa se tratam e as consequências que daí se podem extrair.

I - PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Os princípios jurídicos foram primeiramente abordados por Esser e Larenz, que os identificaram por sua maior abstração, vagueza, fundamentalidade no sistema, vinculação com ideia de direito e justiça ou função geradora de regras.

O cenário foi significativamente alterado a partir dos estudos de Dworkin. Sustentou ele que, nos casos difíceis (ou seja, naqueles que não se vislumbra solução pela aplicação de uma regra jurídica clara quanto à sua interpretação e claramente aplicável àquela hipótese), os juristas, para solucioná-los, recorrem a outros padrões (*standars*): princípios e políticas. *Policy* (política) é um padrão

² Por exemplo, o art. 17 da Constituição argentina: *“La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino”*.

(*standard*) “que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”³. Já os princípios são *standards* cuja observância se impõe não em nome de algum objetivo político ou social, mas por corresponderem a exigências de moralidade, justiça ou equidade. Em sua teoria, que denomina “tese dos direitos”, Dworkin defende que os princípios jurídicos são obrigatórios e fazem parte do sistema jurídico, devendo obrigatoriamente ser considerados pelos juízes quando tomarem suas decisões, o que ocorrerá principalmente nos assim chamados “casos difíceis”. Já as *policies* não são objeto de decisões judiciais: por implicarem a tomada de decisões claramente políticas, visando a fomentar ou proteger algum objetivo social, essas decisões devem ser objeto de deliberação dos órgãos políticos, com imediata legitimação democrática. Já os princípios não visam a fomentar um objetivo, mas fazer garantir ou respeitar o direito de um indivíduo ou grupo. Esses princípios serão encontrados na história institucional do respectivo direito, nos seus precedentes e no fato de fornecerem a melhor justificativa moral para o respectivo sistema jurídico. No caso do Direito americano, o sistema constitucional baseia-se em uma teoria moral específica de que os homens têm direitos morais contra o Estado. Entre estes avulta o direito a “*equal respect and concern*” (igual respeito e consideração), ou seja, a ser tratado como igual, receber tratamento não discriminatório com relação a outras pessoas em igual situação: “A justiça enquanto equidade tem por base o pressuposto de um direito natural de todos os homens e as mulheres à igualdade em consideração e respeito, um direito que possuem não em virtude de seu nascimento, seus méritos, suas características ou excelências, mas simplesmente enquanto seres humanos capazes de elaborar projetos e fazer justiça”⁴.

Já a diferença entre regras e princípios é de natureza lógica. As regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada (*all-or-nothing*). Ocorrendo os fatos previstos na regra, ou a regra é válida e determina a solução para a situação, ou não é válida e, então, não se aplica. Já os princípios não se aplicam automaticamente, mas apenas, se relevantes, devem ser levados em conta (conjuntamente com outros princípios, que frequentemente levam à solução oposta) pelo aplicador do direito na decisão, como uma razão que aponta em determinada direção.

Daí exsurge outra diferença: os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso ou importância. No conflito entre dois princípios, o

³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo, Martins Fontes, 2002. p. 36.

⁴ *Idem*, p. 281.

juiz deverá perquirir o peso de cada um; prevalecerá a solução apontada pelo princípio que, na situação concreta, tiver mais peso⁵.

Embora sejam normas que apontam para (e não determinam) uma decisão, os princípios são obrigatórios em um sistema jurídico e devem ser levados em conta pelo juiz que, ao assim fazer, está aplicando uma norma do sistema jurídico e não criando normas ou exercendo poder discricionário, na falta de norma jurídica para o caso, como sustentam os positivistas.

A contribuição de Dworkin à identificação e construção teórica sobre este outro tipo de normas foi relevantíssima. Já antes se falavam em princípios, identificando-os como normas com maior vagueza, imprecisão ou caráter fundamental no ordenamento. Dworkin identificou uma distinção de natureza *lógica* e não de grau entre regras e princípios. H. L. A. Hart, a cuja teoria jurídica Dworkin dedicou ampla crítica, sobre a qual estruturou sua própria teoria do Direito, deu este significativo testemunho de reconhecimento:

Penso, de forma segura, que os argumentos retirados de tais princípios não conclusivos constituem um aspecto importante do julgamento e do raciocínio jurídico, e que isso devia ser assinalado através de uma terminologia apropriada. Dworkin é credor de grande reconhecimento por ter mostrado e ilustrado a importância destes princípios e o respectivo papel no raciocínio jurídico.⁶

Dworkin laborou dentro dos parâmetros do direito da *common law*, especialmente norte-americano. Nele, os princípios, de forma geral, não se encontram positivados. Já por se tratar de um direito jurisprudencial, já pelo papel restrito da *statutory law*, como por se tratar de Constituição antiga e concisa (Estados Unidos) ou não escrita (Inglaterra), os princípios, comumente, não se encontram consagrados na Constituição ou inseridos em leis escritas, mas vêm da tradição ou história institucional do Direito, de precedentes, e encontram justificação, a seu ver, na melhor justificativa moral que podem fornecer ao sistema jurídico.

⁵ Idem, p. 39-46.

⁶ HART, H. L. A. *O conceito de direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 325 (pós-escrito).

O desenvolvimento posterior mais significativo da “teoria dos princípios” foi trazido por Robert Alexy, que, por sua vez, conduziu sua pesquisa dentro de um sistema jurídico de direito continental, em que a maioria dos princípios jurídicos (especialmente aqueles que diziam respeito aos direitos fundamentais, aos quais dedicou mais detida atenção) encontravam-se positivados na Lei Fundamental de Bonn.

Alexy destaca que as normas podem ser divididas em regras e princípios e que entre regras e princípios existe não apenas uma diferença gradual, mas qualitativa.

Os princípios são mandamentos de otimização, ou *prima facie*: não determinam que algo se faça de modo definitivo, mas *prima facie*, na medida das possibilidades materiais e jurídicas⁷. As possibilidades jurídicas são dadas por princípios contrapostos, que apontam para solução oposta e, no caso concreto, podem prevalecer sobre aquele princípio.

A colisão entre princípios não se dará no plano da validade (como ocorre com as regras): só princípios válidos podem entrar em colisão. A colisão entre princípios (válidos) se dá na dimensão de *peso*, e da ponderação do peso, no caso concreto, de cada um dos princípios em conflito resultará a predominância, no caso específico, de um dos princípios, e o afastamento, naquele caso, do outro, que, todavia, permanecerá válido. A isto Alexy chama “lei de colisão”:

Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios – como sólo pueden entrar en colisión principios válidos – tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso [...] Las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de

⁷ “[...] los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos.” (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p. 86)

*una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente.*⁸

Ou seja: a colisão entre princípios se resolve na dimensão de *peso*, mediante *ponderação* do peso de cada um dos princípios em colisão, *no caso concreto*, o que, gerará, *naquele caso*, uma *regra*: em dadas circunstâncias, prevalece o princípio x sobre o princípio y⁹. Em outras condições, outra poderá ser a relação de precedência entre os mesmos princípios, e outra a regra resultante.

Questão relevante, a nosso ver, é que Alexy aponta existirem normas com caráter *dúplice*, ou seja, que reúnem em uma só norma regra e princípio: “*Este tipo de normas iusfundamentales con carácter doble surge siempre cuando aquello que es estatuido directamente por disposiciones iusfundamentales es completado con normas susceptibles de subsunción, con la ayuda de cláusulas que hacen referencia a ponderaciones*”¹⁰. E exemplifica com os direitos especiais de liberdade que resultam em determinações adicionais, sob a forma de regras, em relação ao direito geral de liberdade¹¹, com os conceitos de reunião pacífica (LF, art. 8º, § 1º)¹² e de escassez de moradia (LF, art. 13, § 7º)¹³ e, especialmente, com a norma sobre dignidade humana:

*La norma de la dignidad de la persona es tratada, en parte, como regla y, en parte, como principio... Por lo tanto, hay que partir de dos normas de la dignidad de la persona, es decir, una regla de la dignidad de la persona y un principio de la dignidad de la persona. La relación de preferencia del principio de la dignidad de la persona con respecto a principios opuestos decide sobre el contenido de la regla de la dignidad de la persona. Absoluto no es el principio sino la regla que, debido a su apertura semántica, no necesita una limitación con respecto a ninguna relación de preferencia relevante.*¹⁴

⁸ Idem, p. 89 e 94.

⁹ “*La vía desde el principio, es decir, del derecho prima facie, al derecho definitivo, transcurre, pues, através de la determinación de una relación de preferencia.*” (Idem, p. 103)

¹⁰ Idem, p. 137.

¹¹ Idem, p. 364.

¹² Idem, p. 279.

¹³ Idem, p. 127.

¹⁴ Idem, p. 108.

Esta relevante contribuição à teoria dos princípios, na parte seguinte, será objeto de exame quanto a nosso tema específico, a vedação da utilização de tributos com efeito de confisco.

II - VEDAÇÃO DA UTILIZAÇÃO DE TRIBUTO COM EFEITO DE CONFISCO

Em nossa Constituição, a vedação está posta no art. 150, inciso IV, *verbis*:

Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

IV - utilizar tributo com efeito de confisco.

À primeira vista, poderia parecer que se trata de norma suscetível de subsunção (ou seja, vislumbrada a hipótese, aplica-se, sem maiores perquirições, a norma proibitiva) e, portanto, regra, utilizando-se as conceituações de Dworkin ou Alexy. A aplicação do dispositivo far-se-ia à maneira “tudo ou nada” (ou o tributo está sendo utilizado com efeito de confisco e é inválido; ou não está sendo assim utilizado, e é válido). A vedação, por outro lado, é absoluta e não *prima facie*, ou nos limites das possibilidades materiais e jurídicas. A utilização de tributos com efeito confiscatório é vedada como mandamento definitivo e não apenas *prima facie*.

Ainda, poder-se-ia extrair esta ilação da posição topográfica do dispositivo na nossa Constituição, entre as limitações ao poder de tributar, junto a outros incisos que constituem tipicamente regras.

Assim não é, a nosso ver.

A norma de vedação em questão tem valor normogenético na via negativa, isto é, impede a criação de quaisquer outras normas que levem à utilização de tributos com efeito confiscatório. Seu valor no campo do direito constitucional tributário é uma das justificações éticas do próprio sistema jurídico tributário.

Em face desse valor, possui intensa abertura semântica, com elevado grau de vagueza, sendo inaplicável a subsunção, meio de aplicação característico das regras. Ao contrário, exige, para sua aplicação, concreção, ou seja, a determinação de seu significado e alcance somente se faz possível quando o aplicador leva em consideração diversos elementos extrassistemáticos. A partir disso, com

a reiteração da aplicação pela avaliação de tais elementos com base em casos concretos, alcançar-se-á maior determinação de seu conteúdo e significado.

Por outro lado, explica-se o equívoco de entender referida norma como regra, tendo em vista o aspecto redacional da Constituição brasileira, que utilizou a expressão “é vedado”. Contudo, essa ideia não se sustenta, ainda mais perante o texto do art. 31, § 1º, da Constituição espanhola (“*Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado em los principios de igualdad y progresividad que, em ningún caso, tendrá alcance confiscatorio*”). Em que pese a expressão “em ningún caso”, nessa redação a vedação ao efeito confiscatório aparece em conexão aos princípios de capacidade contributiva, igualdade e progressividade, em função do objetivo de um sistema tributário justo.

Em relação à doutrina brasileira, a maior parte dos autores sustenta que a norma de vedação de tributos com efeito confiscatório constitui princípio, o que parece vir mais da tradição do uso do termo do que da sua real conceituação.

Para Ives Gandra da Silva Martins, “o princípio, portanto, embora colocado no capítulo do Sistema Tributário – e objetivando atalhar veleidades impositivas descabidas ao erário –, transcende o campo específico do direito fiscal”¹⁵.

Estevão Horvath, por seu turno, sustenta:

Neste ponto, portanto, independentemente da presença expressa do princípio que veda o confisco, o tributo criado com violação ao direito de propriedade é confiscatório pela simples ofensa a este último. Aqui ambos os princípios mencionados coincidem em efeitos.¹⁶

Fabio Brun Goldschmidt aponta-o como princípio-valor, para o que aduz ainda as seguintes razões:

O fato é que, em que pesem todas essas evidências, que apontam para o enquadramento do princípio da vedação ao efeito de confisco como um limite objetivo, há um fator fundamental que demonstra que, tal como ele se apresenta hoje no Texto Constitucional, deve ser

¹⁵ MARTINS, Ives Gandra da Silva; BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, v. 6, t. I, 1990. p. 181.

¹⁶ *O princípio do não confisco no direito tributário*, p. 44.

classificado como valor. O princípio do não confisco é de difícil identificação. O Texto Constitucional não oferece qualquer auxílio na penosa situação dos limites da tributação com efeito de confisco e nem os juristas, nem o Legislativo, nem o Judiciário lograram até agora fornecer qualquer subsídio objetivo na sua identificação. O traço de imediatidade de verificação, cerne da distinção entre valores e limites objetivos, naufraga diante do raso desenvolvimento desse princípio na *praxis*.¹⁷

Já para Douglas Yamashita se trata de princípio, fundamentando tal asserção nitidamente nas bases teóricas propostas por Alexy:

Em primeiro lugar, há que se entender a proibição de tributo com efeito de confisco como um princípio e não uma regra, ou seja, como mandato de otimização, que se caracteriza pelo fato de que pode ser cumprido em diferentes graus e que na medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, mas também das jurídicas. Distinguimos então entre tributos de finalidade fiscal e tributos de finalidade extrafiscal para constatar que o princípio do não confisco é tanto de direito tributário como de direito econômico, que atua distintamente em cada um desses ramos jurídicos.¹⁸

A nosso ver, a norma prevista no art. 150, IV, da Constituição brasileira constitui princípio, em que pese ser de espécie diversa daqueles geralmente mencionados (direito de propriedade, de liberdade, de livre exercício profissional, etc.). Assemelha-se mais aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade do que aos princípios que expressam direitos fundamentais, sendo mandamentos de otimização, com o objetivo de alcançar determinados fins. Pode-se dizer que aqueles princípios (proporcionalidade, razoabilidade, vedação de confisco) são normas para solucionar fenômenos de colisão entre princípios que representam direitos fundamentais. Em outras palavras, são normas que regem a aplicação

¹⁷ Idem, p. 89.

¹⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Direitos fundamentais do contribuinte*. Pesquisas tributárias, nova série, n. 6, 2001, p. 691.

de outros princípios nos casos de colisão: denominaremos, portanto, normas de colisão.

As normas de colisão são princípios, mas com características especiais que devem ser observadas. Essas normas também se aplicam em operações de ponderação, não como objeto, mas sim como *instrumento da ponderação*, uma vez que fornecem os critérios para aferir o peso de cada um dos princípios conflitantes no caso concreto.

Enfim, referidas normas devem ser classificadas como princípios, não apenas por se tratar de “palavras de forte carga semântica”¹⁹, mas também porque se trata de normas insuscetíveis de subsunção e, por isso, não são regras. Sua aplicação se dá por ponderação e, sendo assim, são princípios. Todavia, no realizar da ponderação, atuam como instrumento e não como objeto de ponderação, pelo que são uma categoria especial de princípios: normas de colisão, que regem as hipóteses de colisão entre princípios.

Entre tais normas se encontra o objeto de nosso estudo: a norma que veda a utilização de tributos com efeito confiscatório. É norma que irá reger as *colisões* entre outros princípios e servirá à definição, em cada caso concreto, do princípio prevalente.

Desse modo, não se trata de regra, por não ser suscetível de aplicação por subsunção, nem de princípio no sentido mais estrito, enquanto norma que define um estado de coisas a ser buscado, na maior medida possível, mas sim de um princípio (como os de proporcionalidade e razoabilidade) que incide sobre a aplicação de outros princípios, como instrumento para se obter uma solução para o caso concreto, diante da ocorrência de colisão entre aqueles princípios que constituem mandamentos de otimização.

No sentido de que a norma que proíbe a utilização de tributos com efeito de confisco possui certa peculiaridade em relação à noção de princípio como direito fundamental, aponta corretamente Gustavo J. Naveira de Casanova na sua monografia sobre o tema:

El principio de no confiscación es un limite, entonces, entre dos intereses constitucionalmente protegidos: el interés público que implica el deber de todo ciudadano de contribuir

¹⁹ SILVA, Luis Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, p. 26, abr. 2002.

*y, por otro lado, el interés particular del reconocimiento del derecho de propiedad privada.*²⁰

Ou

*Derechos y deberes que apuntan al núcleo duro tanto del derecho-deber de propiedad como al derecho-deber de contribuir al gasto público, em forma respetuosa con los principios constitucionales que lo regulan.*²¹

E, mais concretamente, indica o autor:

*[...] el principio de no confiscación consiste en establecer un límite a la imposición progresiva para la realización de la justicia cuando el sistema está enfrentado con otras instituciones protegidas por la Constitución, como, por ejemplo, la propiedad privada. Es decir, su función es superar posibles colisiones de principios.*²²

A ideia se encontra claramente presente na doutrina espanhola, como expõe Antonia Agulló Agüero:

El principio de no confiscariedad constituye un limite, no a la justicia, sino a la progresividad del sistema, siendo la idea de justicia la que debe marcar la frontera entre lo progresivo y lo confiscatorio. Lo justo (la conciencia de lo justo en el momento histórico concreto) pasa en nuestro sistema constitucional por la realidad de la capacidad económica, la igualdad, y la progresividad y no confiscariedad.

*La no confiscariedad por consiguiente, no es um límite a la justicia, sino su aplicación; concretamente su aplicación en un momento de colisión del sistema tributario con otras instituciones, tales como la propiedad privada, asimismo objeto de protección constitucional.*²³

E, com precisão, acresce:

²⁰ *El principio de no confiscariedad*, 1997, p. 573.

²¹ *Idem*, p. 429.

²² *Idem*, p. 161-162, grifo nosso.

²³ *La prohibición de confiscariedad en el sistema tributario español*, 1987, p. 573.

Ni la protección de la propiedad, ni la conservación de la economía de mercado, ni, desde luego, la adopción de unos determinados criterios técnico-impositivos explican esta declaración expresa, sino el deseo de establecer un límite a la imposición progresiva que sirva para realizar la idea de justicia cuando el sistema tributario entre en colisión con otras instituciones asimismo amparadas por el texto constitucional. Esta función de superación de una posible colisión de principios es lo que justifica, creemos que puede justificar, su mención separada de la idea de justicia. La prohibición de confiscatoriedad no es una limitación que se impone a un sistema tributario justo, sino su especificación en un momento de colisión de normas, colisión que normalmente no se da.²⁴

Conclui-se, portanto, que a norma que veda a utilização de tributo com efeito de confisco não é uma regra, pois, como dito, não se aplica por subsunção, nem princípio em sentido estrito (mandamento *prima facie* a ser aplicado na medida das possibilidades fáticas e jurídicas). Tampouco se trata de norma de caráter dúplice, que contém uma regra e um princípio pela conjunção das razões anteriormente apontadas. Trata-se, em verdade, de um dos princípios que regem a aplicação dos demais, sendo medida de ponderação entre princípios em colisão, razão pela qual a denominamos *norma de colisão*. Por exemplo, em uma situação em que haja colisão entre o princípio do Estado Social, posto no art. 3º, III, da Constituição brasileira (“erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”) e o princípio da propriedade privada, a norma em questão irá regular essa colisão e determinar qual dos princípios em conflito irá prevalecer naquele caso concreto. Determinará, por exemplo, se, no caso em questão, uma concreta tributação que serviria para o Estado obter recursos, a fim de implementar políticas tendentes a atingir os objetivos postos no art. 3º, III, da Constituição, deve prevalecer sobre a garantia da propriedade privada ou se, ao contrário, é tão grande a restrição ao direito de propriedade que o benefício advindo da aplicação dos recursos obtidos com aquela tributação não a pode legitimar, sendo nesse caso utilizado o tributo com efeito confiscatório.

²⁴ Idem, p. 33.

Este equilíbrio de direitos e interesses em constante tensão faz-se com o emprego das normas de colisão, como a do art. 150, IV, da Constituição Federal.

CONCLUSÕES

1. Os princípios jurídicos, enquanto padrões jurídicos obrigatórios, mas não conclusivos, representam importante espécie das normas jurídicas, o que justifica sua identificação e adequado desenvolvimento teórico.
2. Tais conceitos adquiriram maior rigor doutrinário com os estudos de Dworkin e Alexy.
3. Para Dworkin, a diferença entre regras e princípios é de natureza lógica, pois as regras são aplicáveis ao modo “tudo ou nada” (*all-or-nothing*) e determinam a solução para a situação sobre a qual incidem; os princípios são aplicáveis na medida do possível e, se relevantes, devem ser levados em consideração, juntamente com princípios contrapostos, pelo aplicador do Direito, na decisão; têm, pois, uma dimensão de peso.
4. Para Alexy, princípios são mandamentos de otimização, com validade *prima facie*; as regras são mandamentos definitivos. Os conflitos entre regras se dão no plano da validade; os conflitos entre princípios se dão na dimensão de peso (pois só podem entrar em conflito princípios válidos) e se resolvem pela lei de colisão, segundo a qual, em uma situação concreta, um princípio prepondera sobre outro, permanecendo ambos válidos. Existem normas com caráter dúplice, a reunir, em uma só norma, uma regra e um princípio.
5. Tais características, isoladas molde a permitir maior precisão à diferenciação conceitual entre princípios e regras, não invalidam a consideração de terem os princípios caráter de fundamentalidade ou aptidão como razão de justificação do sistema jurídico.
6. Há determinados princípios que não são mandamentos de otimização, visando a promover estados ideais, mas sim normas utilizadas para solução de situações de colisão, como os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. São princípios em sentido lato, visto que sobre eles não se aplica a subsunção, mas possuem certas peculiaridades. Aplicam-se em operações de ponderação, não como objeto, mas como instrumento, fornecendo critérios para a realização da ponderação. Permitem, assim, a solução das situações de colisão entre princípios em sentido estrito (mandamentos de otimização) e a determinação de qual dos princípios

deve preponderar no caso concreto: denominamo-nos de normas de colisão.

7. A norma que estabelece a vedação de utilização de tributo com efeito de confisco (art. 150, IV, da CF) não é regra, pois não se aplica por subsunção, nem princípio em sentido estrito, pois não se trata de mandamento de otimização, mas um dos princípios em sentido lato que regem a aplicação dos princípios em sentido estrito e a solução dos eventuais conflitos entre estes, sendo instrumento de ponderação destes: é norma de colisão.

REFERÊNCIAS

AGULLÓ AGÜERO, Antonia. La prohibición de confiscatoriedad en el sistema tributario español. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo: Malheiros, v. 42, p. 28-34, out./dez. 1987.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

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

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1990.

HORVATH, Estevão. *O princípio do não confisco no direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2002.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord). Direitos fundamentais do contribuinte. Pesquisas tributárias, nova série, nº 6. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Centro de Extensão Universitária, 2000.

_____; BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, v. 6, t. I, 1990.

NAVEIRA DE CASANOVA, Gustavo J. *El principio de no confiscatoriedad*. Estudio em España y Argentina. Madrid : McGraw-Hill, 1997.

PALAO TABOADA, Carlos. La protección constitucional de lá propiedad privada como limite al poder tributario. In: *Hacienda y Constitución*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1979.

SILVA, Luis Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, p. 23-50, abr. 2002.

OS NOVOS PARADIGMAS CULTURAIS DO DIREITO E DO PROCESSO NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

THE NEW CULTURAL PARADIGMS OF LAW AND PROCESS IN CONTEMPORARY SOCIETY

Marco Félix Jobim¹

Especialista, Mestre e Doutor em Direito

RESUMO: Cultura, Direito e processo estão umbilicalmente ligados. É, no mínimo, perigoso tentar explicar que o Direito não deve seguir o momento cultural de determinada sociedade em determinado tempo e local. Também há que ser fato que o Direito, quando não acompanhar o momento cultural e for estritamente necessário, deverá ser condição de possibilidade da modificação da própria cultura de um povo. Este Direito pode, e às vezes, deve, conforme se verá, ser modificado pela via do processo, por meio da decisão judicial. Partindo dessas propostas, o artigo analisa como está configurado o momento cultural brasileiro na atualidade para, após, afirmar se o Direito está de acordo com ele ou não. É inegável que pelo menos cinco grandes paradigmas existem hoje na sociedade brasileira: uma onda de pós-

-modernidade; um complexo ambiente globalizado; uma sociedade da pressa; uma sociedade hiperconsumista e que, infelizmente, está colocando tudo à venda. Resta saber se o Direito está albergando esta nova concepção social.

PALAVRAS-CHAVE: Cultura; Direito; pós-modernidade; globalização; sociedade da pressa; hiperconsumismo; tudo à venda.

ABSTRACT: *Culture, Law and process are essentially linked. It is at least risky to sustain that Law should not follow a given society's cultural scenario at a given time and place. It is also a fact that when Law doesn't move along the lines of the cultural scenario, being strictly necessary, it should be a requirement for the possibility of modifying a people's culture. As will be demonstrated, this Law may, and occasionally must, be modified through*

¹ Advogado, Professor Universitário do Unilasalle - Centro Universitário Lasalle, Curso de Direito, Projeto de Mestrado em Direito e Sociedade. Canoas. Rio Grande do Sul. Brasil. ULBRA - Universidade Luterana do Brasil e FADERGS. E-mail: marco@jobimesalzano.com.br

process, by means of court decision. Based on these ideas, this article analyses how the current Brazilian cultural scenario is set up, and then determines whether Law conforms to it or not. It is undeniable that at least five major paradigms are present in today's Brazilian society: a post-modernity wave; a complex globalized environment; a hurried society; a hyper-consumerist society which is unfortunately putting everything on sale. Whether Law is condoning this new social conception is a question to be answered.

KEYWORDS: Culture; Law; post-modernity; globalization; hurried society; hyper-consumerism; everything on sale.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Direito e cultura; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: Introduction ; 1Law and culture; Final considerations; References.

INTRODUÇÃO

Este artigo é uma reelaboração do capítulo primeiro da obra *Cultura, escolas e fases metodológicas do processo*². Após algumas reflexões mais aprofundadas, reviram-se alguns posicionamentos para trazer ao leitor outros aspectos importantes do ambiente cultural brasileiro e mundial que se vive na atualidade e as suas ligações com o Direito e, quem sabe, com o próprio processo.

Em um primeiro momento, serão abordados aspectos importantes ligados à cultura e ao Direito, sempre em uma concepção de que o processo pode ser passível de modificação deste, para que se tente elaborar uma concepção de que existe um relacionamento muito forte entre todos, em especial no referente às modificações que afetam uns aos outros.

Mais adiante, serão abordados os paradigmas que estão hoje permeando o ambiente cultural no Brasil, quais sejam: (i) o da pós-modernidade; (ii) o da globalização; (iii) o da sociedade da prensa; (iv) o do hiperconsumismo; e (v) o da venda de praticamente tudo que se possui em termos de bens.

Ao final, será concluído se o Direito e o processo vêm abarcando esta nova realidade cultural que se coloca na atualidade. Não se pretende afirmar que somente os paradigmas que o estudo aponta são aqueles que estão hoje alocados na cultura da sociedade, mas sim que, partindo deles, haja uma análise se o

² JOBIM, Marco Félix. *Cultura, escolas e fases metodológicas do processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

Direito e o processo estão cada vez mais longe ou perto dos valores atribuídos à sociedade.

1 DIREITO E CULTURA

A cultura é fenômeno social que traduz o momento de determinada sociedade em determinado local e tempo. O questionamento que ora se transfere ao estudo é saber se este momento cultural vivenciado por determinada sociedade deve espelhar, da mesma forma, o momento jurídico³ que ela vivencia.

Para início de debate, deve-se buscar em Galeno Lacerda⁴ parte da discussão ora trazida à lume, pois, em suas palavras, aponta ser a cultura um elemento importantíssimo para o crescimento de uma civilização. Poéticas ou não suas palavras, é inegável que o Direito não pode estar infenso aos fenômenos culturais da sociedade; e vai mais além afirmando que deve ser, inclusive, um modo de modificar o pensamento dela.

Ângelo Fazea, ao se referir ao Direito, aponta ser ele um subsistema do que vem a ser o sistema maior que seria a própria cultura, ao dizer: “[...] *che Il diritto è un fenomeno culturale; che la cultura è configurabile come un sistema internamente articolato in sottosistemi; Che Il diritto à uno dei sottosistemi Del sistema culturale*”⁵.

Ora, sendo o Direito um subsistema do sistema que vem a ser a “cultura”, conclui-se que, modificado o sistema, os seus subsistemas sofrerão igualmente consequências, modificando-os também, e vice-versa, ou seja, modificando o subsistema (Direito), a cultura (sistema) também poderá ser atingida e modificada, o que pode ser feito, inclusive, pela via de um processo judicial. Na mesma linha de considerar o próprio Direito como parte integrante da cultura de um povo, pode-se ler Guido Fernando Silva Soares⁶.

³ SILVA, Vasco Pereira da. *A cultura a que tenho direito: direitos fundamentais e cultura*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 7. Para o autor, Direito e cultura têm uma relação amorosa.

⁴ LACERDA, Galeno. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 4.

⁵ FALZEA, Angelo. *Sistema culturale e sistema giuridico*. In: _____. *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*. Milano: Giuffrè, 1999. p. 2.

⁶ SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao direito dos EUA*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 21-22. Na verdade, o Direito, enquanto sistema normativo, encontra-se concebido e originado da cultura e da civilização de um povo e, portanto, reflete seus valores, e, sendo uma cultura de um povo ou da civilização de uma época, vale enquanto valem os valores inconfundíveis e irredutíveis daquela cultura e civilização. Um paralelismo com as línguas vivas, que igualmente são fruto da cultura e da civilização de um povo, mostra que é totalmente imprecendente dizer que a língua inglesa é melhor ou pior que a portuguesa, que esta é mais que aquela ou que

Nada mais exemplificativo e atual que a recente decisão do Supremo Tribunal Federal⁷, a qual igualou as relações homoafetivas às de união estável entre homem e mulher, fazendo com que este novo norte, reflexo de um processo, tenha condições de possibilidade de efetivar uma nova orientação cultural na sociedade brasileira.

O desfecho com que se pode finalizar este tópico é de Ovídio Baptista A. da Silva⁸, que assim define as ligações existentes entre cultura e Direito, ao mencionar:

Em resumo, superar o dogmatismo, fazendo com que o Direito aproxime-se de seu leito natural, como ciência da cultura, recuperando sua dimensão hermenêutica.

Isto poderia parecer uma tarefa desnecessária, pois hoje ninguém mais tem dúvida de que o Direito é uma construção humana, não havendo uma ordem jurídica previamente inscrita na natureza das coisas; e a lei deve ser apreendida como uma proposição cujo sentido altera-se na medida em que se alterem as variantes necessidades e contingências históricas.

Diante de tais pensamentos, mesmo que emanados de alguns poucos autores pesquisados, não há como deixar de registrar a uniformidade de pensamento de todos eles ao referirem que a cultura influi diretamente no Direito⁹. Diante de tais fatos, pode-se afirmar que o Direito deve se adaptar

aquela é mais concisa do que esta: o que importa é que, tanto em uma quanto em outra, as ideias são expressas com igual clareza e os valores são transmitidos de pessoa a pessoa.

⁷ Entre 4 e 5 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a ADIn 4277 e a ADPF 132, igualando as relações homoafetivas à união estável.

⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 1-2.

⁹ SILVA, José Afonso da. *Ordenação constitucional da cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 42. Não é por menos que a Constituição da República Federativa do Brasil dedicou tantos artigos ligados à cultura, conforme expõe o constitucionalista: “A Constituição Brasileira de 1988 refere-se à cultura nos arts. 5º, IX, XXVII, XXVIII e LXXIII, e 220, §§ 2º e 3º, como manifestação de direito individual e de liberdade e direitos autorais; nos arts. 23, 24 e 30, como regras de distribuição de competência e como objeto de proteção pela ação popular; nos arts. 215 e 216, como objeto do Direito e patrimônio brasileiro; no art. 219, como incentivo ao mercado interno, de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural; no art. 221, como princípios a serem atendidos na produção e programação das emissoras de rádio e televisão; no art. 227, como um direito da criança e do adolescente; e no art. 231, quando reconhece aos índios sua organização social, língua, crenças e tradições e quando fala em terras tradicionalmente ocupadas por eles necessárias à reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições”.

àquela determinada cultura na época ou na sociedade na qual se vive, assim como esta adaptar-se às inovações porventura trazidas por ele.

1.1 O MOMENTO DO DIREITO NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA BRASILEIRA

Essa passagem do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito traz novas responsabilidades ao profissional do Direito, entre elas pensar sobre qual seu momento atual na sociedade contemporânea.

Será que a legalidade, que era afirmação do Estado Liberal desde a célebre obra de Montesquieu, ainda é uma realidade na atualidade, ou ela cede espaço a novas teorias que tentam explicar os fenômenos jurídicos hodiernos? Luiz Guilherme Marinoni¹⁰ abastecer esta parte doutrinária enaltecendo o rompimento com o Estado legalista, devendo dar-se norte a um novo Estado de Direito ligado à seara constitucional.

Então, sabe-se que o momento cultural jurídico que hoje prepondera no Brasil, assim como em muitos ordenamentos estrangeiros, denomina-se de neoconstitucionalismo¹¹. Contudo, é de se questionar se a cultura que se vivencia hoje fora das questões jurídicas está influenciando o Direito brasileiro.

1.2 A CULTURA DA SOCIEDADE ATUAL

Inegável que as transformações trazidas pela cultura influenciam o âmbito do Direito brasileiro, não sendo nem preciso a leitura da vasta bibliografia da matéria que assim entende, a qual foi parcialmente citada no capítulo sobre o tema, mas tão somente o cidadão partir de seu bom senso para chegar a esta indubitável conclusão.

O que interessa, então, neste momento, é saber quais são os novos paradigmas sociais que interessam a esta nova etapa do direito contemporâneo.

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. I, 2010. p. 23-24.

¹¹ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 27. Afirma o autor sobre o que entende pelo conceito de neoconstitucionalismo: "O neoconstitucionalismo está voltado à realização do Estado Democrático de Direito, por intermédio da efetivação dos direitos fundamentais. Aposta no caráter transformador das Constituições modernas, pois, como utopias de direito positivo, servem como norte capaz de orientar as necessárias mudanças sociais. Neste sentido, não se pode ignorar a advertência de Macpherson: 'Só sobreviverão as sociedades que melhor possam satisfazer as exigências do próprio povo no que concerne à igualdade de direitos humanos e à possibilidade de todos os seus membros lograrem uma vida plenamente humana'".

Quando da elaboração da obra *Cultura, escolas e fases metodológicas do processo*, foram encontrados três novos alicerces culturais – pós-modernidade, hiperconsumismo e globalização –, os quais ganham mais dois reforços: o da sociedade da pressa e o da compra e venda de quase tudo.

1.2.1 A PÓS-MODERNIDADE

O ser humano já foi alguém desprovido de fala e de escrita, mas mesmo assim não deixou de sobreviver e de se comunicar pela linguagem atribuída a esta determinada época da história da humanidade. Isso se explica pelo simples fato de que talvez este tenha sido o momento cultural ideal para aquela determinada classe de indivíduos, ou seja, não falar, não escrever, comunicando-se de outras formas.

A história relata que a sociedade, salvo raros casos, não permanece estagnada. Felizmente, o mundo evoluiu, ao passo de o elemento cultural preponderante evoluir em um mesmo patamar para que momentos da história global pudessem ser hoje conhecidos, estudados e compreendidos para a melhoria da qualidade de vida.

Não é à toa que, quando se abre um livro destinado à história mundial, ou outro que tente explicar o posicionamento político de determinada época, ou ainda mais um de história do Direito, serão objetivos seus capítulos no que concerne aos diversos estágios existentes na sociedade mundial, sabendo-se que havia os povos da chamada Antiguidade¹² (entre os mais conhecidos pode-se dizer os gregos e os romanos) e que, quando da derrocada destes últimos, ingressou-se em uma nova era, chamada de Idade Média¹³; posteriormente,

¹² SILVA, Kalina Vanderlei; SILVA, Maciel Henrique. *Dicionário de conceitos históricos*. 3. ed. São Paulo: Contexto, 2010, p. 19. Sobre os povos da Antiguidade relatam: “O significado na palavra Antiguidade faz referência a objetos do passado. Mas como conceito histórico, Antiguidade é um período da História do Ocidente bem delimitado que se inicia com o aparecimento da escrita e a constituição das primeiras civilizações e termina com a queda do Império Romano, dando início à Idade Média. Tal conceito é de vital importância para a construção da ideia de Ocidente, da mesma forma que algumas noções correlatas, como clássico e antigo”.

¹³ PALMA, Rodrigo Freitas. *História do direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Sobre esta parte da história refere o autor: “Convencionou-se designar de ‘Idade Média’ o período compreendido pelo declínio do Império Romano do Ocidente (476) e a queda de Constantinopla (1453). Além dessa classificação de praxe, pode-se estabelecer outra, que se divide em ‘Alta Idade Média’ (séculos V a X) e ‘Baixa Idade Média’ (séculos XI a XV)”.

vimos o Absolutismo¹⁴, seguido do Renascimento¹⁵, estes dois importantes momentos na história que deram entrada ao que se conhece por Idade Moderna. Mais recentemente ainda, poderiam ser lembrados outros momentos, como a modernidade líquida ou fluida¹⁶ e o estágio mais atual, o da pós-modernidade¹⁷.

¹⁴ SILVA, Kalina Vanderlei; SILVA, Maciel Henrique. *Dicionário de conceitos históricos*. 3. ed. São Paulo: Contexto, 2010, p. 11. Sobre o absolutismo relatam os autores: “O surgimento do Absolutismo se deu com a unificação dos Estados nacionais na Europa ocidental no início da Idade Moderna, e foi realizada a centralização de territórios, criação de burocracias, ou seja, centralização de poder nas mãos dos soberanos. Essa centralização aconteceu, no entanto, após uma série de conflitos específicos. Durante a Idade Média, os monarcas feudais dividiam o poder com os grandes senhores de terra, mas com a formação dos Estados nacionais iniciou-se um processo de diminuição do poder desses senhores. Tal processo foi possibilitado pelo crescente poder econômico da burguesia, uma camada social nascente que, sem possuir poder político, apoiou-se no rei para combater a nobreza. O Estado centralizado surgiu, assim, interligado aos conflitos políticos entre nobreza e burguesia, característicos desse momento histórico, além das disputas políticas entre os príncipes e a Igreja católica, visto que o Papado durante toda a Idade Média foi uma considerável força internacional”.

¹⁵ SCHWANITZ, Dietrich. *Cultura geral: tudo o que se deve saber*. Tradução de Beatriz Silke Rosa; Eurides Avance de Souza; Inês Antonia Lohbauer. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 61. Sobre esse determinado período na história refere o autor: “O termo ‘renascimento’ vem de *renaissance*, criado por Giorgio Vasari já em 1550, para caracterizar sua época nas biografias que fazia dos artistas italianos. Com Vasari, quis definir a redescoberta da cultura pagã da Antiguidade depois do longo sono da Idade Média. Esse renascimento exprimiu-se sobretudo por meio da arquitetura, da escultura e da pintura e produziu as maravilhosas cidades italianas que até hoje admiramos”. E finaliza: “Tudo isso não aconteceu por acaso: o que renasceu foram o prazer terreno, a sensualidade, as cores, a luz e a beleza do corpo humano. O ser humano voltou do além e descobriu o paraíso na terra. Era um paraíso de formas e cores. Essa descoberta provocou uma vertigem. O Renascimento era vivenciado como uma festa, como euforia e excesso e, por isso, expressava-se sobretudo nas artes que falam aos sentidos: a arquitetura e a pintura”.

¹⁶ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 14-15. Sobre a chegada da modernidade líquida refere o sociólogo: “A nossa é uma versão individualizada e privatizada da modernidade, e o peso da trama dos padrões e a responsabilidade pelo fracasso caem principalmente sobre os ombros dos indivíduos. Chegou a vez da liquefação dos padrões de dependência e interação. Eles são agora maleáveis a um ponto que as gerações passadas não experimentaram e nem poderiam imaginar; mas, como todos os fluidos, eles não mantêm a forma por muito tempo. Dar-lhes forma é mais fácil que mantê-los nela. Os sólidos são moldados para sempre. Manter os fluidos em uma forma requer muita atenção, vigilância constante e esforço perpétuo – e mesmo assim o sucesso do esforço é tudo menos inevitável”.

¹⁷ CHEVALIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 19-20. Sobre a nomenclatura pós-modernidade aponta o professor francês: “Alguns falarão de modernidade ‘tardia’, ‘reflexiva’ ou ainda de ‘segunda modernidade’ (U. Beck, 1986; A. Giddens, 1994), insistindo sobre os elementos de continuidade com a sociedade precedente, que não teriam levado a lógica da modernidade às suas últimas consequências. Outros, que, ao contrário, privilegiam os elementos de ruptura, falarão de modernidade ‘líquida’ (Z. Baumann, 2000) (a ‘liquidez’ das sociedades atuais, caracterizadas pela precariedade extrema dos vínculos sociais, contrastando com a ‘solidez’ das instituições do mundo industrial), ou ainda de ‘hipermodernidade’ (F. Ascher, 2000) ou de ‘sobremodernidade’ (a radicalização da modernidade envolvendo importantes mutações). Preferir-

A exemplificativa caminhada, sem qualquer pretensão de esgotamento das fases históricas da humanidade, serve para demonstrar que o mundo evolui de acordo com determinados momentos culturais que a sociedade daquela época vivenciou, e que o passar do tempo pode vir a ser um elemento modificador da cultura e, conseqüentemente, do momento social que se vive.

Vivencia-se, hoje, o que se passa a chamar de pós-modernidade. Isso se dá pelos diversos elementos culturais que hoje estão a cada dia modificando o modo de pensar e de agir do ser humano.

Mas o que vem a ser pós-moderno? Uma das explicações é conferida por Mike Featherstone¹⁸, ao assim se manifestar sobre a conceituação:

Se “moderno” e “pós-moderno” são termos genéricos, é imediatamente visível que o prefixo “pós” (*post*) significa algo que vem depois, uma quebra ou ruptura com o moderno, definida em contraposição a ele. Ora, o termo “pós-modernismo” apoia-se mais vigorosamente numa negação do moderno, num abandono, rompimento ou afastamento percebido das características decisivas do moderno, com uma ênfase marcante no sentido de deslocamento relacional. Isso tornaria o pós-moderno um termo relativamente indefinido, uma vez que estamos apenas no limiar do alegado deslocamento, e não em posição de ver o pós-moderno como uma positividade plenamente desenvolvida, capaz de ser definida em toda a sua amplitude por sua própria natureza. Tendo isso em mente, podemos olhar os pares mais profundamente.

As certezas se esvaíram. Não se sabe hoje o que se espera do amanhã, diferentemente de como era sabido na Modernidade. As incertezas tomam conta

-se-á aqui falar de ‘pós-modernidade’, na medida em que se assiste ao mesmo tempo à exacerbação das dimensões já presentes no coração da modernidade e à emergência de potencialidades diferentes: comportando aspectos complexos, mesmo facetas contraditórias, a pós-modernidade se apresenta tanto como uma ‘hipermodernidade’, na medida em que ela leva ao extremo certas dimensões presentes no cerne da modernidade, tais como o individualismo, e como uma ‘antimodernidade’, na medida em que ela se desvincula de certos esquemas da modernidade”.

¹⁸ FEATHERSTONE, Mike. *Cultura de consumo e pós-modernismo*. Tradução de Julio Assis Simões. São Paulo: Studio Nobel, 2007. p. 19.

do dia a dia e isso vai se tornando cada vez mais corriqueiro para o ser humano, que acaba achando ser completamente normal viver dessa forma.

1.2.2 A GLOBALIZAÇÃO¹⁹

Com o advento da pós-modernidade, surge algo que não pode deixar de ser também um de seus maiores alicerces: a globalização. Talvez a obra que melhor retrate o mundo globalizado seja a do colunista do *New York Times*, Thomas L. Friedman, que entendeu, após passar um tempo na Índia, que o mundo como conhecemos não é o mesmo, denominando este fator de planificação do mundo, razão pela qual sua festejada obra denomina-se de *O mundo é plano: o mundo globalizado do século XXI*. Em certa passagem, aponta o autor²⁰ como chegou neste conceito:

Lá estava eu, em Bangalore – mais de quinhentos anos depois de Colombo, munido apenas das primitivas tecnologias de navegação da sua época, desaparecer no horizonte e voltar em segurança, comprovando em definitivo que a Terra era redonda –, e um dos mais brilhantes engenheiros indianos, que havia estudado na melhor escola politécnica do seu país e tinha as mais modernas tecnologias da atualidade ao seu dispor, vinha basicamente me comunicar que o mundo agora é plano – tão plano quanto aquele telão em que ele podia presidir uma reunião de toda a sua cadeia de fornecimento global. E o mais interessante é que, a seu ver, era ótimo, constituía um novo marco do progresso humano e uma extraordinária oportunidade para a Índia e o mundo, o fato de que havíamos achatado o planeta!

No banco de trás daquela van, rabisquei quatro palavras no meu bloquinho: “O mundo é plano”, e, assim, que as vi no papel, tive a certeza de que aquela era a mensagem subjacente de tudo o que eu tinha

¹⁹ ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Globalização e Estado contemporâneo*. São Paulo: Memória Jurídica, 2001. p. 59. Alguns, como os franceses, preferem o termo “mundialização”, o que, segundo o autor da obra citada, é apenas uma questão semântica, sem maiores repercussões para o estudo em comento.

²⁰ FRIEDMAN, Thomas L. *O mundo é plano: o mundo globalizado do século XXI*. 3. ed. Tradução de Cristiana Serra [et al.]. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. p. 19.

visto e ouvido em Bangalore em 15 dias de filmagens. Estávamos aplainando o terreno da concorrência global. Estávamos achatando o planeta.

Com as definições da era pós-moderna e da mundialização das relações sociais, políticas, econômicas, entre outras características da globalização, existe outra definição que pode ter muito a ver com as ideias desses dois conceitos anteriormente referidos, mas que, mesmo se não houvesse, deveria ser estudada pela rapidez com que vem ocorrendo nos dias atuais, quer seja globalizadamente, quer seja apenas circunscrevendo ao âmbito brasileiro.

Sobre o alcance do fenômeno da globalização, Luiz Gonzaga Silva Adolfo²¹ afirma ser ele uma realidade a todas as áreas do conhecimento humano, não estando cingido apenas aos aspectos econômicos, jurídicos, históricos, políticos e sociais.

1.2.3 O HIPERCONSUMISMO

Trata-se da noção de hiperconsumismo, ou seja, de as pessoas estarem a cada dia sendo mais hiperconsumidoras de um mercado altamente atrativo para este fim. Um livro que chama a atenção é *Consumido: como o mercado corrompe crianças, infantiliza adultos e engole cidadãos*. Nessa obra, o autor, Benjamin R. Barber, traz uma assustadora visão de como as crianças estão ficando adultas mais jovens e como os adultos estão entrando em uma era de sua infantilização, o que acaba sendo uma das razões desse hiperconsumismo²².

²¹ ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. Op. cit., p. 47. Refere: “Faz-se necessário tecer as considerações indispensáveis ao entendimento do fenômeno chamado globalização, que supera suas características econômicas, ou das ciências econômicas, e leva seus reflexos a diversas áreas, destacadamente ao direito público e sobre a soberania dos Estados Nacionais, cujo enfoque é realçado aqui, bem como sobre a história, política e sociologia, embora não esteja dissociada de praticamente todas as áreas do conhecimento humano”.

²² BARBER, Benjamin R. *Consumido: como o mercado corrompe crianças, infantiliza adultos e engole cidadãos*. Tradução de Bruno Casotti. Rio de Janeiro: Record, 2009. p. 16-17. Nesse trecho, o autor alerta para como as coisas caminham, ao dizer: “Existem provas engraçadas em toda a parte: polícia de aeroporto distribuindo pirulitos para apacar a ira de passageiros em áreas de inspeção; canais de notícias voltados para executivos da área de entretenimento, discussões pop-culturais ao estilo Vanity Fair sobre ‘infantempreendedores’, e o entusiasmo da New York Times Magazine com ‘o que as crianças querem na moda, diretamente da boca das meninas’, para sugerir calcinhas cavadas para meninas de sete anos; a profissionalização de esportes em escolas secundárias que transforma quadras de basquete de adolescentes em campos de recrutamento para a NBA e associação de jogadores de basquete em cartazes de propaganda; leitores adultos debandando para Harry Potter e O senhor dos anéis (quando não estão abandonando completamente o hábito da leitura); franquias de *fast-food* ganhando o mundo para explorar (entre outras coisas) a inquieta aversão das crianças a jantar sentadas como adultos;

Tudo isso acaba sendo fruto de uma cultura massificada²³ e instantânea, na qual estamos sendo vigiados e vigiamos a vida de cada um a cada instante, em todas as partes do globo. A preocupação não está mais no ser individual, mas no ser coletivo, modificando uma cultura herdada do Modernismo e que hoje se vê desabar frente aos comportamentos industrializados que compramos todos os dias de modelos que sequer se compactuam com o nosso.

O hiperconsumismo acaba sendo, em dois momentos, um alavancador de processos perante o Poder Judiciário. Em uma primeira visão, as pessoas, consumindo mais, estão mais propensas a que ocorram problemas nestas relações²⁴, acabando por estes serem resolvidos no Poder Judiciário. Por segundo, essas mesmas pessoas que consomem em damasia tudo em sua vida também um dia serão consumidoras do Poder Judiciário, pela própria cultura incorporada

jogos para adolescentes como World of Warcraft, Grand Theft Auto e Narc, e filmes inspirados em quadrinhos como Exterminador do Futuro, Homem-Aranha, Mulher-Gato e Shrek dominando o mercado de entretenimento; novos canais de televisão 'educativos', como BabyFirst TV e vídeos como 'Baby Einstein'; cirurgias plásticas e injeções de botox prometendo uma fonte da juventude a mulheres da geração *baby boom* que invejam suas filhas; remédios para desempenho sexual, como Levitra, Cialis e Viagra (vendas superiores a US\$ 1 bilhão em 2002), tornando-se artigos de consumo de homens da geração *baby boom* igualmente insatisfeitos e tentando contrabandear a juventude atávica para a idade da Previdência Social; e homens de negócios usando bonés de beisebol, jeans e camisetas largas, imitando a negligência estudada de seus filhos ainda em crescimento. Além da cultura pop, o etos infantilista também domina: julgamentos dogmáticos, com base no 'preto no branco', na política e na religião substituem as complexidades cheias de nuances da moralidade adulta, enquanto as marcas da infância perpétua são impressas em adultos que se entregam à puerilidade sem prazer e à indolência sem inocência. Daí a atração do novo consumidor pela idade sem dignidade, por roupas sem formalidade, sexo sem reprodução, trabalho sem disciplina, brincadeiras sem espontaneidade, aquisição sem propósito, certeza sem dúvida, vida sem responsabilidade e narcisismo até a idade avançada e até a morte sem um vestígio de sabedoria ou humildade. Na época em que vivemos, a civilização não é um ideal nem uma aspiração, é um *videogame*".

²³ MORIN, Edgar. *Cultura de massas no século XX*. Espírito do tempo 1: neurose. 10. ed. Tradução de Maura Ribeiro Sardinha. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011, p. 4-5. Sobre a cultura em massa refere o autor: "Cultura de massa, isto é, produzida segundo as normas maciças da fabricação industrial; propagada pelas técnicas de difusão maciça (que um estranho neologismo anglo-latino chama de *mass-media*); destinando-se a uma massa social, isto é, um aglomerado gigantesco de indivíduos compreendidos aquém e além das estruturas internas da sociedade (classes, família, etc.)". E finaliza seu pensamento: "O termo cultura de massa, como os termos sociedade industrial ou sociedade de massa (*mass-society*), do qual ele é equivalente cultural privilegia excessivamente um dos núcleos da vida social; as sociedades modernas podem ser consideradas não só industriais e maciças, mas também técnicas, burocráticas, capitalistas, de classes, burguesas, individualistas [...]. A noção de massa é *a priori* demasiadamente limitada".

²⁴ Para se ter uma noção, no site www.espacovital.com.br, em matéria acessada no dia 31 de maio de 2011, está a informação de que existem 24.000 (vinte e quatro mil) reclamações de consumidores que adquiriram produtos das lojas Americanas, o que, em tese, pode gerar este número de ações individuais para o Poder Judiciário julgar os danos decorrentes deste consumo.

em seu ser, levando a julgamento casos sem sentido e recebendo, tudo em nome de uma equivocada interpretação do art. 5º, XXXV²⁵, da Constituição Federal, muitas vezes denominado equivocadamente de acesso à justiça ou inafastabilidade da jurisdição²⁶, quando, na verdade, nada mais é do que direito fundamental de o cidadão poder levar sua pretensão de direito material às portas do Poder Judiciário, embora grandes nomes defendam que existem duas concepções para o chamado “acesso à justiça”: o primeiro, de somente poder acessar o Poder Judiciário, e o segundo, de que este acesso seja justo²⁷.

²⁵ “XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

²⁶ SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. *Processo constitucional: nova concepção de jurisdição*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008. p. 145. Após nominar o inciso XXXV do art. 5º no seu capítulo 4.4.3 de “Acesso à justiça”, aponta na nota de rodapé 34 outras nomenclaturas encontradas no sistema: “Referimo-nos ao controle indispensável pelo Poder Judiciário, inafastabilidade de apreciação pelo Poder Judiciário, indeclinabilidade da prestação jurisdicional, entre outros, que trazem a ideia de que toda lesão ou ameaça de lesão a direito poderá ser apreciada e decidida pelo poder Judiciário, logo de plano se vê que essa garantia é ínsita a todo e qualquer tipo de processo, pois, em qualquer ferimento de qualquer sorte a seu direito, o cidadão tem o Poder Judiciário para protegê-lo”.

²⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 8. Referem os autores sobre o duplo aspecto do título de sua obra e afirmam se tratar ela mais em sua primeira concepção de maior acesso do cidadão ao Poder Judiciário. Relatam, ainda, que em sua segunda acepção quer dizer a busca por um processo justo, o que, na acepção adotada pelo livro ora escrito, não se encontra no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Brasileira, mas em uma leitura crítica e atenta de todo o processo constitucional destacado no catálogo do art. 5º. Tudo isso indica que o nome do livro, “Acesso à justiça”, é de grande infelicidade, quando o livro deveria ter sido nominado pelos escritores de “Acesso ao Poder Judiciário”. Dizem os autores: “A expressão ‘acesso à justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. O primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individualmente e socialmente justos. Nosso enfoque, aqui, será primordialmente sobre o primeiro aspecto, mas não poderemos perder de vista o segundo. Sem dúvida, uma premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, *pressupõe* o acesso efetivo”. Também na mesma linha de via dupla para a expressão “acesso à justiça”, pode-se ler: BERMUDEZ, Sergio. *Direito processual civil: estudos e pareceres*. 3. série. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 179. Discorre o processualista: “O direito processual encara a expressão *acesso à justiça*, primeiro como significativo da possibilidade de se pedir ao Estado a solução de um conflito ocorrente, a prevenção de um conflito iminente ou a tutela de interesses relevantes, cuja administração ele chamou a si. Depois, ele toma essa expressão como indicativa da possibilidade de obtenção de uma prestação justa, isto é, conforme ao direito, cujas normas se empenham não apenas na proteção que elas asseguram, mas na pronta outorga dessa tutela”. E conclui: “Em outras palavras, *acesso à justiça* significa propiciar meios ao jurisdicionado, que é qualquer pessoa, nacional ou estrangeira, física, jurídica ou formal, que se encontre sob a égide da soberania de um Estado, de obter a administração da justiça através de providências eficazes. Já se vê que na locução *acesso à justiça* o vocábulo justiça possui o duplo significado de Judiciário e de julgamento justo que refleta a vontade da regra de direito e repercute, efetivamente, na vida do postulante e no grupo social”.

1.2.4 A SOCIEDADE DA PRESSA

Deve-se esquecer aquela velha concepção de tempo com que grande parte de nossos antepassados vivenciou, que era consubstanciado em fragmentar o tempo em séculos, décadas, anos, dias, horas, minutos, segundos, décimos de segundos, milissegundo, microssegundo, pois chega-se a hora de, em uma visão mais contemporânea de tempo, citar os novos paradigmas que o dividem em nanossegundos²⁸, picossegundos²⁹, femtossegundos³⁰ e attossegundos³¹. Isso dá-se já nesta nova concepção da sociedade da prensa.

Os conceitos de outrora sobre tempo são difíceis de serem sustentados em uma sociedade pós-moderna, tendo em vista que as pessoas vivem constantemente sem tempo.

A velocidade com que alguns acontecimentos ocorrem não poderia sequer ser imaginada alguns anos atrás. Uma pesquisa que poderia demorar anos ou até mesmo uma vida inteira pode ser feita em milésimos de segundos pela Internet, bastando fazer um cruzamento de informações e clicar o botão "Enter"³². E isso é fruto de uma sociedade que necessita dessa agilidade, pois, ao invés de um compromisso apenas, o ser humano tem dezenas a realizar no

²⁸ LABRADOR, David. Do instantâneo ao eterno. *Scientific American*, São Paulo: Ediouro, ed. 21, p. 24, 2007: "NANOSSEGUNDO (um bilionésimo de segundo). Um feixe de luz percorre apenas 30 centímetros no vácuo nesse espaço de tempo. O microprocessador de um computador doméstico leva normalmente de dois a quatro nanossegundos para executar uma instrução simples, como somar dois números. O méson k, outra partícula subatômica rara, tem vida de 12 nanossegundos".

²⁹ Idem, ibidem: "PICOSSEGUNDO (a milésima parte de um bilionésimo de segundo). Os transmissores mais rápidos operam em picossegundos. O quark para baixo, uma partícula subatômica rara criada em aceleradores de alta energia, dura um picossegundo antes de decair. O tempo médio de vida de ligação de hidrogênio nas moléculas de água em temperatura ambiente é de três picossegundos".

³⁰ Idem, ibidem: "FEMTOSSEGUNDO (a milionésima parte de um bilionésimo de segundo). Um átomo completa normalmente uma vibração entre 10 e 100 femtossegundo. Mesmo reações químicas muito rápidas precisam de algumas centenas de femtossegundos para chegarem ao fim. A interação da luz com pigmentos na retina, o processo que permite a visão, exige cerca de 200 femtossegundos".

³¹ STIX, Gary. Tempo real. *Scientific American*, São Paulo: Ediouro, ed. 21, p. 9, 2007. Apenas para se ter uma ideia de como o segundo é hoje dividido: "Uma equipe da França e da Holanda conseguiu estabelecer um novo recorde de velocidade na subdivisão do segundo, ao anunciar, em 2001, que uma luz estroboscópica a laser emitiria pulsos com duração de 250 attossegundos - o que significa 250 bilionésimos de um bilionésimo de segundo. Esse estroboscópio poderá, no futuro, ser a base para a construção de uma máquina capaz de fotografar os movimentos de elétrons individuais. A era moderna já registrou avanços na mensuração de grandes intervalos de tempo. Métodos da datação radiométrica, que são como varas de medição de 'tempo profundo', informaram a idade da Terra".

³² Apenas para se ter uma noção, ao se digitar o termo "tempo" no site de busca do "Google", serão pesquisadas 297.000.000 informações para um tempo de apenas 0,04 segundos. Disponível em: www.google.com.br. Acesso em: 20 jan. 2009.

mesmo dia, na mesma hora, o que acaba por tornar escasso o tempo, mesmo que existam ferramentas que facilitam o dia a dia, como a anteriormente mencionada. E o ser humano sente epidermicamente o passar do tempo e se preocupa, constantemente, com essa falta existente nos dias de hoje.

Tanto é assim que não é de se estranhar que o conhecido e antigo adágio popular “*time is money*”³³ nunca esteve tão em voga, e não apenas pela força da expressão, mas sim, pois, estando a sociedade sem tempo, nada mais justo que aqueles que o têm consigam vendê-lo para aqueles que não o têm e sejam devidamente compensados, da melhor forma possível.

Gary Stix, em lição sobre o tema, afirma que “o tempo, no século XXI, tornou-se o equivalente do que foram os combustíveis fósseis e os metais preciosos em outras épocas”³⁴, mostrando que ele está se tornando uma raridade e, pior, comercializável.

Mais radical ainda é o pensamento de Philip Zimbardo e John Boyd³⁵, que, ao estudarem em profundidade as questões relacionadas ao tempo e ao ser humano, ao analisarem milhares³⁶ de questionários acerca do tema, relatam ser o tempo nosso bem mais valioso:

O tempo é nosso bem mais valioso. Na economia clássica, quanto mais escasso for um recurso, maior será a quantidade de usos que se pode fazer dele e maior o seu valor. O ouro, por exemplo, não tem nenhum valor

³³ STIX, Gary. Op. cit., p. 7: “Um professor inglês de economia chegou ao ponto de tentar capturar o ‘espírito do tempo’ do milênio atribuindo ao provérbio de Franklin um substrato quantitativo. Segundo uma equação formulada por Ian Walker, da University of Warwick, três minutos gastos escovando os dentes equivalem a U\$\$ 0,45, o valor médio da remuneração (descontados os impostos e a contribuição para a seguridade social) que o cidadão britânico deixa de ganhar, ao fazer algo que não seja trabalhar. Meia hora despendida lavando um carro equivale a U\$\$ 4,50”.

³⁴ Idem, *ibidem*. A passagem completa do texto refere: “Há mais de 200 anos Benjamin Franklin criou a famosa frase comparando a passagem de minutos e segundos aos xelins e libras. O novo milênio – e as décadas que o antecederam – terminaram por dar às palavras de Franklin seu verdadeiro significado. O tempo, no século XXI, tornou-se o equivalente do que foram os combustíveis fósseis e os metais preciosos em outras épocas. Constantemente medida e valorada, essa matéria-prima vital continua a fomentar o crescimento de economias construídas com base em terabytes e gigabits por segundo”.

³⁵ ZIMBARDO, Philip; BOYD, John. *O paradoxo do tempo: você vive preso ao passado, vivendo no presente ou refém do futuro?* Tradução de Saulo Adriano. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. p. 16.

³⁶ Idem, p. 14: “Nessas três décadas, mais de 10 mil pessoas responderam ao nosso questionário. Em todo o mundo, nossos colegas em mais de 15 países usaram esses questionários com mais outros milhares de pessoas. É recompensador constatar que as pessoas se submetem a este teste e percebem que distribuem o fluxo de suas experiências pessoais em categorias mentais ou zonas temporais”.

intrínseco e não passa de um metal amarelo. Entretanto, os veios de ouro são raros no planeta, e esse metal tem muitas aplicações. Primeiramente, o ouro era usado na confecção de joias, e mais recentemente passou a ser usado como condutor em componentes eletrônicos. A relação entre escassez e valor é bem conhecida, e por isso o preço exorbitante do ouro não é nenhuma surpresa.

A maioria das coisas que podem ser possuídas – diamantes, ouro, notas de cem dólares – consegue ser repostas. Novas reservas de ouro e diamante são descobertas, e novas notas são impressas. O mesmo não acontece com o tempo. Não há nada que qualquer um de nós possa fazer nesta vida para acrescentar um momento a mais no tempo, e nada permitirá que possamos reaver o tempo mal-empregado. Quando o tempo passa, se vai para sempre. Então, embora Benjamin Franklin estivesse certo a respeito de muitas coisas, ele errou ao dizer que tempo é dinheiro. Na verdade o tempo – nosso recurso mais escasso – é muito mais valioso do que o dinheiro.

Assim, a sociedade é da pressa, o que reflete diuturnamente na vida de todo, fazendo com que já acordemos atrasados, deitemos com a cabeça no amanhã e, inclusive, durmamos pouco para poder compensar os atrasos dos dias passados. Entramos no que Vince Poscente defende ser a era da velocidade³⁷.

1.2.5 O VENDER TUDO

O filósofo estadunidense Michael J. Sandel, um dos grandes críticos na atualidade da ótica utilitarista que predomina no mercado empresarial, tese que defendeu em sua obra *Justiça: o que é fazer a coisa certa* e nas suas aulas sobre o tema no seu Curso Justice na Universidade de Harvard³⁸, agora traz, na sequência, outra obra que promete abalar as estruturas da sociedade de

³⁷ POSCENTE, Vince. *A era da velocidade: aprendendo a prosperar em um universo mais-rápido-já*. Tradução de Suely Cuccio: São Paulo: DVS, 2008.

³⁸ As aulas podem ser assistidas na íntegra pelo *site* www.justiceharvard.org.

consumo contemporânea, chamada de *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*³⁹.

Nas primeiras páginas da obra, o leitor já se depara com as situações inusitadas que o filósofo norteia para demonstrar que, se há dinheiro, existe a possibilidade de compra de quase tudo que se quer.

Entre os exemplos pode-se citar: *upgrade* na cela carcerária por U\$\$ 82; acesso às pistas de transporte solidário por U\$\$ 8 nas horas do *rush*; barriga de aluguel indiana por U\$\$ 6.250, tendo em vista que nos Estados Unidos o valor tem ficado três vezes mais alto que na Índia; o direito de ser imigrante nos EUA, por U\$\$ 500.000; o direito de se abater um rinoceronte negro ameaçado de extinção na África do Sul, por U\$\$ 150.000; um plano para ter o celular de seu médico à disposição diuturnamente, que varia de U\$\$ 1.500 a U\$\$ 25.000; o direito de lançar uma tonelada métrica de gás carbônico na atmosfera, por U\$\$ 18; e, por fim, em seus exemplos iniciais, poder matricular seu filho em uma universidade de prestígio, sendo que deixa de colocar o valor para tal “compra”, pois, de acordo com o *Wall Street Journal*, isso é feito por meio de doações⁴⁰.

A partir daí, sob outra perspectiva, pondera o filósofo estadunidense que nem todos podem adquirir esses bens, mas não faltam modos de hoje poder se ganhar algum dinheiro de forma mais inusitada, afirmando existir este novo mercado, que, também, não deixa de ser de venda, como: poder alugar um espaço na testa ou em outra parte do corpo para publicidade comercial, por U\$\$ 777; servir de cobaia humana em testes de laboratórios farmacêuticos para novas medicações, por U\$\$ 7.500; combater na Somália ou Afeganistão em um contingente militar privado, de U\$\$ 250 por mês a U\$\$ 1.000 por dia; guardar lugar na fila no Congresso americano para um lobista que pretenda comparecer a uma audiência no dia seguinte, de U\$\$ 15 a U\$\$ 20; pagar para que alunos leiam livros em escolas com baixo desempenho, por U\$\$ 2 o livro; perder peso para ser mais saudável, o que vem sendo pago U\$\$ 378 por seis quilos em quatro meses pelas seguradoras; e, por último, exemplifica com a possibilidade de comprar a apólice de seguro de uma pessoa idosa ou doente, continuar pagando os prêmios anuais enquanto está viva e receber a indenização quando morrer, sem previsão de valor, que pode chegar a milhões de dólares⁴¹.

³⁹ SANDEL, Michael J. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

⁴⁰ Idem, p. 9-10.

⁴¹ Idem, p. 10-1.

Ora, tudo isso faz parte de novas concepções de mercado que irão, necessariamente, desembocar, em determinado momento, no Poder Judiciário, discutindo a validade dos atos, tudo em prol, muitas vezes sem qualquer fundamentação de fundo, do direito fundamental à dignidade da pessoa humana.

1.2.6 ENTÃO, O DIREITO ABARCA O NOVO MODELO CULTURAL?

Em que pese ainda não existirem estudos ligados à área do Direito que afirmem que os cinco fenômenos culturais estão ou não sendo determinantes ao Direito, alguns autores sustentam alguns deles, em particular. É o caso da processualista gaúcha Jaqueline Mielke Silva⁴², que assim expõe parte do problema:

No cenário contemporâneo, a sociedade é regida por novos comandos. De um lado, o mundo contemporâneo trouxe um progresso material impressionante, de descobertas e inovações tecnológicas; de outro, grande parte da população mundial permanece no mais completo estado de subdesenvolvimento e abandono.

Ao desenvolvimento e progresso das metrópoles industriais é possível atribuir também o enorme crescimento das classes médias urbanas e, com elas, o destaque da estrela e vilã de nosso século: a cultura de massa, produção cultural destinada aos grandes grupos de consumidores, simples e estereotipada, com objetivos claros e definidos.

Essas transformações anteriormente descritas e outras tantas que a processualista refere em sua obra trazem grandes problemas de como pensar o Direito contemporâneo. Refere⁴³:

O grande problema jurídico na atualidade é como pensar o Direito, como operar com o Direito neste período de grandes transformações pelo qual se passa, nesta forma de sociedade de que muitos chamam, por uma questão de comodidade, de globalização. Examinar o Direito

⁴² SILVA, Jaqueline Mielke. *O direito processual civil como instrumento de realização de direitos*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005. p. 37-38.

⁴³ *Idem*, p. 44.

dentro da globalização implica relacioná-la com a complexidade, com todos os processos de diferenciação e regulação social que estão surgindo.

Isso se dá pelo simples fato de que não aceitamos pensar o Direito na era da globalização, na pós-modernidade ou no hiperconsumismo. Novamente, Jaqueline Mielke Silva⁴⁴ aborda esse posicionamento:

No Direito brasileiro, temos experimentado diversas tentativas de “modernização” do processo civil. Todavia, elas são incapazes de produzir uma transformação significativa em nossa experiência judiciária, por uma simples e incontestável razão: continuamos legislando baseados no paradigma da modernidade. Sem uma mudança de paradigma, continuaremos a ter “reformas” que são apenas paliativos, que em nada resolvem problemas com a efetividade do processo e a realização do Direito.

A falência do Estado é também constatada por Fabiana Marion Spengler⁴⁵ ao referir, em sua premiada tese de doutorado recentemente publicada:

O Estado contemporâneo está em crise, necessitando rever todos os seus papéis, tanto na esfera econômica quanto nos modelos de regulação social e jurídica tradicionais. Tais modelos já não mais funcionam, o que deflagra a constatação de que o Estado vive uma crise que põe em xeque o desempenho das atribuições que lhe eram específicas. De fato, há tempos a crise do Estado se anuncia e paralelamente se assiste à transformação das coordenadas espaciais e temporais da vida social. A evolução tecnológica reformula a concepção de tempo e de espaço e o Estado, que até então era uma forma de organização de determinado território nacional com delimitações bem definidas, assiste à transformação de seus contornos jurídico/políticos.

⁴⁴ Idem. O tempo na sociedade pós-moderna. In: TELLINI; JOBIM; JOBIM, op. cit., p. 367.

⁴⁵ SPENGLER, Fabiana Marion. *Da jurisdição à mediação*: por outra cultura no tratamento de conflitos. Ijuí: Unijuí, 2010. p. 36.

Também não é outro o entendimento emanado por Ovídio A. Baptista da Silva⁴⁶, que, já no prefácio de sua obra mais conhecida, remete a uma jurisdição que abarque os tempos em que se vive, ao afirmar:

Dentre os objetivos visados por este ensaio, cabe destacar alguns que me parecem mais significativos. O primeiro deles, pela sua importância, é o propósito de assumir uma posição decidida na defesa da jurisdição estatal, como instituição indispensável à prática de um autêntico regime democrático. Este objetivo obriga-nos a tratar das deficiências e obstáculos, apostos por nosso sistema processual, a uma jurisdição compatível com o nosso tempo, uma jurisdição capaz de lidar com a sociedade de consumo, complexa e pluralista, em seu estágio de “globalização”.

Diante desses fatos, a afirmação de Jacques Chevalier⁴⁷ de que se precisa de um Direito pós-moderno para os acontecimentos que existem na pós-modernidade é de vital importância para a sobrevivência do que se chama de Direito e do que se chama de processo. Nas palavras do professor francês:

[...] à emergência de um Estado pós-moderno corresponde inevitavelmente o surgimento de um direito pós-moderno. Mais precisamente, ainda que os fenômenos não estejam ligados por um vínculo de causalidade, mas sim de concomitância, a dinâmica pós-moderna que sacode as sociedades contemporâneas atravessa simultaneamente, e com um mesmo movimento, tanto o direito como o Estado: paralelamente ao direito clássico, ligado à construção do Estado e característico das sociedades modernas, assiste-se à emergência progressiva de um novo direito, reflexo da pós-modernidade.

Assim, em que pese os autores defenderem que o Direito deve estar umbilicalmente ligado à cultura, também é verdade que a cultura que vem se desenvolvendo está anos-luz do que se pensa atualmente em termos de Direito, razão pela qual se deve pensar na pós-modernidade, na globalização,

⁴⁶ SILVA, Ovídio. Op. cit., p. IX.

⁴⁷ CHEVALIER, Jacques. Op. cit., p. 115.

no hiperconsumismo, na sociedade da pressa e no possibilidade de compra e venda de quase todos nossos bens, como os marcos que modificam as relações sociais, econômicas, políticas, filosóficas, artísticas e jurídicas contemporâneas e qualquer teoria do Direito que pretenda sobreviver deve estar vinculada a este perfil.

O Direito que não conseguir explorar essas novas realidades é um sistema fadado ao insucesso. De mesma forma, o processo que não conseguir modificar o Direito para que este se mantenha, mesmo que a passo atrasado, mais perto da cultura, assim como o processo que não conseguir modificar a cultura, mesmo que de forma lenta e gradativa, é um processo, também, não pensado para a sociedade contemporânea.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este texto tentou demonstrar que o estudo do Direito não pode estar dissonante do momento cultural vivido por determinada sociedade em determinado período histórico, assim como o aspecto cultural pode vir a ser, de alguma forma, influenciado pelo próprio Direito quando este romper com dogmas existentes no contexto social. Diante destas constatações, inegável que hoje se vive uma cultura diferenciada de dez anos atrás, sendo que os valores estão sendo, diuturnamente, modificados, não estando o Direito abarcando as novas realidades sociais.

Para tanto, deve-se estar ciente de que o contexto atual social é um, devendo ser, no mínimo, acompanhado de perto pelo Direito. Hoje, os novos paradigmas culturais em franca ebulição na sociedade contemporânea são: (i) a pós-modernidade; (ii) a globalização; (iii) a sociedade da pressa; (iv) o hiperconsumismo; e (v) o vender tudo.

É mais que evidenciado que o contexto jurídico vigente no Brasil na atualidade, e aqui se refere a toda e qualquer manifestação do Direito – leis, jurisprudência, doutrina, equidade, analogia, costumes –, não está conseguindo, nem de perto, agregar os novos conceitos que a sociedade contemporânea abarca, o que revela um hiato existente na esfera social com a jurídica de proporções gigantes, o qual pode, mesmo que de forma singela, ser aproximada pela via do processo judicial.

É para isto que serve este artigo, para tentar demonstrar ao leitor que uma de nossas bandeiras no estudo atual do Direito é tentar, de alguma forma, reduzir esse hiato, com o estudo sério e aprofundado das relações sociais com as

jurídicas, para que, em um futuro não muito distante, possa ser uma realidade o caminhar do Direito e da sociologia, se não de mãos dadas, com um, pelo menos, enxergando o outro no horizonte.

REFERÊNCIAS

- ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Globalização e Estado contemporâneo*. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.
- BARBER, Benjamin R. *Consumido: como o mercado corrompe crianças, infantiliza adultos e engole cidadãos*. Tradução de Bruno Casotti. Rio de Janeiro: Record, 2009.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- BERMUDES, Sergio. *Direito processual civil: estudos e pareceres*. 3. série. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CHEVALIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- FALZEA, Angelo. Sistema culturale e sistema giuridico. In: _____. *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*. Milano: Giuffrè, 1999.
- FEATHERSTONE, Mike. *Cultura de consumo e pós-modernismo*. Tradução de Julio Assis Simões. São Paulo: Studio Nobel, 2007.
- FRIEDMAN, Thomas L. *O mundo é plano: o mundo globalizado do século XXI*. 3. ed. Tradução de Cristiana Serra [et al.]. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.
- JOBIM, Marco Félix. *Cultura, escolas e fases metodológicas do processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- LABRADOR, David. Do instantâneo ao eterno. *Scientific American*, São Paulo: Ediouro, ed. 21, p. 24, 2007.
- LACERDA, Galeno. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. I, 2010.
- PALMA, Rodrigo Freitas. *História do direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

POSCENTE, Vince. *A era da velocidade: aprendendo a prosperar em um universo mais-rápido-já*. Tradução de Suely Cuccio. São Paulo: DVS, 2008.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. *Processo constitucional: nova concepção de jurisdição*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008.

SANDEL, Michael J. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SCHWANITZ, Dietrich. *Cultura geral: tudo o que se deve saber*. Tradução de Beatriz Silke Rosa; Eurides Avance de Souza; Inês Antonia Lohbauer. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

SILVA, Jaqueline Mielke. *O direito processual civil como instrumento de realização de direitos*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Ordenação constitucional da cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Kalina Vanderlei; SILVA, Maciel Henrique. *Dicionário de conceitos históricos*. 3. ed. São Paulo: Contexto, 2010.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, Vasco Pereira da. *A cultura a que tenho direito: direitos fundamentais e cultura*. Coimbra: Almedina, 2007.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao direito dos EUA*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Da jurisdição à mediação: por outra cultura no tratamento de conflitos*. Ijuí: Unijuí, 2010.

STIX, Gary. Tempo real. *Scientific American*, São Paulo: Ediouro, ed. 21, p. 9, 2007.

ZIMBARDO, Philip; BOYD, John. *O paradoxo do tempo: você vive preso ao passado, viciado no presente ou refém do futuro?* Tradução de Saulo Adriano. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

OS BANCOS CADASTRAIS POSITIVOS E O TRATAMENTO À INFORMAÇÃO SOBRE (IN)ADIMPLEMENTO

THE POSITIVE CADASTRAL BANKS AND TREATMENT INFORMATION ABOUT PAYMENT

Maria Cláudia Cachapuz¹

Doutora em Direito Civil pela UFRGS

RESUMO: O artigo visa a discutir os conceitos de autodeterminação informativa e proteção de dados em face da disciplina mais recente da Lei nº 12.414/2011, que trata da configuração de bancos cadastrais positivos de crédito. Ressalta a necessidade de serem observados critérios de transparência e veracidade ao acesso e tratamento conferidos aos dados cadastrados e analisa a hipótese de configuração de ilícito na hipótese de violação ao direito de acesso à informação.

PALAVRAS-CHAVE: Direito civil; autodeterminação informativa; proteção de dados.

ABSTRACT: *The paper discusses the concepts of informational self-determination and data protection under the newer*

discipline of Law nº 12.414/11, which deals with setting cadastral positive credit. Emphasizes the need to be observed criteria of transparency and truthfulness to the access and treatment conferred on registered data and examines the hypothesis of violation to the right of access to information.

KEYWORDS: *Civil law; informational self-determination; data protection.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O tratamento à proteção de dados e os bancos cadastrais positivos; 2 A solução jurídica ao ilícito; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Treatment data protection and positive cadastral banks; 2 The legal solution to civil illicit; Conclusions; References.*

¹ Juíza de Direito no RS, Professora da Faculdade de Direito da Unilasalle e ESM/Ajuris.

INTRODUÇÃO

Desde a edição da Lei nº 12.414/2011, após período de vigência da Medida Provisória nº 518, muito se tem discutido juridicamente sobre a configuração de bancos de cadastros positivos de consumidores, especialmente no que diz respeito à abrangência cadastral das informações por gestores de bancos de dados. O fato é que a lei, ao regrar a constituição dos cadastros positivos, estabeleceu restrições à liberdade de configuração de tais bancos, descrevendo, normativamente, a forma como deve restar estabelecido o armazenamento de dados sobre o adimplemento do cadastrado, de forma a permitir a visualização do histórico de crédito do consumidor. Para tanto, reconheceu a lei a possibilidade de que haja o agrupamento de informações relativas a adimplemento de crédito, seja para a realização de análise de risco de crédito do cadastrado, seja para subsidiar a concessão ou extensão de crédito e a realização de venda a prazo ou outras transações comerciais e empresariais que impliquem risco financeiro ao consulente (art. 7º) – em regra, comerciante. No entanto, estabeleceu, concomitantemente, o resguardo a princípios pertinentes à autodeterminação informativa², justamente para oferecer a proteção ao titular dos dados relativamente ao acesso, à correção e à veracidade da informação armazenada.

A controvérsia que tem sido encaminhada aos Tribunais, de forma específica, corresponde à suposta ilegalidade da abertura e manutenção de registro de dados cadastrais positivos por gestores privados, na medida em que desconhecidos, por parte dos titulares dos dados, elementos e critérios considerados para a análise de risco de crédito – situação que desafia, de forma direta, o disposto no art. 5º, inciso IV, da Lei nº 12.414/2011. Mais ainda, na maior parte dos casos encaminhados ao debate judicial – principalmente por meio de ações cautelares exhibitórias –, a discussão judicial tem sido estabelecida em torno da negativa de conhecimento e acesso às informações armazenadas e disponibilizadas a comerciantes. Sustentam os cadastrados que os registros

² Tércio Sampaio Ferraz Júnior, citando Wolfgang Hoffmann-Riem, esclarece que o que denomina como “autodeterminação informacional” não é um “direito de defesa privatístico do indivíduo que se põe à parte da sociedade, mas objetiva possibilitar a cada um uma participação em processos de comunicações. Os outros (seres humanos) constituem o âmbito social, em cujas lindes a personalidade de cada um se expande: a autonomia, e não a anomia, do indivíduo é a imagem diretora da Constituição. A autonomia deve ser possível em espaços vitais socialmente conectados, nos quais a liberdade de comunicação – ou melhor: liberdade em comum – não pode ser orientada para um conceito limitador da proteção à expansão egocêntrica, mas deve ser entendida como exercício da liberdade em reciprocidade” (Ferraz Jr., 2001, p. 242).

constantes nesses bancos de informações são de cunho confidencial, não lhe sendo oportunizado o conhecimento e discussão do conteúdo, não obstante a alegação de inexistência de pendências financeiras em seu nome.

Necessário, portanto, que inicialmente sejam destacadas algumas noções prévias sobre a questão do armazenamento de informações nominativas em bancos cadastrais, para que se possa, em seguida, avaliar a situação de ilicitude discutida nos Tribunais, com eventuais reflexos no âmbito da responsabilização civil em face do ilícito alegado como existente.

1 O TRATAMENTO À PROTEÇÃO DE DADOS E OS BANCOS CADASTRAIS POSITIVOS

Em relação ao tratamento dispensado à proteção de dados nominativos³, matéria que desafia a comunidade jurídica contemporânea relativamente à questão da privacidade, o conceito de autodeterminação informativa tem igualmente contribuído para orientar a atividade do intérprete, ao reconhecer a autonomia do indivíduo tanto dirigida ao controle e à transmissão de informações personalíssimas como encaminhada à possibilidade de acesso a qualquer informação. Dessa forma, fundamental para identificar uma efetiva proteção às informações pessoais dos indivíduos em uma sociedade informatizada é a possibilidade de que o controle sobre o armazenamento e a transmissão de dados possa ser realizado pelo titular da informação de modo amplo, permitindo ao cadastrado uma supervisão tanto em relação à justificação conferida por um interesse público no armazenamento de dados como em relação à justificação de uma transmissão do conteúdo informativo a terceiros. Reconhece-se, como

³ Consideram-se dados nominativos aquelas informações relativas às pessoas físicas identificadas ou identificáveis (no caso, uma identificação direta ou indireta, que possa ser promovida a partir dos dados que se apresentam processados separadamente ou conjuntamente). Os dados nominativos devem corresponder a informações capazes de permitir uma identificação de seus titulares. Ou seja, capazes de criar uma relação de associação a uma pessoa determinada ou determinável em concreto, autorizando, em contrapartida, uma garantia protetiva à sua intimidade e vida privada. Mais recentemente, a doutrina espanhola tem reforçado uma categoria especial de tratamento aos dados denominados como “sensíveis” em face das motivações apresentadas na Diretiva nº 95/46/EC, especialmente em seu item 33. Conferir a discussão específica da matéria em doutrina atualizada de Ortiz, 2002, p. 139.

Especificamente para os fins da Lei nº 12.414/2011, são considerados dados armazenáveis as “informações objetivas, claras, verdadeiras e de fácil compreensão, que sejam necessárias para avaliar a situação econômica do cadastrado” (art. 3º, § 1º). Não são passíveis de armazenamento, para o intuito da lei, as informações consideradas “sensíveis, assim consideradas aquelas pertinentes à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas” (art. 3º, § 3º, inciso II).

de regra, a possibilidade de interferência do indivíduo no processo de acesso e de correção de dados.

Isto se vê reconhecido, em um primeiro momento, a partir do estabelecimento – inclusive legislativo – de um amplo direito de acesso dos indivíduos às suas informações nominativas. O próprio armazenamento de dados pessoais está informado por um princípio de acesso amplo aos titulares das informações, seja para o reconhecimento de existência do próprio registro, seja para a verificação da extensão, veracidade e correção das informações armazenadas.

Novamente, aqui, a autorização e o interesse público na criação de um banco cadastral interferem na própria extensão a ser considerada para um direito de acesso. Há bancos cadastrais que dispensam a comunicação ao titular da informação, pelo simples fato de que o armazenamento é pressuposto pelo tipo de atividade que desenvolvem em um setor público ou privado. Isto ocorre, por exemplo, em relação a bancos cadastrais de organismos associativos (seguridade social, clubes privados), aos quais o indivíduo, de forma deliberada, forneceu informações pessoais bastante precisas tendo em vista uma finalidade associativa determinada. Neste caso, a relevância do acesso não se fará tão evidente quanto à existência do registro propriamente, mas sim quanto à veracidade, correção e manutenção das informações armazenadas. Diferente, contudo, é a situação de configuração de bancos de cadastro positivo de crédito, gerados a partir de interesses não diretamente estabelecidos pelo cadastrado.

Por isso, ressalta-se a relevância de uma previsão normativa específica, como existente nas Leis nºs 8.078/1990 (art. 43, § 2º) e 12.414/2011 (art. 4º), impondo a comunicação de registro de dados pessoais do consumidor em cadastro de consumo e crédito. No caso de formação de banco cadastral para o qual não fornece o indivíduo pessoalmente o conteúdo informativo – quanto mais, referindo-se, em regra, ao armazenamento de dados desfavoráveis a seus integrantes pela constatação de uma situação de inadimplência no mercado de consumo (art. 43, §§ 4º e 5º, da Lei nº 8.078/1990) –, fundamental é o titular da informação ter, desde logo – e, portanto, desde o momento do armazenamento de uma informação –, ciência de que integra uma listagem informativa. Nesse sentido, inclusive, observa-se o conteúdo da normatização mais recente referente à formação de bancos de cadastro positivo de crédito – referentes a adimplemento e risco de crédito –, esclarecendo que toda a abertura de cadastro requer autorização prévia do potencial cadastrado mediante consentimento

informado por meio de assinatura em instrumento específico ou em cláusula própria (art. 4º da Lei nº 12.414/2011).

Se o direito de acesso é marcado, inicialmente, por um princípio de conhecimento acerca do armazenamento de dados, é pelo princípio da transparência ou da publicidade que atinge a realização plena de um conceito de autodeterminação informativa. Agostinho Eiras chega a afirmar que um direito mais concreto à autodeterminação informativa se desdobra em outros tantos direitos que visam a assegurar a atuação do indivíduo frente a seu patrimônio informativo:

O direito à autodeterminação informacional é um superconceito que se desdobra em vários outros, a saber: a) o direito de acesso aos ficheiros, que confere ao cidadão o direito a tomar conhecimento de quaisquer registos por forma compreensível, em linguagem clara, isenta de codificação e em prazo razoável; b) o direito de, em certos casos, se opor ao registo de dados e a que essa oposição fique registrada; c) o direito a ser informado acerca do motivo por que lhe é recusado o direito de acesso; d) o direito de ser esclarecido acerca do objectivo que determinou a inserção dos dados no ficheiro; e) o direito de contestação, que engloba [...] a faculdade de exigir a rectificação dos dados armazenados inexactos, a faculdade de exigir a correção dos dados que estejam desactualizados, a faculdade de exigir a eliminação de dados constantes dos registos contra regras ou princípios constitucionais, a faculdade de exigir o cancelamento de dados decorrido determinado período (direito ao esquecimento). (Eiras, 1992, p. 78)

É que não basta saber sobre a existência de um registo de informações pessoais, se, em concreto, não é fornecida ao titular das informações a possibilidade de fiscalização do conteúdo existente em registo. De fato, ainda que tolerável a formação de bancos de dados com informações negativas em relação ao seu titular – porque considerada relevante a proteção das relações de crédito sob um princípio de lealdade contratual entre os integrantes de um mercado de negócios e de consumo –, não se concebe que essas informações ignorem a realidade factual mais verídica possível, guardada a mesma tônica de

confiança – abstratamente considerada – exigida aos relacionamentos privados. Por isso a necessidade para o indivíduo, como garantia de um amplo direito de acesso às informações pessoais armazenadas em bancos cadastrais, de que não só ele tenha conhecimento quanto à existência de inscrição em banco de dados – conhecendo os elementos e critérios de análise disponíveis para o cruzamento de informações –, como tenha ainda a possibilidade de alterar o conteúdo de um registro não condizente à realidade descrita, independentemente da sua natureza – se de crédito, de consumo, de associação (ideológica, política, religiosa, cultural).

Assim, é também resultante de um amplo direito de acesso o exame da medida de extensão do registro de informações pessoais efetuado. Mais precisamente, aborda-se aqui não apenas a possibilidade de uma restrição sobre o conteúdo informativo, como também a hipótese de pertinência do registro sobre determinado interesse público, pela qualidade da informação. A ideia de qualidade da informação aparece, via de regra, como uma das condições de sustentação e proteção de uma esfera de privacidade, quando analisados modernos sistemas de interconexão de dados pessoais por bancos cadastrais.

A qualidade da informação importa ainda no reconhecimento de um princípio com atuação simultânea, e não menos relevante, relacionado ao tempo de registro das informações pessoais. Fala-se, por isso, no princípio do esquecimento⁴, orientado pela ideia de que o próprio gestor do banco cadastral se compromete a manter atualizados os registros, fiscalizando o tempo de sua

⁴ Como antes já havia anotado, “a disciplina decorre da compreensão de que informações desfavoráveis sobre determinada pessoa não podem permanecer armazenadas em caráter perpétuo, a ponto de prejudicarem outras relações de convívio da pessoa atingida – principalmente relações de consumo –, tendo em vista dados antigos, até mesmo coletados de forma equivocada e sobre os quais não foi exercitado o direito de retificação. A Lei brasileira de Defesa do Consumidor, neste ponto, é específica, prevendo duração máxima de cinco anos para as informações negativas cadastradas em bancos de dados sobre consumo” (Cachapuz, 1997, p. 389). Assim, também, de forma embrionária, em ordenamentos jurídicos de outros países – sendo, na oportunidade, analisada a Lei francesa de 06.08.1978, relativa à Informática, Fichários e Liberdades, bem como o Decreto francês de 17.07.1978, antes mesmo do estabelecimento de uma diretiva comunitária específica à matéria –, verifica-se uma certa tendência a privilegiar-se um princípio de esquecimento como forma de exigir um controle sempre atual sobre os registros de dados nominativos, principalmente quando existe a possibilidade de identificar-se um tempo certo de durabilidade à hipótese de formação de um banco de dados para a finalidade inicialmente proposta: “Em homenagem ao direito ao esquecimento, prevê a Lei de 1978 a possibilidade de que a manutenção de dados nominativos seja restrita ao período previsto na autorização ou declaração (conforme seja tratamento automatizado requerido por serviço particular ou público) conferidas para a criação dos bancos de dados. Procura a Lei, com isso, atender à própria finalidade para a qual foram criados os tratamentos automatizados” (Cachapuz, 1997, p. 389).

permanência. Não por outra razão disciplina a Diretiva nº 95/46/EC, de 24 de outubro de 1995, destinada aos países-membros da Comunidade Europeia, em seu art. 6º, alínea *e*, que o registro de um dado pessoal deve ser armazenado de tal forma que possibilite a identificação da própria relevância de sua manutenção. Vê-se a obrigação, inclusive, de que sejam promovidas formas de resguardo das informações que tenham de ser registradas por um longo período, em razão de sua importância histórica, estatística ou científica.

No caso dos bancos de registro cadastral de dados positivos de crédito – ainda que utilizados para efeito de análise de risco econômico –, a questão é predisposta, especificamente, no art. 14 da Lei nº 12.414/2011, que prevê um tempo de quinze anos de manutenção das informações. Apesar de longo, não se trata de um tempo que permita restaurar situações pretéritas de inadimplemento já alcançadas pela prescrição. É que, no caso, não se pode, em tal espécie de banco, considerar-se o registro de informações negativas relativamente ao inadimplemento contratual que, pelo mesmo princípio de esquecimento, tenham já sido afastadas de armazenamento em bancos cadastrais de inadimplentes. Uma vez prescrita a dívida – o que poderá ocorrer em tempo inferior –, não poderá tal circunstância do passado permanecer onerando uma análise de crédito do cadastrado. Tal tempo de armazenamento só pode ser contabilizado para as obrigações ainda em curso, dependentes de um adimplemento futuro pela própria característica da forma de execução, diferida no tempo.

Também se encontra relacionada a um direito mais amplo de acesso às informações nominativas do indivíduo – que se vejam registradas em banco cadastral – a característica essencial da veracidade do conteúdo informativo armazenado. Isso corresponde, em resumo, à ideia de que todo registro deve preservar uma nota de autenticidade em relação ao seu conteúdo. Ou seja, as informações armazenadas devem ser não apenas precisas como completas.

Nesse sentido, a preocupação da Lei nº 12.414/2011 dirige-se tanto ao conteúdo do que existe informado (os elementos de análise) como em relação aos critérios utilizados para a análise de risco que venha a ser efetuada (as variáveis utilizadas para o cruzamento de informações). Isso é fundamental para que o cadastrado possa compreender eventual situação de restrição à sua liberdade de comércio por terceiros (consulentes), mesmo quando inexistente registro de inadimplemento.

Por fim, é também relacionada à ideia de um direito amplo de acesso a informações nominativas registradas em bancos cadastrais a própria concepção

de correção dos dados. Ou seja, não basta que o registro corresponda a uma situação factual, e, sim, que a informação esteja de acordo com o momento atual de registro, em especial, sobretudo, na hipótese de um parcial pagamento de dívida pelo consumidor, que imponha a atualização dos valores informados ao banco cadastral de relação de consumidores inadimplentes. A correção dos dados informativos é característica complementar à de veracidade das informações, remetendo também a uma possibilidade de retificação de conteúdo informativo quando evidenciado qualquer equívoco em concreto⁵.

Como a concepção de autodeterminação informativa apropria-se de conceitos relacionados tanto a um espaço de interferência marcante do direito de liberdade (esfera privada) como de interferência mais acentuada do direito de igualdade (esfera pública), identifica-se também em um direito de acesso a dados informativos a possibilidade de o indivíduo ter acesso a informações que lhe sejam justificadamente importantes ou de revelação essencial. Abstratamente, a hipótese responde ao conceito de autodeterminação informativa como trabalhado pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, pois exige a reciprocidade de conduta a quem se dispõe à liberação dos dados e a quem pretende obter determinado acesso. Ou seja, permite-se, pelo exercício da ponderação, a partir da análise de situações concretas envolvendo direitos fundamentais, que dados nominativos sejam tornados públicos quando suficientemente evidenciada a sua relevância ao interessado. Isso ocorre porque mesmo interesse ideal de acesso atinge toda a coletividade. O exemplo trazido pela Diretiva Europeia de outubro de 1995 é o registro de dados históricos, estatísticos ou científicos que,

⁵ Em relação à correção de dados nas transmissões de informações realizadas nas relações internas dos países, tratamento mais correto tem sido encontrado dentro do sistema alemão de proteção de informações pessoais armazenadas em bancos cadastrais, ao propor a visualização de três efeitos distintos a partir da interferência do indivíduo no controle positivo das informações de que é titular – ou seja, a sua atuação através da retificação propriamente dita, do bloqueio e da supressão ou cancelamento das informações que contenham equívocos. A inovação reside na possibilidade de bloqueio de dados, sempre em caráter temporário, quando duvidosa a correção de determinadas informações ou a permanência de uma finalidade específica para a manutenção dos registros. Enquanto a retificação visa a uma correção e a supressão, ao cancelamento efetivo das informações registradas de forma equivocada ou sem atender a uma finalidade específica – e aqui se ressalva novamente a aproximação à característica da “extensão” da informação registrada –, o bloqueio não possibilita mais o aproveitamento das informações para qualquer fim, ainda que haja discussão sobre a correção dos dados registrados. Excepciona-se apenas a possibilidade de uma utilização da informação que se traduza absolutamente necessária, quando para fins pacíficos, para a superação de uma falha de prova ou com autorização específica da pessoa atingida, por exemplo. A hipótese legislativa restou evidenciada ainda na Lei Federal sobre Proteção de Dados ou *Bundesdatenschutzgesetz* (BDSG) de 01.01.1978.

por suas características peculiares, devam ter adequado acesso, útil e rápido, a qualquer indivíduo⁶.

Em decisão proferida na Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, relativamente à medida de “autoexposição” (Arendt, 1993, p. 28) pretendida pelo indivíduo, entendeu-se que descabe a empresas de telefonia divulgar dados pessoais de seus assinantes quando não consentida tal ação, pela relação estritamente contratual estabelecida entre as partes. A divulgação é injustificável sob a alegação de prestação de um serviço de atendimento à comunidade. Lê-se em trecho do acórdão:

Quando uma pessoa celebra contrato especificamente com uma empresa e fornece dados cadastrais, a idade, o salário, o endereço, é evidente que o faz a fim de atender às exigências do contratante. Contrata-se voluntariamente. Ninguém é compelido ou é obrigado a ter aparelho telefônico tradicional ou celular. Entretanto, aquelas informações são reservadas, e aquilo que parece ou aparentemente é algo meramente formal, pode ter conseqüências seríssimas. Digamos, uma pessoa, um homem, resolve presentear uma moça com linha telefônica que esteja em seu nome. Não deseja, principalmente se for casado, que isto venha a público. Daí, é o próprio sistema da telefonia tradicional, quando a pessoa celebra contrato, que estabelece, como regra, que seu nome, seu endereço e o número constarão no catálogo; entretanto, se disser que não o deseja, a companhia não pode, de modo algum, fornecer tais dados.⁷

Espera-se, a partir da concepção de uma autonomia informativa, que haja uma reciprocidade ideal de comportamento na esfera pública de todos os que participem de um movimento de troca de informações. Primeiro, porque toda restrição à liberdade de transmissão de informações, apoiada em princípios de conhecimento, qualidade, esquecimento, veracidade e correção dos dados

⁶ Conforme o texto do § 34 do preâmbulo da Diretiva nº 95/46/EC, os Estados-membros se encontram autorizados a promoverem o armazenamento de dados sensíveis, cujo registro se encontre justificado pelo interesse público relevante em áreas como a de saúde pública e promoção social, especialmente quando necessários para o aprimoramento de serviços públicos de assistência.

⁷ Brasil, STJ, RHC 8493/SP, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, Brasília, DJ de 02.08.1999, p. 224.

informativos, não interessa exclusivamente ao titular da informação, e, sim, a toda coletividade, para ter acesso aos dados armazenados. Segundo, porque a exigência de reciprocidade envolve tanto o interesse, puro e simples, de restrição de uma liberdade como a promoção de uma conduta responsável a todo aquele que se dispõe, reciprocamente, a participar do espaço de troca de informações.

A pessoa só consegue constituir um centro de vida interior e só percebe a sua identidade na medida em que se expõe simultaneamente a relações interpessoais construídas pela comunicação e em que se deixa envolver numa rede cada vez mais densa e subtil de vulnerabilidades recíprocas e de necessidades explícitas de protecção. Sob este ponto de vista antropológico, podemos conceber a moral como um dispositivo de protecção que compensa uma ameaça constitucional inerente à própria forma de vida sociocultural. [...] A integridade da pessoa individual reclama a estabilização de um tecido de relações simétricas de reconhecimento, no qual os indivíduos inalienáveis só reciprocamente e enquanto membros de uma comunidade poderão assegurar a sua precária identidade. (Habermas, 1991, p. 215)

Dessa realidade decorre a compreensão de que todo o armazenamento de dados pressupõe transparência dos dados existentes e franca possibilidade de acesso ao cadastrado. Tal conduta por parte de gestores de bancos de dados – principalmente quando privados e com nítido intuito econômico – é o que autoriza o reconhecimento pelo Estado de que terceiros detenham e trabalhem com a informação de dados nominativos alheios, de forma a interferir na liberdade de comércio ou de negócios em sociedade. A ausência de transparência, como verificado na própria fundamentação por vetos parciais à redação originária da Lei nº 12.414/2011, é motivo suficiente a afastar a pretensão de interferência do gestor sobre dados alheios, responsabilizando-o, na medida da necessidade, pelo exercício arbitrário de posição jurídica desempenhada.

2 A SOLUÇÃO JURÍDICA AO ILÍCITO

No caso, muito embora se conheça o âmbito de discussão existente acerca desta matéria no Tribunal de Justiça do Rio grande do Sul – especialmente em face das divergências de compreensão sobre a questão, como expostas,

exemplificativamente, na Apelação Cível nº 70038911400 -, não há como se afastar, quando ausente a observância em concreto de um direito de acesso às informações (elementos e critérios de análise de risco de crédito por inscrição em banco cadastral positivo de adimplemento, do reconhecimento claro de situação de ilicitude civil, suficientemente caracterizada pela aplicação específica do disposto no art. 187 do Código Civil brasileiro). Trata-se de ilicitude não decorrente da verificação de uma antijuridicidade por força de observação de conduta culposa por parte do gestor de banco cadastral (art. 186 do CC) - aparentemente no exercício de uma liberdade de armazenamento, tratamento e divulgação de informação -, mas justamente de uma ilicitude decorrente do excesso cometido no exercício de uma determinada posição jurídica. Explica-se.

O art. 187 - ao contrário do que se vê exigido pelo art. 186 do CC -, como hipótese de fonte de obrigação civil, preocupa-se em disciplinar caso de conduta ilícita gerada a partir de uma restrição de liberdade imposta pelo caso concreto e só aferível após a solução resultante da análise de um conflito de liberdades. Pelo art. 187 do Código Civil, não se trata, portanto, de caracterizar circunstância abrangida pelo conceito de abuso de direito⁸ - construído, na doutrina, como conceito dogmático residual, para abranger situações de fato não enquadráveis no ordenamento jurídico -, mas de definir causa de ilicitude capaz de servir como fonte de obrigações civis.

Dispensa-se, portanto, a ideia do abuso de direito - com natureza jurídica, progressivamente, construída sobre a ideia de limitação do exercício de direitos -, na medida em que o art. 187 do novo Código Civil passa a disciplinar sobre o desequilíbrio do exercício de posições jurídicas pela caracterização da conduta ilícita em si mesma. Confere-se, assim, força à construção da hipótese de ilicitude como causa originária de obrigação civil. Um ato ilícito, no caso, não identificado a partir de um elemento subjetivo relacionado ao agente - a

⁸ Em um estudo comparado ao art. 334 do Código Civil português, vê-se que neste, ao contrário da interpretação estimulada pela doutrina brasileira, o tratamento dispensado para o abuso de direito é reservado ao campo das invalidades dos atos jurídicos, não servindo, especificamente, à caracterização do ato ilícito. Tal decorre do fato de que, historicamente, procurou a doutrina portuguesa - seguindo uma tradição francesa -, por meio do conceito de abuso de direito, abarcar-se uma série de situações que não encontravam resposta na sistemática clássica do direito civil. Assim se observa na construção de uma tipologia de atos abusivos para situações, inicialmente, não acolhidas normativamente no ordenamento jurídico, como nos casos de *exceptio doli*, posteriormente abrangida pela aplicação do princípio da boa-fé; *venire contra factum proprium*, hoje traduzido pela impossibilidade de contradição no discurso jurídico; abusividades negociais propriamente ditas, referentes a "inalegabilidades formais" (Menezes Cordeiro, 2000, p. 255); *supressio e surrectio* e desequilíbrio do exercício de posições jurídicas, atualmente atendido, de forma suficiente, no caso brasileiro, pelo art. 187.

culpa –, mas configurado por uma situação objetiva e concreta, decorrente do exame da conduta humana a partir das condições fáticas e jurídicas impostas pela realidade do caso e tendentes à configuração de uma restrição à liberdade do homem.

Prefere-se entender, portanto, que, enquanto o art. 186 descreve a situação tradicional de configuração de ilicitude civil, o art. 187 inova no CC, tratando de acolher caso de restrição a uma liberdade subjetiva, com força a caracterizar uma hipótese de ilicitude civil e gerar obrigação civil em concreto – mesmo que não necessariamente se trate esta de uma obrigação de indenizar (art. 927 do CC).

Uma vez que se reconhece, para o enunciado normativo do art. 187 do CC, hipótese de ilicitude em que se vislumbra a ocorrência de uma restrição a determinada liberdade jurídica com capacidade de gerar obrigações civis, passa-se a questionar se é possível definir os elementos que condicionam, de forma ideal, a análise da conduta avaliada em concreto no enunciado normativo. Ou seja, indaga-se se há como descrever, antecipadamente, o que se torna esperado da conduta humana em determinada situação de conflito de liberdades, no sentido de que venha ela (a conduta), concretamente, a atender ao que seja definido por fim econômico ou social, por boa-fé ou por bons costumes. Para que se compreenda o sentido de tutela à exclusividade e à situação de experiência singular pressuposta ao indivíduo, é fundamental que os elementos da boa-fé, dos bons costumes e do fim econômico e social sejam analisados, do ponto de vista externo, como condicionantes à própria possibilidade de restrição a uma liberdade subjetiva, quando visualizado o conflito prático de interesses. O que o art. 187 do Código Civil determina é que, para a caracterização de uma ilicitude, torna-se essencial examinar em que medida restou ameaçada a confiança depositada pelo indivíduo numa relação de convivência, pela análise de seu impulso de autoexposição e da extensão do seu *querer aparecer* (boa-fé). É uma confiança que se fará determinada, igualmente, por dados empíricos da tradição (bons costumes) e das características especiais e determinadas pelo caso concreto trazido à apreciação do intérprete (fim econômico e social).

Se há a pretensão doutrinária de potencializar um direito geral de liberdade e de compreender que os conceitos jurídicos devem estar abertos à experiência jurídica⁹, cumpre que se confira força ao conceito de ilicitude como proposto de

⁹ Não se pode exigir do ordenamento jurídico – sob pena de fechar-se a estrutura normativa à própria ideia de diversidade cultural – que deduza de casos hipotéticos uma premissa jurídica universal. A

forma ampla no art. 187 do CC, identificando nele fonte de obrigações civis. No caso, não exclusivamente fonte de uma obrigação indenizatória, para a qual se exige, além do ilícito, a ocorrência do dano (art. 927 do CC). Mas, inclusive, fonte de obrigação civil que resulte em tutela diversa, seja de caráter inibitório, seja de caráter mandamental.

Assim, na espécie, entende-se que a conduta dos gestores de bancos de dados de cadastros positivos, ao realizarem o cadastro, sem autorização e conhecimento do cadastrados – titulares dos dados inscritos –, por meio de informações não divulgadas e baseada em elementos e critérios não especificados, e, principalmente, ao disponibilizá-lo a seus associados (consulentes), como instrumento na avaliação para concessão do crédito, configura-se em um exercício arbitrário e excessivo de uma determinada posição jurídica, permitindo a caracterização de uma conduta ilícita para os fins do que dispõe o art. 187 do CC. Reconhece-se, na hipótese, que a ausência de transparência e publicidade ao banco de dados – ausente livre acesso inclusive para a correção de informações cadastrais de caráter nominativo do indivíduo –, aliada à inexistência de qualquer controle ao armazenamento da informação – inclusive para efeito de aplicação de um princípio de esquecimento –, permite a distorção da informação de forma indevida, possibilitando ao juiz, independentemente de exame do conteúdo da informação cadastrada, o pronto reconhecimento quanto à necessidade de exclusão do nome do cadastrado de qualquer banco cadastral de crédito.

Ademais, não se trata de sistematização de dados em banco cadastral que tenha sido elaborada em caráter reservado para consumo final pelo próprio detentor da informação – o que ingressaria em sua esfera única de liberdade contratual. Aqui se está a tratar de comércio e troca de informações nominativas potencialmente desabonadoras ao consumidor – estabelecendo pontuação ao consumidor conforme a regularidade de seu crédito –, para as quais se desconhece a plena publicidade por parte do órgão gestor, nessa medida responsável pelo controle e organização das informações de forma ampla. Daí a sua responsabilidade pelo ilícito cometido, nos termos da Lei nº 12.414/2011, sem prejuízo do que igualmente dispõe o art. 43 da Lei nº 8.078/1990 e independentemente do próprio alcance atingido pela informação no âmbito externo.

ideia deve ser, ao contrário, permitir que o conhecimento empírico contribua, pela experiência jurídica trazida em concreto, à universalidade, mas não que a determine.

Não há, contudo, pelo simples reconhecimento de um ilícito, que se compreenda a existência de um dano indenizável para as hipóteses de reconhecimento de violação às disposições normativas da Lei nº 12.414/2011. Tratando-se de hipótese de ilícito fundado no art. 187 do CC, em que dispensada é a caracterização do elemento da culpa – circunstância jurídica própria à caracterização da ilicitude prevista no art. 186 do CC –, vê-se que, para fins indenizatórios, imprescindível é que seja identificado, em face do caso concreto, um dano inequívoco a ensejar a pretensão indenizatória para os fins do art. 927 do CC.

O que se torna essencial ao cadastrado prejudicado com a ausência de conhecimento do registro de seus dados é que demonstre, pelo fato de ter ocorrido a publicização do tratamento da informação, uma perda significativa e efetiva no mercado financeiro ou de trabalho em face da manutenção de seus dados em cadastro positivo de análise de crédito. O simples armazenamento, sem publicização ampla e sem demonstração de geração de um dano específico, é incapaz de autorizar o reconhecimento de uma violação a direito de personalidade próprio, afastando, por consequência, a pretensão indenizatória exposta na inicial. Ademais, se basta o ilícito do art. 187 do CC para possibilitar a exclusão do nome do demandante de banco cadastral como o referido, é pressuposto ao dever de indenizar, nos termos do art. 927 do CC, a ocorrência do dano. Não demonstrada a publicização ampla e aberta dos registros ou mesmo a comprovação de uma perda de chance em caráter específico, não há como se acolher qualquer pretensão indenizatória específica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisada a realidade normativa nova que se impôs com o texto da Lei nº 12.414/2011, espera-se, em verdade, a partir da concepção de uma autonomia informativa, que haja uma reciprocidade ideal de comportamento na esfera pública de todos os que participem de um movimento de troca de informações, principalmente quando se configura hipótese de armazenamento de dados em bancos cadastrais que visam a estabelecer um tratamento especial à informação, observada a autorização legal para o cruzamento de dados e a avaliação de crédito com base em elementos e critérios eleitos pelo próprio gestor do banco cadastral.

Tal realidade impõe a necessidade de transparência ao processo de armazenamento, tratamento e divulgação dos dados. Primeiro, porque toda restrição à liberdade de transmissão de informações, apoiada em princípios

de conhecimento, qualidade, esquecimento, veracidade e correção dos dados informativos, não interessa exclusivamente ao titular da informação, e, sim, a toda coletividade, para ter acesso aos dados armazenados. Segundo, porque a exigência de reciprocidade envolve tanto o interesse, puro e simples, de restrição de uma liberdade como a promoção de uma conduta responsável a todo aquele que se dispõe, reciprocamente, a participar do espaço de troca de informações.

REFERÊNCIAS

ARENDETT, Hannah. *A vida do espírito: o pensar, o querer, o julgar* 2. ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1993.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. Informática e proteção de dados. Os freios necessários à automação. *Ajuris*, a. XXIV, v. 70, jul. 1997.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de direito civil português, parte geral*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, t. I, 2000.

EIRAS, Agostinho. *Segredo de justiça e controlo de dados pessoais informatizados*. Coimbra: Coimbra, 1992.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. A liberdade como autonomia de acesso à informação. In: GRECO, Marco Aurélio; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). *Direito e Internet: relações jurídicas na sociedade informatizada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *Comentários à ética do discurso*. Lisboa: Instituto Piaget, 1991.

ORTIZ, Ana Isabel Herrán. *El derecho a la intimidad en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos Personales*. Madrid: Dykinson, 2002.

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA A DOENÇAS RARAS: O EXEMPLO DA MUCOPOLISSACARIDOSE TIPO I NO BRASIL¹

JUDICIALIZATION OF HEALTH AND PHARMACEUTICAL ASSISTANCE TO ORPHAN DISEASES: THE EXAMPLE OF MUCOPOLYSACCHARIDOSIS TYPE I IN BRAZIL

Raquel Boy²

Professora adjunta da Faculdade de Ciências Médicas da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ)

Marlene Braz³

Doutora em Ciências

Bárbara Krug⁴

Mestre em Medicina (Ciências Médicas) pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)

Ana Beatriz Bezerra de Miranda⁵

Mestre em Direito

¹ Fonte financiadora: Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico; Ministério da Saúde; Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos - Departamento de Ciência e Tecnologia (CNPq/MS-SCTIE-DECIT 033/2007). Agradecimentos: Agradecemos à equipe da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, ao DAF-MS, à Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos (SCTIE) e à Associação de Mucopolissacaridose do Rio de Janeiro pelo auxílio no acesso aos dados dos processos judiciais. Este trabalho teve o apoio do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, MS, SCTIE, Departamento de Ciência e Tecnologia (CNPq/MS-SCTIE-DECIT), através do edital nº 33/2007.

² Doutora em Ciências, Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Fundação Oswaldo Cruz (ENSP/FIOCRUZ). *E-mail*: raquelboy@ig.com.br.

³ Pesquisadora em Bioética do Departamento de Ciências Sociais, Programa de Pós-Graduação, ENSP/FIOCRUZ, Rio de Janeiro (RJ). *E-mail*: braz2@globocom.com.

⁴ Farmacêutica. Aluna do Programa de Pós-Graduação em Ciências Médicas da UFRGS. *E-mail*: krug.barbara@gmail.com.

⁵ Advogada, Farmanguinhos, FIOCRUZ. *E-mail*: anabeatrizbraz@yahoo.com.br.

Dailor Sartori Jr.⁶

Bacharel em Direito

Paulo Gilberto Cogo Leivas⁷

Doutor em Direito pela UFRGS

Ida V. D. Schwartz⁸

Doutora em Ciências (Genética)

RESUMO: O tratamento da mucopolissacaridose tipo I inclui o uso de laronidase, medicamento órfão não incluído em listas brasileiras de dispensação. O acesso ao mesmo se dá, predominantemente, por via judicial. Este estudo objetiva caracterizar a demanda judicial por laronidase e discutir os conflitos associados. Foi realizado estudo quali-quantitativo das solicitações identificadas nos fóruns do Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul e Departamento de Assistência Farmacêutica do Ministério da Saúde em 2008. Foram identificados 16 processos judiciais (10 estaduais e 6 federais, sendo 6 ações civis públicas) de 17 demandantes. A antecipação de tutela foi concedida em todos os casos, baseada no direito à saúde e nos laudos médicos. Argumentos de contestação do réu incluíram aspectos econômicos, ética aplicada à alocação de recursos escassos e participação em pesquisa clínica. Decisões judiciais favoráveis evidenciam a urgência de explicitação dos critérios mínimos para o financiamento público de medicamentos órfãos para o tratamento das mucopolissacaridoses. Uma política para medicamentos órfãos necessita ser implementada no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Mucopolissacaridose I; Poder Judiciário; assistência farmacêutica; alocação de recursos.

ABSTRACT: *Treatment of mucopolysaccharidosis type I includes the use of laronidase, an orphan drug not included in official drug lists of Brazil. Access to this medication is predominantly secured through lawsuits. The objective of this study is to characterize legal requests for laronidase and discuss associated conflicts. A qualitative and quantitative study of the requests for laronidase filed in the Rio Grande do Sul and Rio de Janeiro courts and the*

⁶ Acadêmico de Ciências Sociais pela UFRGS. E-mail: dailorjunior@gmail.com.

⁷ Professor do Programa de Mestrado Acadêmico em Direito do Centro Universitário Ritter dos Reis. Procurador Regional da República, Ministério Público Federal. E-mail: pgleivas@uol.com.br.

⁸ Professora adjunta do Departamento de Genética da UFRGS. Médica do Serviço de Genética. Médica do Hospital de Clínicas de Porto Alegre, UFRGS. E-mail: ischwartz@hcpa.ufrgs.br.

Department of Pharmaceutical Assistance of the Ministry of Health was performed. Sixteen lawsuits were identified (10 in state courts, 6 class actions), filed for 17 plaintiffs. In all cases, a preliminary injunction was granted based on the right to health and on medical reports. Defendants' counter-arguments concerned economics, the ethics of scarce resource allocation, and participation in clinical research. Favorable verdicts highlight the urgency of clarifying minimum criteria for public funding of orphan drugs for the treatment of mucopolysaccharidosis. An orphan drug policy must be implemented in Brazil.

KEYWORDS: *Mucopolysaccharidosis I; Judicial Power; pharmaceutical services; resource allocation.*

SUMÁRIO: *Introdução; 1 Material e métodos; 2 Resultados; 3 Discussão; Conclusão.*

SUMMARY: *Introduction; 1 Materials and methods; 2 Results; 3 Discussion; Conclusion.*

INTRODUÇÃO

O Brasil está entre os mais de 100 países que reconhecem o direito constitucional à saúde, e uma parte importante desse direito é o acesso a produtos farmacêuticos⁹. A judicialização da assistência farmacêutica no Brasil é um fenômeno crescente, instaurada após o movimento que culminou com o acesso universal aos medicamentos para a AIDS mediante o estabelecimento de uma política pública nos anos 1990, e vem ocorrendo em paralelo ao aumento da oferta de produtos farmacêuticos, do consumo e dos gastos com medicamentos. Nesse contexto, observa-se um expressivo incremento no número de decisões judiciais que ordenam a concessão de medicamentos que não fazem parte das listas oficiais do Sistema Único de Saúde (SUS) nos últimos anos, especialmente os de alto custo¹⁰⁻¹¹.

Pacientes com Mucopolissacaridose tipo I (MPS I) vêm sendo tratados no Brasil com laronidase, um medicamento órfão aprovado em 2003 pelas agências americana (Food and Drug Administration) e europeia (European Medicine Agency) de regulação de fármacos e, em 2005, no Brasil, pela Agência Nacional

⁹ BIEHL J. et al. *Judicialisation of the right to health in Brazil*. Lancet, Londres, v. 373, n. 9682, p. 2182-2184, jun. 2009.

¹⁰ MESSEDER, A. M.; OSÓRIO-DE-CASTRO, C. G. S.; LUIZA, V. L. Mandados judiciais como ferramenta para garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do Estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 525-534, mar./abr. 2005.

¹¹ CHIEFFI, A. L.; BARATA, R. B. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 25, n. 8, p. 1839-1849, ago. 2009.

de Vigilância Sanitária (Anvisa)¹²⁻¹³⁻¹⁴. Dados de pesquisa recém conduzida por nossa equipe mostram que o acesso a esse tratamento no Brasil ocorre predominantemente por via judicial¹⁵.

Objetiva-se, com este artigo, elaborar uma análise crítica acerca de argumentos utilizados entre os diversos autores envolvidos nos processos judiciais que visam ao tratamento da MPS I por laronidase em âmbito estadual – Rio Grande do Sul (RS) e Rio de Janeiro (RJ) – e federal – por meio de ações movidas contra a União nos Estados do Paraná (PA), Minas Gerais (MG), Goiás (GO) e Bahia (BA) – em um recorte temporal. Esperamos poder contribuir para a discussão acerca de processos alocativos em saúde voltados para a assistência farmacêutica a doenças raras, utilizando-se o caso da MPS I como modelo.

1 MATERIAL E MÉTODOS

Efetou-se um estudo observacional, retrospectivo e transversal, seguido por uma análise qualitativa dos dados, ambos aprovados pelo Comitê de Ética e Pesquisa da instituição.

As solicitações de laronidase para o tratamento da MPS I foram identificadas a partir de contato com os fóruns do RJ e RS e Departamento de Assistência Farmacêutica do MS (DAF-MS). Sinteticamente, foi realizado levantamento dos pedidos judiciais de terapia de reposição enzimática para as MPS, considerando-se: número de processos, medicação solicitada, resultado do processo (concessão ou não da medicação) e argumentações que embasaram a decisão judicial nos respectivos Estados e União, mediante preenchimento do instrumento desenvolvido por advogados, médicos e economistas.

A partir do levantamento supracitado, partiu-se para uma pesquisa qualitativa utilizando-se o método hermenêutico-dialético, e foram construídas as principais categorias empíricas para análise. Foram caracterizados argumentos

¹² US Food and Drug Administration. Developing products for rare diseases and conditions. Disponível em: <<http://www.fda.gov/orphan/index.htm>>. Acesso em: 15 dez. 2007.

¹³ EUROPEAN Medicines Agency. Rare disease designation Laronidase. Disponível em: <http://www.ema.europa.eu/ema/index.jsp?curl=pages/medicines/human/orphans/2009/11/human_orphan_000050.jsp&murl=menus/medicines/medicines.jsp&mid=WC0b01ac058001d12b>. Acesso em: 13 jan. 2011.

¹⁴ AGÊNCIA Nacional de Vigilância Sanitária. Glossário da Anvisa. Disponível em: <http://eglossario.bvs.br/glossary/public/scripts/php/page_search.php?lang¼&letter¼M>. Acesso em: 15 dez. 2007.

¹⁵ BOY, R. et al. Ethical issues related to the access to orphan drugs in Brazil: the case of mucopolysaccharidosis type I. *Journal of Medical Ethics*, Londres, v. 37, n. 4, p. 233-239, abr. 2011.

de ordem médica e de pesquisa, econômicos, legais e constitucionais e discutidos os conflitos associados.

2 RESULTADOS

2.1 DADOS DOS DEMANDANTES, DE PRESCRIÇÃO E RELATÓRIOS MÉDICOS

Os dados dos demandantes e da prescrição mostraram as seguintes características: os pacientes eram de faixa etária pediátrica em sua maioria (14/16, ou 87,5% dos casos), sendo oito demandantes (8/17) pacientes egressos de pesquisa clínica.

Os receituários originaram-se do SUS em sua maioria: 13/16, dos quais a maioria (10/13) estava vinculada a serviços públicos universitários. Relatórios médicos foram encontrados em 13/16 processos analisados. Os argumentos médicos principais, observados de forma não excludente (03/13), foram: ausência de outras formas de tratamento (10/13), tratamento de manifestações, não relacionadas ao sistema nervoso central (08/13), risco de morte e melhora da qualidade de vida (03/13).

2.2 ASPECTOS PROCESSUAIS

Todos os processos, com exceção de um, possuíam apenas um demandante como autor. Destes, onze (11/16) solicitaram somente o medicamento, enquanto que em cinco (5/16), nos processos movidos por ACP, solicitou-se não somente o medicamento, mas também a inclusão do medicamento nas listas excepcionais de medicamentos (atualmente definido como CEAF). Em relação aos processos judiciais propriamente ditos, o demandante utilizou advogado particular em 10 casos (10/16). Os demais processos foram propostos pelo Ministério Público Federal (MPF) por meio de ações civis públicas (6/16).

Entre as justificativas fáticas utilizadas, de forma não excludente, pelo advogado do paciente ou pelo MPF, a prescrição do médico assistente foi utilizada em todos os casos, seguida por risco de morte (12/16) e possível demora ou negativa por parte do passivo em relação ao fornecimento do medicamento (4/16).

Entre os argumentos legais/constitucionais utilizados pelos advogados, de forma não excludente, o direito à saúde (16/16) foi o mais comum, seguido pelo risco de morte (12/16), direito à vida (10/16) e princípio da integralidade (09/16).

O pedido de antecipação de tutela foi deferido em todos os processos analisados (16/16). Essas decisões fundamentaram-se em argumentos oferecidos pelos laudos médicos (13/16) e como principal justificativa legal e constitucional no direito à saúde (12/16), devendo, neste último caso, o medicamento ser adquirido diretamente pelo réu. Quatro processos (4/16) já haviam sido sentenciados, sendo três (3/4) favoráveis ao demandante. As sentenças estavam disponíveis em dois casos (2/3), argumentando acerca do direito à saúde, risco da integridade física da autora, além do direito à vida, e utilizando-se do princípio da prioridade absoluta da criança e do adolescente. Em um caso (1/16), não houve julgamento do mérito, pois observou-se já haver efeitos de sentença procedente proferida em ação ajuizada pelo MPF.

2.3 DADOS DAS CONTESTAÇÕES E RECURSOS

Obteve-se, no recorte temporal analisado, acesso às contestações dos réus na maioria dos processos (10/16). Entre os argumentos utilizados nas contestações, salientaram-se, de acordo com a categorização utilizada, aspectos econômicos (09/10) – previsão e impacto no orçamento público e ética aplicada à alocação de recursos escassos; seguidos pelos legais/constitucionais (08/10) – reserva do possível, princípio da proporcionalidade, direito a saúde; e por fim, aspectos médicos e de pesquisa (07/10) – existência de laudos médicos e participação em protocolos de pesquisa envolvendo o medicamento solicitado.

O laboratório fabricante do medicamento laronidase também utilizou argumentos na contestação nos casos em que foi incluído como litisconsorte (5/16 processos), cujos pacientes, nesse caso, eram todos egressos de pesquisa. Em todos os casos, o laboratório alegou ilegitimidade passiva, sendo excluído da lide em dois desses processos, permanecendo como réu em um processo, julgado extinto em outro, e outro do qual não obtivemos informações acerca do desfecho no período analisado.

3 DISCUSSÃO

Observamos que alguns argumentos utilizados por médicos, advogados e juízes foram compartilhados tanto para a concessão quanto para a negativa do fornecimento do medicamento. Mas, em síntese, os argumentos favoráveis ao demandante foram sustentados no direito à saúde previsto no art. 196 da Constituição Federal e na prescrição e nos laudos médicos apresentados. Por outro lado, favoráveis ao Estado orbitaram principalmente os argumentos em torno da ética aplicada à alocação de recursos escassos, do impacto no orçamento

público, da reserva do possível e da participação do demandante em protocolos de pesquisa. Procuraremos tomar como eixo da discussão a análise dos três principais aspectos delineados: aspectos médicos e de pesquisa, aspectos legais e constitucionais e aspectos econômicos a partir dos argumentos anteriormente identificados.

3.1 ASPECTOS MÉDICOS - A PRESCRIÇÃO E A BUSCA POR EVIDÊNCIAS

Os relatórios médicos e suas respectivas prescrições foram usados como um dos principais argumentos para a abertura das ações judiciais pelos advogados dos pacientes e nas decisões judiciais de concessão de tutela antecipada pelos juízes. Esses aspectos já foram salientados por outros autores¹⁶⁻¹⁷, indicando que a prescrição médica tem determinado a necessidade do uso, tornando-se importante fonte de decisão judicial. Recentemente, essa discussão tem se estendido quanto à caracterização do ato da prescrição como uma atitude que necessita de embasamento científico por meio da medicina baseada em evidência (MBE)¹⁸. Em relação às pesquisas realizadas com laronidase, é importante salientar que, à época das prescrições, havia somente um ensaio clínico de fase II e um ensaio clínico de fase III, duplo-cego, controlado por placebo, publicados a respeito, além do relato subsequente da evolução desses últimos pacientes por um período de tratamento de 6 anos¹⁹⁻²⁰⁻²¹. Estudos adicionais foram publicados posteriormente sugerindo seu uso para as formas não graves da MPS I e para pacientes abaixo dos 5 anos de idade²²; no entanto, desfechos como mortalidade e melhora da qualidade de vida aferidos por instrumentos formais ainda não

¹⁶ MESSEDER, A. M.; OSÓRIO-DE-CASTRO, C. G. S.; LUIZA, V. L. Op, cit., p. 525-534.

¹⁷ VIEIRA, F. S.; ZUCCHI, P. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Revista de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 41, n. 2, p. 214-222, abr. 2007.

¹⁸ FIGUEIREDO, T. A.; PEPE, V. L. E.; OSORIO-DE-CASTRO, C. G. S. Um enfoque sanitário sobre a demanda judicial de medicamentos. *Physis*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 101-118, 2010.

¹⁹ KAKKIS, E. D. et al. Enzyme-replacement therapy in mucopolysaccharidosis I. *The New England Journal of Medicine*, Boston, v. 344, n. 3, p. 182-188, jan. 2001.

²⁰ WRAITH, J. E. et al. Enzyme replacement therapy for mucopolysaccharidosis I: a randomized, double-blinded, placebo-controlled, multinational study of recombinant human alpha-L-iduronidase (laronidase). *The Journal of Pediatrics*, Saint Louis, v. 144, n. 5, p. 581-588, maio 2004.

²¹ SIFUENTES M. et al. A follow-up study of MPS I patients treated with laronidase enzyme replacement therapy for 6 years. *Molecular Genetics and Metabolism*, Orlando, v. 90., n. 2, p. 171-180, fev. 2007.

²² WRAITH, J. E. Limitations of enzyme replacement therapy: current and future. *Journal of Inherited Metabolic Disease*, Dordrecht, v. 29, n. 2-3, p. 442-447, abr./jun. 2006.

se encontram disponibilizados. Tais argumentos foram também descritos nos relatórios médicos, porém careciam de evidência científica à época da instauração do processo. Ou seja, a prescrição médica (laudo médico), ainda que destituída de fortes evidências técnicas de efetividade da medicação em uso pelos critérios da MBE, tem mostrado poder nas decisões judiciais para o fornecimento do medicamento.

3.2 AS UNIVERSIDADES COMO PRESCRITORAS DE NOVAS TECNOLOGIAS

Salientamos que a origem das prescrições se deu, em sua maioria, em hospitais universitários e, em número considerável, para pacientes egressos de pesquisas clínicas envolvendo o medicamento em questão, pesquisas estas patrocinadas por laboratório farmacêutico.

Um dos pontos, então, a ser discutido é o papel das indústrias farmacêuticas e das universidades. Se, por um lado, aquelas vêm financiando pesquisas e desenvolvendo fármacos, e os hospitais universitários vêm gerando conhecimentos e promovendo importante melhora da assistência prestada pelos médicos, ambos desempenham importante papel no atendimento de demandas da sociedade e das pessoas, individualmente²³; por outro lado, estão promovendo o papel de prescritores de novas tecnologias, nas quais os medicamentos se incluem.

Tais fatos corroboram a impressão de que a pressão para incorporação de novas tecnologias origina-se, de fato, em centros de excelência²⁴. No entanto, ao se utilizar a via judicial, observa-se uma pressão para incorporação também imediata nas listas oficiais, sem passar pelos métodos de avaliação de tecnologias em saúde (ATS) no auxílio a tomadas de decisões explícitas nos processos alocativos em saúde, como discutiremos adiante, fato este expresso na Lei nº 12.401, que atrela a incorporação de medicamentos em listas oficiais a partir dos métodos preconizados pelos princípios das ATS²⁵.

²³ GOLDIM, J. R. O uso de drogas ainda experimentais em assistência: extensão de pesquisa, uso compassivo e acesso expandido. *Revista Panamericana de Salud Pública*, Washington DC, v. 23, n. 3, p. 198-206, mar. 2008.

²⁴ FIGUEIREDO, T. A.; PEPE, V. L. E.; OSORIO-DE-CASTRO, C. G. S. Op. cit., p. 101-118.

²⁵ Brasil. Presidência da República. Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011.

3.3 OBRIGAÇÕES PÓS-PESQUISA CLÍNICA - UM NEGÓCIO JURÍDICO

Em relação à responsabilização pelo fornecimento do medicamento, nota-se que o laboratório produtor da laronidase figurou, e como réu, em cinco processos, nos quais os pacientes eram egressos de pesquisa clínica. Esses pacientes, somados aos demais egressos de pesquisa clínica, em determinado momento, por término da pesquisa, ficaram sob risco de retirada do medicamento, indevidamente desprotegidos enquanto sujeitos de pesquisa clínica.

Segundo a Resolução do Conselho Nacional de Saúde nº 251/1997, o acesso aos fármacos utilizados nos projetos de pesquisa clínica deve ser garantido pelo patrocinador ou, na sua ausência, pela instituição, pesquisador ou promotor. Porém, tal resolução tem sido remetida ao âmbito de regras administrativas, sem definir a existência de obrigação legal de fornecimento da medicação em pesquisa, seu conteúdo ou extensão ao sujeito que participa da pesquisa, nem até quando os fármacos devem ser fornecidos²⁶. Essa visão, no entanto, tem sofrido fortes mudanças, e nesse sentido é recente a tese de que há uma obrigação contratual de continuação do tratamento com fornecimento do medicamento pelo patrocinador da pesquisa, mesmo após o término da pesquisa, sob o argumento de que a cláusula usualmente presente nos termos de livre consentimento assistido assegura a continuidade para os pacientes que não puderem arcar com os custos do tratamento praticados no mercado.

3.4 ASPECTOS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS

Observamos que o direito à saúde foi o principal argumento jurídico utilizado para concessão do medicamento pleiteado. Por outro lado, ao determinar que o SUS forneça medicamento, o Poder Judiciário não pode deixar de levar em consideração uma política pública²⁷. Sob a perspectiva da justiça distributiva, é preciso que as necessidades individuais sejam compreendidas sob o contexto de uma política de medicamentos. As diretrizes da política farmacêutica brasileira partem da necessidade do uso racional de medicamentos, amparado em evidências seguras e estudos clínicos, além da capacidade de pagamento pelos

²⁶ Brasil. Conselho Nacional de Saúde. Resolução CNS nº 251, de 7 de agosto de 1997. Normas de pesquisa com novos fármacos, medicamentos, vacinas e testes diagnósticos envolvendo seres humanos.

²⁷ FIGUEIREDO, T. A.; PEPE, V. L. E.; OSORIO-DE-CASTRO, C. G. S. Op. cit., p. 101-118.

governos (*affordability*) para inclusão de determinado medicamento em listas oficiais de financiamento²⁸.

3.5 O JUDICIÁRIO E A TOMADA DE DECISÕES RELACIONADAS À ALOCAÇÃO DE RECURSOS PÚBLICOS NA SAÚDE EM SITUAÇÕES DE ESCASSEZ

Entre as possíveis estratégias de alocação de recursos em um contexto de escassez e no âmbito das políticas públicas de saúde, citamos o racionamento implícito e o racionamento explícito. No racionamento implícito, as bases para a decisão ou o processo de tomada de decisão no qual se chegou à negativa do tratamento não são claramente expressas, exceto por aquele que o profere, ocorrendo de forma arbitrária e menos coerente²⁹. Existem diversas formas para se exercer o racionamento implícito, como negação, seleção, lista de espera, dissuasão, entre outras. No racionamento explícito, são conhecidos publicamente os processos de tomada de decisão, tornando-os mais transparentes, com envolvimento do público e das instituições democráticas representativas, provendo um debate genuíno acerca das questões alocativas de recursos em saúde na sociedade política e civil e suas necessidades³⁰.

A despeito do fato de que medidas de racionamento explícito não são bem-vindas pelos governantes, decisões alocativas são parte de qualquer política pública³¹. Até o momento, o que temos observado em relação ao acesso à laronidase é a utilização de uma das formas implícitas de racionamento da alocação de recursos à saúde em situação de escassez por parte dos governantes, qual seja: a negação³², trazendo o acesso para a esfera da judicialização.

Resta claro que, por parte do Judiciário, também surge a questão da alocação de recursos, pois, no mínimo, forçam os governos a se posicionarem de forma explícita quanto à racionalidade da política de saúde em vigor, ou seja,

²⁸ Brasil. Ministério da Saúde. Portaria GM nº 3.916/1998, de 30 de outubro de 1998.

²⁹ SYRETT, Keith. *Law, legitimacy and rationing of health care: a contextual and comparative perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

³⁰ Idem.

³¹ Idem.

³² DINIZ, D. Rationing the access to high cost medicines in developing countries. *Developing World Bioethics*, Oxford, v. 9, n. 2, p. ii-iii, ago. 2009.

que devem ser anunciados publicamente os critérios de racionalidade utilizados para inclusão ou não em listas oficiais de fornecimento do medicamento³³⁻³⁴⁻³⁵.

Daniels e Sabin³⁶ introduziram o conceito de *accountability for reasonableness*, no qual as razões ou motivos para importantes tomadas de decisões alocativas de recursos em saúde devem ser disponibilizados publicamente e tomados por pessoas que buscam cooperar com outras ("*fair-minded*" people) e tentam estreitar as controvérsias por meio de justificativas bem aceitas. Salientamos que a exigência de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas (PCDT), desenvolvidos a partir dos fundamentos da MBE, tem sido um dos instrumentos que vêm contribuindo para endossar os critérios de transparência e equidade na tomada de decisões governamentais no que diz respeito à inclusão de medicamentos de alto custo em listas oficiais, uma vez que permitem que sejam especificadas as condições de elegibilidade para um determinado tratamento. No entanto, não se encontram ainda definidos PCDT para o uso da laronidase no Brasil, apesar de seu registro na Anvisa, e os motivos não são publicamente conhecidos. Acreditamos que a transparência da justificação das decisões seja um instrumento decisivo para a estabilidade da política de assistência farmacêutica no País³⁷.

3.6 ASPECTOS ECONÔMICOS

Argumentos econômicos também são utilizados na defesa do Estado, entre eles o impacto no orçamento público e aspectos éticos aplicados à alocação de recursos escassos.

Os baixos recursos aplicados à saúde e as demandas crescentes por incorporação de tecnologias podem se tornar um problema insolúvel, especialmente nos países em desenvolvimento³⁸. Com os custos crescentes dos medicamentos, preocupações em nível global ocorrem, levando vários países

³³ SYRETT, Keith. Op. cit.

³⁴ DINIZ, D. Op. cit., p. ii-iii.

³⁵ DANIELS, Norman; SABIN, James E. Accountability for reasonableness. In: _____ (Ed.). *Setting limits fairly*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 52-53.

³⁶ Idem, *ibidem*.

³⁷ DINIZ, Debora. Disponível em: <[HTTP://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublica/Saude/anexo/Debora_Diniz.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublica/Saude/anexo/Debora_Diniz.pdf)>. Acesso em: 8 jun. 2011.

³⁸ BEUTLER, E. Lysosomal storage diseases: natural history and ethical and economic aspects. *Molecular Genetics and Metabolism*, Orlando, v. 88, n. 3, p. 208-215, jul. 2006.

a instituir arranjos para controlar cobertura pública e os custos de uma forma geral³⁹.

Um dos instrumentos que estão sendo utilizados para o processo explícito de tomada de decisões na alocação de recursos de saúde em situações de escassez tem sido o método de ATS, considerada como uma das muitas vertentes originadas na MBE. A ATS envolve a avaliação, de forma sistemática, de todas as tecnologias da área de saúde. Sua proposta central é proporcionar, através de informações objetivas, os subsídios adequados para o estabelecimento de políticas na área de saúde e para a tomada de decisão pelos gestores do sistema de saúde (*health policy makers*), inclusive sobre a incorporação de novas tecnologias da área⁴⁰.

Tais métodos em ATS mostram-se importantes, mas até o momento têm apresentado certas limitações quando se aplicam a medicamentos órfãos, visto que o grau preciso de ganho na saúde produzido é incerto, devido a alguns fatores como: 1) limitados estudos comparativos; 2) escassas informações acerca da doença previamente à introdução do uso da laronidase, 3) paucidade de estudos em longo prazo para avaliar efeitos na morbidade e mortalidade; 4) ausência de instrumentos formais de medidas de qualidade de vida para esses pacientes; além de 5) os medicamentos não se mostrarem custo-efetivos⁴¹.

Acreditamos que tais imprecisões têm provavelmente levado à negativa do financiamento público da laronidase; porém, os motivos não são públicos.

Nesse intervalo de tempo, persiste então o questionamento sobre se a incorporação de medicamentos para o tratamento de doenças raras, considerando os aspectos anteriormente elencados, especialmente devidos à raridade da condição, não deveria ter algum “tratamento” diferenciado no tocante à ATS. Ou seja, dada a raridade da condição, os métodos de avaliação não somente teriam de lidar com menores níveis de evidência disponíveis para os medicamentos órfãos como também manteriam o uso de padrões inferiores de evidências para esses medicamentos. Para determinados autores,

³⁹ RAFTERY, J. P. Paying for costly pharmaceuticals: regulation of new drugs in Australia, England and New Zealand. *The Medical Journal of Australia*, Sydney, v. 188, n. 1, p. 26-28, jan. 2008.

⁴⁰ PEDDECOR, K. M. The medical technologist and evaluation of health technologies. *The American Journal of Medical Technology*, Houston, v. 46, n. 1, p. 30-32, jan. 1980.

⁴¹ CONNOCK, M. et al. A systematic review of the clinical effectiveness and cost-effectiveness of enzyme replacement therapies for Fabry's disease and mucopolysaccharidosis type 1. *Health Technology Assessment*, Winchester, v. 10, n. 20, p. iii-iv, ix-113, jun. 2006.

tais aspectos deveriam ser contrabalançados por valores sociais e éticos que transcenderiam essas limitações impostas pelos métodos tradicionais da economia da saúde⁴².

CONCLUSÃO

A função principal do Judiciário em um Estado democrático é garantir a aplicação dos direitos⁴³. No caso específico de busca judicial ao acesso a medicamentos órfãos, no qual utilizamos o exemplo da laronidase, essas discussões se tornam mais aguçadas, tendo em vista, de um lado, a gravidade da doença e, de outro, a disponibilidade de um único medicamento, de altíssimo custo, com evidências, mesmo que ainda restritas, de efetividade. Tais fatores (baixo grau de evidências e alto custo dos medicamentos) provavelmente acabam por dificultar a incorporação desses tratamentos em políticas públicas que garantam acesso padronizado e gratuito, transferindo à justiça o poder de distribuição dessas tecnologias.

Apontamos, assim, para a importância da explicitação do processo de aquisição de tecnologia como forma de demonstrar coerência e consistência de uma política pública frente à cobertura ou não de um determinado medicamento. Do contrário, a tendência das Cortes é atender a essas demandas, ignorando as razões técnicas para inclusão ou não inclusão do medicamento no sistema público de saúde⁴⁴. A Política Nacional de Medicamentos, em que pese o uso racional, baseia-se em critérios epidemiológicos de prevalência, não privilegiando medicamentos denominados por alguns como “essenciais raros”⁴⁵, sendo necessário o desenvolvimento de uma política específica para doenças genéticas raras que padronize o acesso aos tratamentos.

⁴² DRUMMOND, M. F. et al. Assessing the economic challenges posed by orphan drugs. *International Journal of Technology Assessment in Health Care*, Cambridge, v. 23, n. 1, p. 36-42, 2007.

⁴³ CÉZAR, D. O. Obrigação de fornecimento do medicamento após a conclusão de pesquisa. Tese de Doutorado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009. 234 f.

⁴⁴ DINIZ, D. Op. cit., p. ii-iii.

⁴⁵ STOLK, P.; WILLEMEN, M. J.; LEUFKENS, H.G. Rare essentials: drugs for rare diseases as essential medicines. *Bulletin of the World Health Organization*, Geneva, v. 84, n. 9, p. 745-751, set. 2006.

CLÁUSULA RESOLUTIVA EXPRESSA: ANÁLISE CRÍTICA DE SUA EFICÁCIA¹

EXPRESS RESOLUTORY CLAUSE: CRITICAL ANALYSIS OF ITS EFFECTIVENESS

Rebeca Garcia²

Mestre em Direito Civil na UERJ

RESUMO: Este artigo examina a eficácia da cláusula resolutiva expressa, especialmente à luz da jurisprudência atual, que, a despeito do art. 474 do Código Civil, tem considerado imprescindível provimento judicial para dar efeito à resolução. Essa perspectiva parece esvaziar o sentido do mecanismo liberatório, equiparando-o, na prática, à cláusula resolutiva tácita.

PALAVRAS-CHAVE: Contrato; resolução contratual; resolução convencional; resolução legal; cláusula resolutiva expressa; cláusula resolutiva tácita.

ABSTRACT: *This article examines the express resolutive clause's effectiveness, especially in light of current case law, which, despite art. 474 of the Civil Code, has been considering a judicial order necessary to enforce a termination. This perspective seems to empty the releasing mechanism's*

meaning, in practice equating it with the tacit resolutive clause.

KEYWORDS: *Contract; contract termination; conventional termination; legal termination; express resolutive clause; tacit resolutive clause.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Notas sobre a resolução contratual por inadimplemento; 2 A cláusula resolutiva expressa e suas potencialidades: proposta de leitura crítica; 3 A eficácia da cláusula resolutiva expressa na perspectiva jurisprudencial; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Notes on contract termination for breach; 2 The express resolutive clause and its potentialities: proposition of a critical reading; 3 The express resolutive clause's efficacy from the case law perspective; Conclusion; References.*

¹ Área do Direito: Direito Civil. Contratos.

² Advogada. E-mail: rsg@bmalaw.com.br.

Talvez seja a própria simplicidade do assunto
que nos conduz ao erro.
(Edgar Allan Poe)

INTRODUÇÃO

A leitura do art. 474 do Código Civil, à primeira vista, parece não suscitar maiores dificuldades: “A cláusula resolutive expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial”. Não é o que indica, contudo, a análise da jurisprudência. E a dúvida paira, justamente, sobre a expressão “de pleno direito”. O art. 474 tem sido objeto de interpretações diversas, entre as quais algumas que, ao que parece, podem, no limite, esvaziar a resolução convencional – em sua *ratio* ou em seus efeitos.

Em linhas gerais, pode-se dizer que, nos contratos de prestações correspectivas, o contratante adimplente tem, diante do incumprimento da contraparte, o direito de ver resolvida a avença – sem prejuízo de indenização por eventuais perdas e danos causados pela inexecução. Nesse caso, entretanto, há, para o credor, um inconveniente: será preciso percorrer caminho mais longo – quiçá mais tortuoso –, que passa não pela simples e inequívoca manifestação de vontade, mas pelas vias do Judiciário.

Os Tribunais, principalmente ao cuidar de casos que envolvem contratos-promessa do setor imobiliário ou contratos de arrendamento mercantil, têm entendido que o contratante em dia com suas obrigações, a despeito da existência de cláusula resolutive expressa, necessita da intervenção judicial para fazer valer o pacto resolutive. Também a doutrina tem se mostrado, senão dividida, ao menos reticente sobre o tema, passando muitas vezes ao largo da questão da eficácia da cláusula resolutive expressa ao cuidar da resolução por incumprimento. A perspectiva, contudo, merece ser encarada criticamente.

Adverta-se, já de início, que este artigo concentra sua atenção no âmbito específico dos contratos paritários, celebrados entre partes que, dotadas de amplo poder de negociação e exercendo plenamente sua autonomia negocial, preveem e contrabalançam direitos e obrigações, em um dinâmico exercício de barganha e de concessões mútuas. Assim, conforme seus interesses, podem dimensionar seu programa contratual para, por exemplo, estipular o pacto resolutive expresso. É justamente nesse campo que o entendimento jurisprudencial referido *supra* merece maiores questionamentos.

1 NOTAS SOBRE A RESOLUÇÃO CONTRATUAL POR INADIMPLEMENTO

1.1 O NOME E A COISA: QUESTÃO DE PRECISÃO CONCEITUAL

Diversos conceitos que perpassam o tema da resolução contratual são, não raro, empregados em sinonímia³. No entanto, visto que “a confusão de palavras acarreta sempre a confusão de coisas”⁴, busca-se, aqui, traçar com maior clareza os contornos distintivos de conceitos⁵. O legislador de 1916, cuidando do direito conferido ao credor lesado pelo incumprimento, pecava pela falta de maior rigor técnico e falava em *rescisão*, cuja origem remonta ao Código Civil italiano e se refere à hipótese de lesão – tratando-se mais propriamente, portanto, de caso de anulabilidade⁶. Embora o novo Código tenha solucionado a questão, falando em “resolução”, aquele termo acabou enraizando-se na cultura jurídica, a ponto de tornar-se lugar comum, sinônimo de extinção do contrato.

Resolução e resilição, por sua vez, são espécies do gênero dissolução da relação contratual por incumprimento, que se refere a *situações supervenientes* à formação do negócio. A distinção varia segundo o ângulo de mirada. Quando se encaram os *efeitos* da extinção, conclui-se que a resolução é a modalidade de extinção da relação contratual com eficácia retroativa. Dela difere a resilição apenas por conta de sua eficácia, que projeta seus efeitos para o futuro, a partir do momento em que se constitui a dissolução⁷.

³ Miguel Reale, supervisor da comissão que revisou e elaborou o Código Civil de 2002, indicou a importância da linguagem no vocabulário jurídico, registrando a necessidade de “introduzir na sistemática do Código algumas distinções básicas”, como entre “resolução e rescisão dos contratos [...]”, que não são de mero alcance doutrinário, e muito menos acadêmico, por envolverem antes conseqüências práticas, sobretudo para mais segura interpretação e aplicação dos preceitos” (REALE, Miguel. Exposição de motivos do supervisor da comissão revisora e elaboradora do Código Civil. In: *Novo código civil: exposição de motivos e texto sancionado*. 2. ed. Brasília: Senado Federal, 2005. p. 35).

⁴ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Atual. por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 221.

⁵ A tarefa, contudo, não é simples, dada a divergência que ainda se verifica a respeito desses conceitos. Confira-se, por exemplo, COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 283.

⁶ Assim dispunha o parágrafo único do art. 1.092: “A parte lesada pelo inadimplemento pode requerer a rescisão do contrato com perdas e danos”.

⁷ Com os olhos postos neste aspecto é que Pontes de Miranda tratava a resilição, nomenclatura de origem francesa, apenas como espécie de resolução com eficácia *ex nunc* (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Booksellers, t. 25, 2003. p. 351).

Quando, porém, se tem em mente a *fonte* da extinção⁸, o quadro muda de arranjo. Aqui, a resolução é tida como modo de dissolução contratual provocado por causa superveniente fundada não no consenso, mas no inadimplemento, na onerosidade excessiva, na impossibilidade da prestação, e assim por diante. Já a resilição tem sua fonte na vontade das partes, seja ela unilateral ou bilateral. Quando bilateral, recebe também a designação de *distrato*, consistente em um acordo de vontades com sinal trocado, ou seja, no sentido de desfazer o vínculo contratual. Por seu turno, a *denúncia*, que tem lugar em relações contratuais duradouras, não extingue propriamente o contrato; antes, põe-lhe termo. Por essa razão se diz que a denúncia do contrato, com efeito, “não desconstitui: determina, apenas, que não continue”⁹.

1.2 A RESOLUÇÃO CONTRATUAL POR INADIMPLEMENTO

Contratos diuturnamente nascem e são também extintos, em geral pelo modo natural; é dizer, pelo cumprimento voluntário, completo, no tempo, lugar e modo esperados pelas partes que se coobrigaram. Para recorrer à lição de Clóvis do Couto e Silva, o “adimplemento atrai e polariza a obrigação. É o seu fim”¹⁰. Contudo, a trajetória nem sempre é tão linear, e por vezes apresenta sinuosidades que normalmente se traduzem em situações de incumprimento – as quais, ao fim, acabam por conduzir à resolução da relação contratual. Não à toa, a inexecução das obrigações é vicissitude referida como parte *patológica* do direito obrigacional¹¹.

⁸ Assim, por exemplo: GOMES, Orlando. Op. cit., p. 202-203.

⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., p. 308.

¹⁰ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. reimp. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007. p. 17. A celebração de negócios jurídicos faz parte das relações sociais cotidianas, cada vez mais dinâmicas. O dinamismo, aliás, é próprio da relação obrigacional, que deve ser entendida nos termos propostos por Clóvis do Couto e Silva, ou seja, *como processo*, “algo que se encadeia e se desdobra em direção ao adimplemento, à satisfação dos interesses do credor” (Id., p. 17). Por outras palavras, “a obrigação nasce para ser cumprida. O cumprimento surge como a direção espontânea da obrigação: o devedor está adstrito para com o credor a assumir, no interesse deste, determinado comportamento. A realização da prestação é o modo natural de extinguir o vínculo creditório” (SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Direito ao cumprimento e direito a cumprir*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 5).

¹¹ A expressão foi cunhada por Agostinho Alvim, cuja monografia é de leitura fundamental para a melhor apreensão e compreensão do direito das obrigações. Aliás, conforme lembra o autor, “o cumprimento da obrigação é a regra; o inadimplemento, a exceção” (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1955. p. 6).

A resolução por inadimplemento¹², conforme anota Ruy Rosado de Aguiar Júnior, “é um modo de extinção dos contratos, decorrente do exercício do *direito formativo* do credor diante do incumprimento do devedor”¹³, qualificado como um *poder vinculado*, no sentido de que a parte adimplente deve alegar e provar o fundamento que justifique a resolução – e esse fundamento será aquele previsto na lei ou no próprio contrato¹⁴. Tem como pressupostos básicos (a) um contrato bilateral válido¹⁵; (b) o inadimplemento por parte do devedor; (c) a condição de não inadimplência do credor; e, ainda, (d) a manifestação de vontade do interessado em seguir pela via resolutiva. Digno de nota, também, que o inadimplemento deve ser absoluto, significando dizer que deve ser grave o suficiente para fazer desaparecer o interesse do credor na manutenção do negócio¹⁶.

O legislador é claro ao reconhecer o caráter *facultativo* do remédio resolutório¹⁷. O contratante lesado pelo inadimplemento pode decretar um ponto final ao contrato; exigir o cumprimento da prestação ou equivalente; manter o vínculo contratual, mas exigindo indenização pelos danos causados pelo inadimplemento; e assim por diante. O leque de opções é extenso, e a possibilidade de escolha pode ser uma vantagem para o credor, que avaliará o meio mais favorável para a tutela de seus interesses¹⁸. Considera-se mesmo

¹² Advirta-se desde já que, por questões de praticidade e mesmo de estilo, muitas vezes fala-se, neste artigo, apenas em *resolução*, sem o necessário complemento “por inexecução” – embora a ele querendo-se fazer referência.

¹³ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*: resolução. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2003. p. 12 (grifou-se). O autor qualifica como formativo o direito de resolução, na medida em que desfaz a própria relação jurídica ou a eficácia jurídica que já se produziu.

¹⁴ VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. 7. ed. Coimbra: Almedina, v. 2, 2001. p. 276.

¹⁵ Araken de Assis, em interpretação aparentemente mais extensiva, sustenta que este primeiro requisito não se limita aos contratos bilaterais, mas àqueles que ostentem uma *reciprocidade de prestações* (ASSIS, Araken de. Dos contratos em geral. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coord.). *Comentários ao código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, v. 5, 2007. p. 633).

¹⁶ É preciso chamar a atenção, também, ao fato de que não apenas o incumprimento dá margem à resolução. É o caso, por exemplo, da onerosidade excessiva, que pode ensejar a resolução nas hipóteses em que, nos contratos de execução continuada ou diferida, a prestação de uma das partes se torna “excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis” (art. 478 do Código Civil).

¹⁷ Veja-se: “Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento *pode* pedir a resolução do contrato, *se não preferir exigir-lhe o cumprimento*, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos” (grifou-se).

¹⁸ Essa possibilidade representa uma vantagem para o credor, tornando-lhe possível “eleger o meio mais favorável para a tutela dos seus interesses, ao ponderar certas circunstâncias objectivas (a demora e os encargos inerentes a um procedimento executivo ou a sua viabilidade, a fraqueza ou a força econômica

“*natural se le facilite al contrayente fiel el modo de salir de este estado de incertidumbre, de suspensión, en que lo coloca el incumplimiento injustificado del otro otorgante*”¹⁹ – o legislador, tratando o contratante fiel como o juiz de seus próprios interesses, confere-lhe, então, “*la elección entre pedir el cumplimiento del contrato y reclamar la resolución*”²⁰.

Ao propósito, a noção de resolução liga-se à de *interesse do credor*, cuja apreciação, por sua vez, gravita em torno da ideia de *utilidade*. Embora esse interesse não deixe de ostentar elementos de subjetividade só aferíveis (e possivelmente com dificuldades) no caso concreto, deve ser avaliado em termos *objetivos*. Trata-se de elemento-chave para compreender o fenômeno patológico da obrigação e apurar se se está diante de um inadimplemento sanável (mora) ou absoluto.

A resolução tem, em regra, eficácia retroativa e caráter liberatório, de maneira que, dissolvida a relação contratual, tanto o credor quanto o próprio devedor são liberados das obrigações que lhe incumbiam, retornando ambos ao estado em que se encontravam antes da contratação – embora possam subsistir certos deveres, como o de não concorrência²¹.

Além disso, diz-se que é a *relação obrigacional* que se extingue, e não propriamente o *contrato*. Este é mero ato jurídico que, como tal, produz efeitos²². O fenômeno resolutório atinge a relação, retirando-lhe a eficácia, em uma espécie de “neutralização, pois, embora o contrato exista, as obrigações nele assumidas já não podem ser exigidas”²³. É bem verdade que, na prática, ambos os fenômenos

do seu devedor, a natureza sanável ou insanável da ‘lesão’ contratual, o interesse e a possibilidade de realizar a sua contraprestação) e subjectivas (v.g., a valorização da utilidade ou da circulação da prestação devida, o interesse em celebrar um novo contrato, reavendo a contraprestação efectuada, ou o interesse em conservá-lo, em virtude de uma relação de confiança acrítica)” (PROENÇA, José Carlos Brandão. *A resolução do contrato no direito civil: do enquadramento e do regime*. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 78).

¹⁹ BENDERSKY, Mario J. *Incumplimiento de contrato: la cláusula resolutoria en los derechos civil y comercial*. Buenos Aires: Depalma, 1963. p. 7.

²⁰ Id., p. 7.

²¹ No entanto, o efeito restitutivo da resolução nem sempre se verifica. É o caso, por exemplo, dos contratos cuja prestação consista num dever negativo, um não fazer, ou dos contratos de execução continuada, a respeito dos quais se diz haver um princípio da irretroatividade das prestações. Veja-se: GOMES, Orlando. Op. cit., p. 59.

²² Confira-se, a respeito, AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Op. cit., p. 23.

²³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos: curso de direito civil*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 109.

parecem confundir-se – uma vez resolvida a obrigação principal, cai por terra também o contrato. Mas podem remanescer outras obrigações ou deveres, tais como aqueles nascidos do princípio da boa-fé objetiva em sua função normativa (criadora de deveres de conduta)²⁴.

A ideia apresenta-se ainda mais coerente quando se parte da nova racionalidade que preside o tráfego negocial, da obrigação *como processo*. Não cabe mais pensar em uma relação obrigacional antitética, na qual credor e devedor figuram em polos antagônicos, incumbindo-lhes o cumprimento de prestações igualmente contrapostas. Trata-se, sim, de uma relação dinâmica²⁵, em cujo bojo credor e devedor são figuras que se relacionam segundo uma ideia de *cooperação*.

1.2.1 RESOLUÇÃO LEGAL E CONVENCIONAL

A resolução diz-se *legal* porque estabelecida por uma norma do ordenamento jurídico. O legislador brasileiro, no art. 475 do Código Civil, facultou à parte lesada por “toda a violação ou todo o desvio de certa importância do programa contratual”²⁶ pedir a resolução do contrato, caso não prefira exigir o seu cumprimento²⁷. Trata-se da chamada cláusula resolutiva tácita, pressuposta

²⁴ A nova roupagem dada a antigos conceitos e preceitos próprios do direito das obrigações prende-se ao reconhecimento de que a relação obrigacional é mais do que a mera contraposição de direitos subjetivos e deveres. Ela compõe-se, antes, de “uma totalidade de direitos subjetivos, deveres jurídicos, poderes formativos, pretensões, ônus jurídicos, sujeições que não são, de modo algum, fixos e imutáveis” (MARTINS-COSTA, Judith. O adimplemento e o inadimplemento das obrigações no novo Código Civil e o seu sentido ético e solidarista. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos et al. (Coord.). *O novo código civil: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2003. p. 354).

²⁵ O liame obrigacional é qualificado como dinâmico não apenas por desencadear-se em direção ao cumprimento, mas por configurar uma relação viva, marcada pela existência de deveres e situações jurídicas que podem mesmo nascer ao longo da vida contratual e extinguirem-se antes de seu fim. Conforme explica Judith Martins-Costa, deve-se também considerar “o fenômeno obrigacional em sua totalidade concreta, isto é, como aquela composta por um dinâmico ‘todo’ de direitos e deveres, facultades, ônus, expectativas legítimas, etc., finalisticamente interligados ou coligados” (Id., p. 339-340).

²⁶ MACHADO, João Baptista. Pressupostos da resolução por incumprimento. In: *Obra dispersa*. Braga: Scientia Iuridica, v. 1, 1991. p. 126. O autor emenda: “Dizemos ‘toda a violação ou desvio de certa importância’ porque, em regra, não é um qualquer inadimplemento que confere direito à resolução legal, mas só aquele que justifique o desaparecimento do interesse do credor na manutenção da relação contratual” (Id., p. 126).

²⁷ O dispositivo repete o texto do parágrafo único do art. 1.092 do Código Civil de 1916. Agora, porém, a resolução legal ganhou disciplina autônoma, desvinculando-se do instituto da exceção do contrato não cumprido, então prevista no *caput* daquele dispositivo.

em todo contrato sinalagmático²⁸. Isso porque o incumprimento, “operando como fator de desequilíbrio, afeta tal corresponsividade” que caracteriza essa espécie de contrato²⁹.

Por aí já se vê que não é necessário haver previsão explícita no contrato a permitir a desvinculação em hipótese de incumprimento – e não porque o legislador se tenha feito substituir à vontade dos contratantes, “*prescindiendo de lo que ha sido el concreto programa concertado*”³⁰. A ideia justifica-se pelo reconhecimento e respeito a um princípio *equitativo*³¹, de justiça comutativa. Lembre-se, afinal, que o inadimplemento é exceção³². Mostra-se ainda interessante a razão – de ordem prática – apontada por Bendersky: essencialmente, a de que o ordenamento, afinal, tutela a possibilidade de o contratante fiel poder “*celebrar lo más rápidamente posible otro negocio jurídico, que le permita alcanzar el fin querido con el que se frustró por culpa del deudor incumpliente*”³³.

Precisamente porque o direito à resolução não está previsto explicitamente, o prejudicado pelo inadimplemento não pode agir diretamente; torna-se

²⁸ Ou, como sugere Araken de Assis, em todo contrato no qual se verifique interdependência recíproca de certas obrigações, ainda que o contrato, por si mesmo, não se qualifique como bilateral (ASSIS, Araken de. Op. cit., p. 608-609).

²⁹ BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 253.

³⁰ DELL’AQUILA, Enrico. *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1981. p. 154.

³¹ A literatura jurídica parece reconhecer que “não é a vontade presumida o seu fundamento, mas razões de justiça comutativa, sendo traço característico dos contratos sinalagmáticos” (TEPEDINO, Gustavo et al. *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, v. 2, 2006. p. 118). Em um esforço de identificar o fundamento da resolução, Enrico Dell’Aquila concluiu que este repousa em um *princípio equitativo*, mais do que em uma ideia de sanção ou de reconhecimento de uma vontade implícita e presumida das partes: “*En resumen, es un principio de equidad y de justa distribución de las utilidades efectivamente alcanzadas por las partes por medio de una actividad contractual, lo que constituye el fundamento de la resolución. [...] Y nos parece sintomático que la resolución haya sido elaborada, por primera vez con carácter general, por el Derecho canónico, o sea por un sistema jurídico particularmente sensible a las exigencias de una justicia equitativa más interesada en las consecuencias prácticas de las normas que en la perfección formal de ellas*” (DELL’AQUILA, Enrico. Op. cit., p. 163-164).

³² Afinal, “o credor tem direito ao cumprimento. Tem direito, antes de mais, a que o devedor realize a prestação voluntariamente. O dever de prestar impõe-se, por si próprio, ao devedor; é uma necessidade axiológica, aquilo que importa a respeito da relação devedora. Para definir o dever podemos prescindir, perfeitamente, de qualquer aspecto de coercibilidade. A justiça da situação final é alcançada por intermédio da prestação” (SÁ, Fernando Augusto Cunha de. Op. cit., p. 27).

³³ BENDERSKY, Mario J. Op. cit., p. 25. Nessa mediada, o legislador busca conceder ao contratante fiel os meios adequados para “*desligarse con la máxima celeridad del vínculo contractual, con el cual considera que ya no tiene posibilidad de lograr el propósito que originó su celebración*” (Id., p. 25).

necessária a intervenção judicial³⁴. Significa dizer que “não é o contratante que resolve o contrato, mas o juiz, a seu pedido. Nisso, precisamente, se diferencia, no particular, a resolução decorrente da existência de cláusula resolutiva expressa daquela em que é tácita”³⁵.

Segundo esse ponto de vista, além do contraste em relação à fonte da resolução – a lei ou a vontade –, o que, à partida, marca a distinção entre os modos dissolutivos é a forma de seu exercício – judicial ou extrajudicial. É no foro que se vai discutir o inadimplemento, verificar ou não a presença dos elementos que autorizam a resolução. Não se quer dizer, contudo, que, se houver previsão de cláusula resolutiva expressa, o juiz não poderá ou não deverá apreciar essas matérias. Apenas, na resolução legal, é *ônus do credor*, lesado pelo inadimplemento e interessado em liberar-se, provar a verificação dos pressupostos necessários para ver resolvido o vínculo.

1.2.2 CLÁUSULA RESOLUTIVA E CONDIÇÃO RESOLUTIVA

A resolução convencional ganhou disciplina própria apenas com o Código Civil de 2002³⁶. Até então, recorria-se à construção doutrinária e jurisprudencial erigida a partir da noção de *condição resolutiva* aplicada às relações contratuais. Mas, embora o inadimplemento figurasse, *grosso modo*, como o evento futuro e incerto que tinha por efeito resolver o negócio, os institutos não se confundem.

A condição “subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto”³⁷. Sendo resolutiva a condição, o negócio produz efeitos enquanto ela não se realiza, mas, uma vez implementada, “extingue-se, para todos os efeitos, o direito a que ela se opõe”³⁸. Trata-se de elemento accidental do negócio, que, uma vez estipulado, integra-o, tornando-se “um modo de ser do contrato, desenhado e subordinado ao evento condicional”³⁹.

A distinção normalmente se refere aos *efeitos* dos institutos. Nessa perspectiva, o implemento da condição resolutiva extingue a relação de maneira

³⁴ Nesse sentido, TEPEDINO, Gustavo et al. Op. cit., p. 120.

³⁵ GOMES, Orlando. Op. cit., p. 207.

³⁶ O legislador de 1916 contemplava apenas, no art. 1.163, a figura do pacto comissório, como cláusula típica dos contratos de compra e venda.

³⁷ Art. 121 do Código Civil.

³⁸ Art. 128 do Código Civil.

³⁹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Da extinção do contrato: artigos 472 a 480. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. 6, t. II, 2011. p. 370.

imediate, sem que tenha relevo o papel da vontade do contratante legitimado, ao passo que a cláusula resolutiva apenas confere ao credor o *direito* de resolução⁴⁰.

1.2.3 CAMPO DE APLICAÇÃO, PRESSUPOSTOS, FORMA E MANIFESTAÇÃO DE VONTADE

Uma vez verificado o incumprimento valorado pelas partes como fundamento para a resolução, a cláusula resolutiva, como se disse, não extingue por si só a relação, mas confere à parte inocente a *faculdade* de resolver o vínculo contratual. Portanto, muito embora a lei não o exija – o art. 474 sentencia que a cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito –, deve haver *manifestação de vontade*, expressão do interesse do credor em extinguir, de fato, o negócio. Como se disse, o remédio resolutório convencional pode ser exercido ou não, a depender do interesse do credor. O operar de pleno direito não significa que a cláusula “seja automática; e sim que dispensa intervenção judicial, mas não dispensa a deliberação do credor em extinguir ou executar”⁴¹.

Essa exteriorização da vontade de se desvincular normalmente realiza-se por simples notificação. Mas é razoável sustentar que ela pode ganhar corpo também com o comportamento do credor, no sentido de indicar não ter mais interesse na continuidade do contrato⁴². O importante é que a “decisão deve ser de algum modo levada ao conhecimento do devedor, pois, do contrário, este não saberá qual o destino que será dado ao contrato”⁴³. Além disso, as partes podem, em regra, prever contratualmente uma forma determinada para a declaração resolutiva – por exemplo, estabelecendo a necessidade de notificação extrajudicial, ou de simples comunicação por escrito, a ser enviada em determinado prazo, por meio eletrônico, para determinado endereço, e assim por diante.

⁴⁰ Por outras palavras, a condição resolutiva atua “*automáticamente, sin necesidad de ninguna actividad, judicial o no, por parte del sujeto interesado*” (DELL’AQUILA, Enrico. Op. cit., p. 154). O mesmo não se pode dizer quanto à cláusula resolutória expressa, que “*bien podría formularse de manera que, al verificarse el evento resolutorio, esto no causaría por si sólo la resolución, sino que únicamente daría a la parte inocente la facultad de resolver*” (Id., p. 154).

⁴¹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Da extinção do contrato: artigos 472 a 480. Op. cit., p. 378.

⁴² Nesse sentido, há quem afirme que a decisão do credor pode se exteriorizar não só por comunicação expressa ou ação de resolução, mas também “*pelo comportamento do credor, assumindo conduta incompatível com a continuidade do negócio*” (Id., p. 405 – grifou-se). Essa possibilidade pode, contudo, suscitar dificuldades práticas no que respeita à prova, em eventual cenário litigioso, do comportamento.

⁴³ Id., p. 382.

Na falta de disciplina contratual específica, a resolução convencional, em regra, “segue o regime da liberdade de forma, bastando a mera declaração de uma das partes à outra para produzir os seus efeitos”⁴⁴. A rigor, também se admite que as partes, no exercício do seu poder de barganha negocial, convençionem abrir mão das outras possibilidades conferidas diante de um inadimplemento – dispensando, por exemplo, a notificação que serviria a demonstrar a opção do credor pela via resolutiva⁴⁵.

O mecanismo convencional de desvinculação pode ser estabelecido ao mesmo tempo e no mesmo instrumento do contrato, ou mesmo em separado, ou posteriormente à constituição da relação⁴⁶, conferindo à parte adimplente o direito de resolver a avença sem que para isso seja preciso percorrer a via forense⁴⁷.

A cláusula resolutiva expressa não se aplica apenas aos contratos cujas prestações guardem um nexo de reciprocidade – embora se deva dizer que, no âmbito de um contrato sinalagmático, o incumprimento constitui a condição geral ou típica do exercício do direito de resolução. O art. 474 não fez qualquer restrição quanto à natureza do contrato, razão pela qual se costuma admitir a cláusula mesmo em contratos unilaterais⁴⁸.

⁴⁴ MARTINEZ, Pedro Romano. *Da cessação do contrato*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 175.

⁴⁵ A 3ª Turma do STJ, por exemplo, embora tratando do pacto comissório do Código Civil de 1916, já admitiu a possibilidade de as partes afastarem previamente as alternativas normalmente colocadas à disposição do contratante lesado pelo incumprimento. Segundo se entendeu na ocasião, prevalece sobre a regra de que o credor pode exigir o cumprimento ou desfazer o contrato “a cláusula contratual pela qual as partes pré-eliminaram uma dessas alternativas, ajustando que o negócio seria desfeito, se o preço não fosse pago” (STJ, AgRg-Ag 283107/SP, 3ª T., Rel. Min. Ari Pargendler, J. 18.12.2001, v.u. – grifou-se).

⁴⁶ Em suma, “[o] direito convencional de resolução pode ser constituído ao mesmo tempo que o contrato, de cuja resolução se trata, ou mais tarde, pode ser puro e simples ou condicional, a prazo ou sem ele” (SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. *Resolução do contrato*. Lisboa: Tipografia da Empresa Nacional de Publicidade, 1957. p. 43).

⁴⁷ A ideia parece simples: “Havendo *pacto comissório expresso*, o contrato se resolve de pleno direito. Quando muito, o juiz, em caso de contestação, declararia a resolução, não lhe competindo pronunciá-la, como procede quando a cláusula resolutiva é implícita. Porque se opera *ipso jure*, a parte em favor da qual se deu a resolução não pode preferir a execução do contrato” (GOMES, Orlando. Op. cit., p. 209).

⁴⁸ Nesse sentido, TEPEDINO, Gustavo et al. Op. cit., p. 118-119. Vale acrescentar que mesmo os contratos de adesão alinhavados em relações de consumo podem conter previsão de cláusula resolutiva expressa, desde que alternativa, atribuindo ao consumidor o direito de escolha. O art. 54, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor é expresso nesse sentido.

Os pressupostos básicos para a atuação da cláusula resolutiva expressa são semelhantes aos da resolução de maneira geral, é dizer: inexecução do devedor, decisão pela via resolutive, condição de não inadimplência do titular do direito resolutive – ou, em outros termos, *legitimidade resolutive*. Porém, como se está aqui no campo da autonomia negocial, as partes podem, em regra, ajustar outros pressupostos – observados os limites impostos pelos princípios contratuais, dos quais releva o da boa-fé, e pela ordem pública.

A inexecução deve ser aquela valorada e prevista pelas partes como suficientemente grave para fazer extinguir a relação contratual. Quer-se dizer que a cláusula não pode ser genérica. Ela deve fazer referência a um determinado tipo de obrigação que os contratantes repute essencial, deve ser precisa.

Quando a previsão das situações de incumprimento capazes de autorizar a resolução de pleno direito carece de conteúdo específico, em geral se entende que se trata de mera cláusula de estilo, apenas reforço da cláusula resolutive tácita⁴⁹. Nesse caso, será preciso obter provimento judicial para desconstituir o vínculo. A previsão de cláusulas específicas, talhadas à luz da finalidade contratual e dos interesses das partes consubstanciados no negócio, é mesmo sintomática de que o pacto resolutive é de fato resultado de negociação entre as partes, o que lhe confere maior legitimidade. Mas há também quem sustente que mesmo a cláusula desenhada de maneira mais genérica pode produzir efeitos como se verdadeiro pacto resolutive expresse fosse – é dizer, pode operar de pleno direito, independentemente de provimento judicial⁵⁰.

⁴⁹ Já diversos autores chamam a atenção à necessidade de um conteúdo mais específico para a cláusula. Confira-se, a título de exemplo, a sempre esclarecedora lição de Ruy Rosado de Aguiar Júnior: “Para a eficácia do pacto, é preciso que as prestações estejam perfeitamente definidas e indicadas quais delas, e em que modalidades, são passíveis de resolução pelo descumprimento, não bastando a referência genérica às prestações contratuais e ao seu incumprimento. Se assim ocorrer, considerar-se-á que se trata apenas de uma cláusula de estilo, a reforçar o disposto no art. 475 do Código Civil, sendo caso de resolução legal. Na dúvida, a interpretação da cláusula será restritiva” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*: resolução. Op. cit., p. 183).

⁵⁰ É possível que as partes tenham ajustado seu programa contratual deliberadamente dessa forma – mais flexível. Veja-se, a esse respeito: COAGUILA, Carlos Alberto Soto. *Libertad contractual, cláusula resolutive expressa y “cláusulas de estilo”*. In COAGUILA, Carlos Alberto Soto; FUENZALIDA, Carlos Vattier. *Libertad de contratar y libertad contractual: estudios sobre el código europeo de contratos*. Colombia: Pontificia Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibañez, 2011. p. 141. Conforme exemplifica o autor, nem sempre é possível, ou simplesmente prático, traçar um detalhamento a respeito de cada obrigação: “Si la común intención de las partes es convenir que el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones asumidas en el contrato dará lugar a la resolución del contrato, bajo la óptica de la doctrina que sostiene que la cláusula resolutive expressa es tal cuando las partes han precisado en forma específica que incumplimiento de obligaciones dará lugar a la resolución, las partes tendrían que detallar en la

É de se admitir, em princípio, que as partes, no exercício de sua autonomia negocial, possam prever, como gatilho da resolução, qualquer inadimplemento qualificado como suficientemente grave⁵¹. Ou, por exemplo, que uma obrigação – talvez, à primeira vista, de papel secundário – seja reputada essencial, a ponto de seu incumprimento ser suficiente para autorizar a ruptura. Não à toa, a resolução convencional pode ser vista como mecanismo de agravamento de responsabilidade do devedor: o inadimplemento previsto como bastante para ensejar a cessação do vínculo, além de seu fundamento, “será – ou poderá ser – constitutivo de responsabilidade para o devedor”⁵². Aí reside, inclusive, uma vantagem de ordem prática: regular o exercício e os efeitos da resolução de forma diversa do regime legal de resolução, de acordo com e na medida dos interesses negociais postos em relevo na economia do contrato⁵³.

Há, porém, de se observar, além dos limites impostos pela ordem pública, os princípios contratuais alçados à estatura de cláusulas gerais pelo novo Código Civil, dos quais relevam, em especial, a função social do contrato e a boa-fé objetiva. Nesse sentido, não parece razoável admitir-se, por exemplo, a previsão de incumprimento levíssimo ou mesmo ínfimo como apto a fundamentar o fenômeno resolutório.

No que respeita à forma, a exteriorização do direito instituído na cláusula resolutiva expressa é, por excelência, *extrajudicial*, no sentido de prescindir de

cláusula resolutoria, nuevamente, todas las obligaciones que se encuentran a lo largo de todo el contrato, lo que en la práctica implicaría redactar otro contrato” (Id., p. 141). É preciso, em suma, avaliar com atenção o caso concretamente considerado. Mas, com efeito, deve-se reconhecer a importância de os contratantes fazerem transparecer no negócio o dimensionamento dado às obrigações, ao menos às obrigações-chave do negócio à luz de seus concretos interesses – ainda que mantendo também previsão contratual mais genérica, comum na técnica contratual, de que o inadimplemento de qualquer das obrigações autoriza a resolução de pleno direito da relação contratual.

⁵¹ Em casos tais, porém, será preciso determinar a partir de quanto tempo o incumprimento será considerado relevante para efeitos de resolução. Nesse sentido, MACHADO, João Baptista. Op. cit., 1991, p. 191.

⁵² PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*. reimpr. Coimbra: Almedina, 2005. p. 46. Segundo a autora, “sempre que o incumprimento convencionalmente prefigurado não fosse, por lei, bastante para fundamentar a resolução do contrato, nem para constituir o devedor na obrigação de indenizar, e essas sejam, nos termos da cláusula, as suas consequências, estar-se-á perante um agravamento das condições da responsabilidade do devedor. A cláusula resolutiva, que contenha uma definição de incumprimento imputável, configura, a um só tempo, um fundamento de resolução do contrato e de direito à indenização; visa substituir o pressuposto legal da constituição destes direitos” (Id., p. 46).

⁵³ Afinal, a rigor ninguém melhor que os próprios contratantes para definir o peso de cada obrigação no âmbito do programa contratual concreto.

intervenção judicial para produzir efeitos. E não há prazo prefixado para o seu exercício. Seus efeitos em regra são retroativos, mas a eficácia restitutória pode ser limitada a depender do contrato em causa, da natureza do contrato e das obrigações concretamente previstas, que podem tornar impossível o retorno das partes ao estado anterior⁵⁴.

De todo modo, deve-se lembrar que o pacto resolutório expresso “não comporta requisitos formais solenes e se limita a racionalizar a tutela legalmente assinada às partes”⁵⁵. A liberdade contratual, expressão da autonomia privada, via de regra, permite mesmo a confecção de cláusula que, ao invés de facilitar a desvinculação, dificulte-a – limitando ou mesmo excluindo o direito de resolução⁵⁶. Tratando-se de um direito de resolução convencional, é possível afirmar que a “vontade criadora do vínculo estabelece as condições para sua ruptura”⁵⁷.

1.3 A CONFUSÃO EM TORNO DA CONSTITUIÇÃO EM MORA

Mora é incumprimento *relativo*, e, embora normalmente associada à ideia de demora, não deve ser confundida com o mero atraso temporal. O Código Civil é claro ao prescrever, no art. 394, que se considera em mora o devedor que não efetua o pagamento e o credor que não queira recebê-lo no *tempo*, no *lugar* e na *forma* convenionados ou previstos em lei. Trata-se, portanto, do incumprimento ainda sanável, porque preserva ainda um caráter de *utilidade* – apurado pela presença ou não do interesse do credor na prestação⁵⁸.

Quando se trata de obrigações positivas e líquidas sujeitas a prazo, a mora constitui-se automaticamente, uma vez vencida a obrigação – é a chamada mora *ex re*, tradução da regra de que o dia interpela pelo homem. Nesse ponto, contrapõe-se à mora *ex persona*, que, associada às hipóteses em que inexistam

⁵⁴ É o caso dos contratos de execução continuada, por exemplo.

⁵⁵ RABELLO, José Geraldo de Jacobina. Cláusula resolutória expressa nos contratos. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo: Síntese, n. 38, p. 6, nov./dez. 2005.

⁵⁶ Nesse sentido, por exemplo, MARTINEZ, Pedro Romano. Op. cit., p. 80.

⁵⁷ TEPEDINO, Gustavo et al. Op. cit., p. 119.

⁵⁸ O tema da constituição em mora não é irrelevante, como se nota de seus efeitos. Pense-se, por exemplo, na questão da alocação dos riscos (o devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação mesmo que derivada de caso fortuito ou de força maior), ou na possibilidade de cobrança de juros pelo atraso.

prazo assinado para o cumprimento da obrigação, depende de interpelação, judicial ou extrajudicial, para constituir-se⁵⁹.

A constituição em mora e a resolução contratual foram tradicionalmente objeto de confusão conceitual. Há quem entenda, por exemplo, que a resolução expressa é decorrente da mora *ex re*, “pela qual se dá a mora pelo simples vencimento do termo previsto no contrato”⁶⁰, ou que, no contrato contendo previsão de cláusula resolutiva expressa, a mora “decorre do simples inadimplemento”⁶¹. Mas interpelação para constituição em mora e interpelação para resolver o contrato são figuras distintas.

Ao interpelar-se o contratante inadimplente para constituí-lo em mora, o credor – pressupondo-se que se está diante da *mora solvendi* – evidencia que a prestação não só lhe é ainda possível, mas também útil, de maneira que se está diante de um incumprimento relativo; ou, simplesmente, ele concretiza determinação legal nesse sentido.

O problema reside em saber em que hipóteses a constituição em mora depende de interpelação. Ela pode nascer de uma imposição do legislador – como nas promessas de compra e venda de imóveis – ou de uma construção jurisprudencial⁶². A interpelação para resolução do contrato é figura distinta: a questão, aqui, refere-se à necessidade de se determinar em que casos a *cessação da relação contratual* depende de interpelação judicial. E esses casos podem ser resumidos, *grosso modo*, às hipóteses em que os contratos não contenham previsão da cláusula resolutiva expressa – operando-se aqui a resolução legal, para cuja concretização faz-se necessária a intervenção judicial.

A afirmação de que a mora é o inadimplemento relativo ou parcial talvez soe bastante simples. Em alguns casos, parece evidente quando o inadimplemento é absoluto ou caracteriza apenas a mora⁶³. A mora, entretanto, é questão

⁵⁹ Confira-se: “Art. 397. O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor. Parágrafo único. Não havendo termo, a mora se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial”.

⁶⁰ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 275.

⁶¹ TJSP, AI 7354391000, 18ª CDPriv, Rel. Des. Rubens Cury, J. 31.07.2009, v.u.

⁶² É o caso dos contratos de *leasing*, por força da Súmula nº 369 do STJ. Além disso, como se disse, a necessidade de prévia interpelação pode decorrer das características do contrato – trata-se da mora *ex persona*, típica das obrigações não sujeitas a prazo, ou que não sejam líquidas e positivas (se o fossem, tratar-se-ia da mora *ex re*, que se verificaria de forma automática, independentemente de interpelação).

⁶³ Pense-se no tradicional exemplo do vestido de noiva encomendado que não é entregue até o dia do casamento (ou o é, mas em desacordo com as especificações feitas pela noiva), hipótese de

essencialmente *de fato*, conduzindo a uma análise casuística nem sempre fácil⁶⁴. A distinção prende-se à noção de *utilidade*, que perpassa o *interesse do credor* na prestação – avaliado em termos objetivos, conforme as peculiaridades do caso concreto, e também, em alguma medida, subjetivos, segundo os interesses palpáveis do credor frustrado.

O estudo do inadimplemento e a tentativa de sistematização de suas diferentes facetas – absoluto, relativo, parcial, total, etc. – constituem tarefa intrincada. As discussões, contudo, perdem alguma relevância prática quando se considera que, ao fim e ao cabo, o elemento-chave será a existência do *interesse do credor* na prestação, “que deve servir como ponto de referência para o efeito de apreciação da gravidade ou importância do inadimplemento capaz de fundamentar o direito de resolução”⁶⁵ – e não uma situação abstratamente concebida.

Significa dizer que, se o cumprimento ainda se reveste de um caráter de utilidade, há incumprimento relativo. Diversamente, a prestação inútil, na qual não tem interesse o credor, faz da inexecução um incumprimento absoluto, abrindo caminho para a resolução. E, em que pese a noção de interesse do credor seja verificada, mais propriamente, em função da análise do contexto fático, pode-se afirmar que seu desaparecimento “tem a ver com as finalidades de uso ou de troca que o credor visava conseguir com a prestação”⁶⁶.

incumprimento absoluto, na medida em que a prestação tardia se apresenta – supõe-se – absolutamente inútil.

⁶⁴ Confira-se, a respeito, ALVIM, Agostinho. Op. cit., p. 10.

⁶⁵ MACHADO, João Baptista. Op. cit., p. 134. Do fato jurídico do inadimplemento derivam pelo menos três planos distintos, que merecem análise igualmente diferenciada: aquele relativo à execução específica, à resolução e à responsabilidade civil. Quando falamos aqui do juízo de gravidade e de extensão do incumprimento avaliado pela ideia de interesse do credor na prestação, estamos “perante uma noção que tem o seu domínio de relevância própria no instituto da resolução” (Id., p. 134), campo em que o elemento culpa desempenha papel menor, bastando o juízo de inadimplemento.

⁶⁶ MACHADO, João Baptista. Op. cit., p. 136. O remate do autor merece a transcrição: “A objectividade do critério não significa de forma alguma que não se atenda ao interesse subjectivo do credor, e designadamente a fins visados pelo credor que, não tendo sido integrados no conteúdo do contrato, representam simples motivos em princípio irrelevantes. O que essa objectividade quer significar é, antes, que a importância do interesse afectado pelo incumprimento, aferida embora em função do sujeito, há-de ser apreciada objectivamente, com base em elementos susceptíveis de serem valorados por qualquer outra pessoa (designadamente pelo próprio devedor ou pelo juiz), e não segundo o juízo valorativo arbitrário do próprio credor” (Id., p. 137 – grifou-se). É no plano da responsabilidade civil que a culpa assume relevância, ao governar o ressarcimento pelos prejuízos causados com o inadimplemento, mas sem interferir “na extensão dos efeitos restituitórios gerais consequentes à resolução” (PROENÇA, José Carlos Brandão. Op. cit., p. 128).

2 A CLÁUSULA RESOLUTIVA EXPRESSA E SUAS POTENCIALIDADES: PROPOSTA DE LEITURA CRÍTICA

O pacto resolutório expresso, segundo indicam o próprio nome e a leitura do art. 474, prescindiria de *intervenção judicial* para resolver o contrato, já que “está no conhecimento do interessado”⁶⁷. O resultado prático dessa leitura é a *inversão da iniciativa judicial*: o devedor, discordando, é que teria o *ônus* de demonstrar em juízo que não se verificaram os pressupostos para o exercício do direito de resolução.

O credor, por sua vez, somente precisaria se valer da via forense para exigir, caso necessário, alguns efeitos decorrentes da resolução. Por exemplo, a reintegração de posse, a devolução de valores já pagos, a abstenção da utilização de marca em contrato de franquia⁶⁸, e assim por diante. Ou, por cautela, poderia buscar a declaração da resolução para evitar os efeitos de eventual mora, quando a tão só extinção já lhe fosse satisfatória⁶⁹.

É certo que o Judiciário pode vir a exercer um controle sobre a cláusula, efetuando um juízo não apenas de licitude, mas mesmo de adequação⁷⁰ – perquirindo, por exemplo, sobre o preenchimento dos requisitos formais e

⁶⁷ BEVILAQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, v. 1, 1980. p. 375. Exemplo interessante é o de contrato de edição do qual constava cláusula a permitir que o autor “saia do acôrdo, exigindo apenas o preenchimento de duas condições: 1ª) comunicação, por escrito, dessa intenção ao editor; 2ª) direito, a êste reconhecido, a mais duas edições da obra em tôdas as suas séries”; essa cláusula exprimiria “a dispensa de prévia decisão jurisdicional a respeito de sua ocorrência” (CHAVES, Antônio. Contrato de edição: cláusula resolutória expressa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 413, p. 42-43, mar. 1970).

⁶⁸ Pode-se citar, a esse respeito, caso relacionado a contrato de franquia contendo cláusula resolutiva expressa. Nele, o tribunal confirmou que a cláusula operara de pleno direito com a notificação do credor – a franqueadora –, mantendo a decisão que concedera a antecipação de tutela para determinar, sob pena de multa diária, a abstenção do uso da marca da franqueadora (TJRJ, AI 2009.002.30229, 4ª C.Cív., Rel. Des. Sidney Hartung, J. 09.03.2010, v.u.).

⁶⁹ Por exemplo, quando seja necessário se desligar de um contrato para celebrar outro. Nesse sentido, por exemplo, caso envolvendo contrato de *leasing* contendo cláusula resolutiva expressa, no qual o credor, diante do incumprimento da outra parte, interpelou-a previamente, “a despeito de o julgado tê-la como prescindível” (STJ, REsp 42473/SP, 4ª T., Rel. Min. Barros Monteiro, J. 03.03.1998, v.u.).

⁷⁰ Como esclarece Pietro Perlingieri, os atos de autonomia submetem-se, para além de um exame de licitude, a um juízo de merecimento de tutela, que leva em conta a correspondência “não apenas aos princípios presentes em nível ordinário, mas aos princípios hierarquicamente superiores”; ou seja, “não basta que o ato seja lícito, mas é necessário que ele, mesmo quando típico, seja merecedor de tutela naquele contexto particular” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 369-370).

substanciais, ou sobre a observância de limites impostos pelo princípio da boa-fé no exercício do direito de resolução.

A questão essencial, contudo, é a de determinar se é ou não *prescindível a intervenção judicial prévia* para que o credor se possa valer do direito contratual e paritariamente previsto. E o provimento judicial não é pressuposto de eficácia da cláusula resolutória expressa – embora possa ser uma consequência⁷¹. Ao encarar o art. 474 do Código Civil segundo esse ângulo, conclui-se que a interpelação judicial de que trata o dispositivo não deve ser lida como a interpelação do Código de Processo Civil, ou como a necessidade de interpelação prévia à ação resolutiva. Ela traduz simplesmente a desnecessidade de *intervenção do Judiciário*⁷².

À luz dessas considerações, merece ser visto com atenção, e mesmo crítica, o posicionamento que a jurisprudência vem adotando, inclinando-se no sentido de entender imprescindível a intervenção judicial para o exercício da opção resolutiva, inobstante a existência de cláusula expressa. Esse entendimento acaba por esvaziar as funcionalidades e potencialidades ínsitas ao instituto, além de distanciar-se de um dos princípios que nortearam a elaboração do novo Código Civil – a “dispensa de formalidades excessivamente onerosas, como, por exemplo, a notificação judicial, onde e quando possível obter-se o mesmo resultado com economia natural de meios”⁷³.

Busca-se, aqui, “salvaguardar a coerência de um instituto”⁷⁴. E, para concretizar a tarefa de examinar criticamente a resolução convencional e a interpretação que lhe vêm imprimindo as cortes brasileiras, é preciso debruçar-se sobre o instituto a partir de uma dupla perspectiva – funcional e principiológica.

2.1 FUNÇÕES DA CLÁUSULA RESOLUTIVA EXPRESSA

A que fins se presta a cláusula resolutiva expressa? Por que razão os contratantes, no exercício de sua autonomia negocial, entendem por

⁷¹ Como se disse, é o devedor quem tem o ônus de buscar a tutela judicial caso discorde do exercício, pelo credor, do direito contratual de resolução.

⁷² Nessa linha veio apontar, de maneira mais clara, o Enunciado nº 436 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, segundo o qual “a cláusula resolutiva expressa produz efeitos extintivos *independentemente de pronunciamiento judicial*”. O enunciado não é pleonástico ou gratuito; o sentido que ele busca pôr em relevo, aparentemente claro à luz do art. 474, não parece ter sido ainda plenamente captado – ou, ao menos, empregado – pelos Tribunais.

⁷³ REALE, Miguel. Op. cit., p. 26.

⁷⁴ PROENÇA, José Carlos Brandão. Op. cit., p. 90.

bem convencionar no sentido de conceder a um deles, ou a ambos, o poder de desvincular-se diante da verificação de determinadas situações de incumprimento? Que funções e papéis a resolução convencional desempenha ou pode vir a desempenhar na economia do contrato? Em suma, o que efetivamente faz da cláusula resolutória expressa um instituto autônomo, com características próprias, que a tornam distinta da tácita? Esquadrinhar a cláusula resolutiva expressa a partir de suas funcionalidades e potencialidades, alinhada aos princípios que servem como parâmetro e como limite de sua aplicação, mostra-se fundamental para demonstrar como o instituto tem sido, senão mal interpretado, ao menos subutilizado.

São várias as razões que podem levar as partes a ajustar um direito contratual de desvinculação. Normalmente, o mecanismo destina-se a traduzir a relevância atribuída pelos contraentes a determinado incumprimento, considerado grave o suficiente para servir de fundamento à resolução. Ele tem, em essência, um duplo objetivo: “Em primeiro lugar, elimina as incertezas quanto ao campo de aplicação da resolução legal; ademais, evita que, para desfazer o vínculo, o parceiro inocente ingresse em juízo”⁷⁵. Tanto é assim, observa Bendersky, “*que a nadie se le ocurriría tener tratos con gente que se sabe que no cumple sin pasar por la vía judicial*”⁷⁶.

A previsão de dispositivo a autorizar a resolução independentemente de pronunciamento judicial representa já de início, para o titular do direito extintivo, uma vantagem de ordem prática, que se traduz em dupla economia, de tempo e de custos. Com efeito, basta “a dispensa de uma simples formalidade para favorecer o curso dos negócios e contribuir ao desafoço do foro”⁷⁷. Ao permitir que, tão logo verificada a hipótese de incumprimento, o credor possa pôr fim à relação por meio de simples manifestação (fundamentada) de sua vontade resolutiva, a cláusula resolutória expressa poupa-lhe os custos necessários para movimentar a máquina judiciária⁷⁸. Mais ainda, poupa-lhe o ônus de provar a verificação dos pressupostos e fundamentos do remédio resolutório.

⁷⁵ ASSIS, Araken de. Op. cit., p. 582. Com isso afasta-se “qualquer dúvida ou incerteza quanto à importância de tal inadimplemento e subtraindo esse ponto a uma eventual apreciação pelo juiz” (MACHADO, João Baptista. Op. cit., p. 186).

⁷⁶ BENDERSKY, Mario J. Op. cit., p. 4.

⁷⁷ REALE, Miguel. Op. cit., p. 36.

⁷⁸ Uma vez verificado o inadimplemento previsto como gatilho par a resolução, “a avença é eliminada no momento em que o contratante fiel dá ciência de sua intenção ao parceiro faltoso. Indêpende, portanto, de qualquer iniciativa judicial, circunstância que proporciona sensível economia de tempo e

A cláusula pode servir também para, em vez de permitir a dissolução, suspender o ajuste enquanto não cessado o descumprimento – aproximando-se de uma exceção de contrato não cumprido⁷⁹. Outro exemplo de aplicação pode dizer respeito a acordos homologados judicialmente, como aquele que prevê a efetivação de penhora sobre imóvel pertencente ao novo fiador como condição de eficácia do acordo⁸⁰.

A resolução convencional pode também ostentar um viés coercitivo, compondo, para a parte potencialmente incumpridora, um quadro diante do qual será melhor adotar postura tendente à execução das obrigações a que se vinculou. Nesse caso, a cláusula assume a função de pressionar o contratante a cumprir sua parte, pois contém a ameaça de que a relação contratual resolva-se por meio de simples declaração de vontade. É razoável supor que o contratante inadimplente “que tem interesse na manutenção e continuação da relação contratual agirá de modo a não dar ocasião ao credor de poder exercer mediante declaração, embora receptícia, o direito potestativo de resolução”⁸¹. Mesmo porque, no campo dos contratos ditos paritários, e lembrando-se que a existência da cláusula resolutiva expressa transfere ao potencial descumpridor o ônus da iniciativa judicial, ele não poderá “alimentar esperança de apreciação benevolente do juiz, pois este, se for chamado a intervir, apenas exerce um controle da legalidade da resolução, limitando-se a declarar a sua existência e a sua eficácia”⁸².

dinheiro” (USTÁRROZ, Daniel. A resolução do contrato no novo Código Civil. *Revista Jurídica*, Porto Alegre: Notadez, n. 304, p. 36, fev. 2003). Pode-se pensar ainda no instituto como mecanismo que, associado ao inadimplemento, determine “um termo essencial para a realização de uma prestação, evitando as delongas de transformação da mora em incumprimento definitivo” (MARTINEZ, Pedro Romano. Op. cit., p. 82).

⁷⁹ O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por exemplo, em caso que envolvia contrato de fornecimento de minério de ferro, reconheceu a possibilidade de suspensão do ajuste por força de cláusula que autorizava o contratante inocente a optar pela suspensão ou resolução em caso de o inadimplemento não ser sanado em determinado prazo (TJRJ, AI 2007.002.35719, 18ª C.Cív., Rel. Des. Luis Felipe Salomão, J. 26.02.2008, v.u.).

⁸⁰ Nesse caso, a comprovação de que a garantia prestada é insuficiente ou não tem hígidez torna “cabível o desfazimento do negócio jurídico, o que pode ser feito nos próprios autos da execução, com base no disposto no art. 474 do Código Civil, segundo o qual a cláusula resolutiva expressa se opera de pleno direito” (TJSP, AI 990100349635, 30ª CDPriv., Rel. Des. Edgard Rosa, J. 14.04.2010, v.u.).

⁸¹ SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 325.

⁸² SILVA, João Calvão da. Op. cit., p. 325.

Outra função é a de “segurança contra não cumprimento do outro contraente”⁸³, que se relaciona com a de cunho econômico. Se o credor não pode ter a certeza de que o contrato será executado em direção ao adimplemento, sem perturbações, pelo menos sabe que poderá pôr fim ao pacto sem precisar despendar maiores custos nem enfrentar os percalços que podem surgir em uma demanda judicial. O pacto resolutório acaba funcionando, assim, como garantia, senão quanto ao fiel cumprimento do contrato, ao menos quanto à possibilidade de sua mais simples cessação.

A resolução convencional pode ainda ser utilizada para alocar distintamente os riscos do contrato, instituindo parâmetros diversos para a extinção do vínculo⁸⁴. Nesse sentido, pode-se pensar o instituto também como forma de desenhar um regime de agravamento da responsabilidade do devedor – como se viu, isso pode ocorrer quando a hipótese de inadimplemento prevista não constituísse, segundo o regime legal, condição suficiente para autorizar a resolução, nem mesmo para transferir ao patrimônio jurídico do devedor a obrigação de indenizar⁸⁵.

Função importante, que parece ínsita ao instituto, é a de fuga ao condicionamento legal da resolução⁸⁶, reforçando a posição da parte legitimada. Esta parece ser a *função primordial* do instituto, “que se manifesta em qualquer hipótese de sua incidência e que, portanto, molda suas principais características, serve de baliza para a solução de seus problemas aplicativos”⁸⁷, e à luz da qual se deve pensar a cláusula resolutiva expressa.

A concordância de vontades pode erigir a cláusula resolutiva expressa como forma de presumir-se o desaparecimento do interesse do credor na prestação em determinadas hipóteses, autorizando a resolução e evitando as delongas da constituição em mora⁸⁸. Isso se mostra particularmente importante nas relações obrigacionais efetivamente dinâmicas, cujas prestações e possíveis

⁸³ SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. Op. cit., p. 44-45, nota de rodapé 68.

⁸⁴ MARTINEZ, Pedro Romano. Op. cit., p. 166.

⁸⁵ PRATA, Ana. Op. cit., p. 46.

⁸⁶ A expressão é de Brandão Proença (PROENÇA, José Carlos Brandão. Op. cit., p. 89).

⁸⁷ BUTRUCÉ, Vitor Augusto José. *A exceção de contrato não cumprido no direito civil brasileiro contemporâneo: funções, pressupostos e limites de um “direito a não cumprir”*. Dissertação de Mestrado em Direito pelo Departamento de Direito da UERJ. Rio de Janeiro, 2009. p. 56.

⁸⁸ Isso não afasta, porém, a necessidade de a declaração de vontade ser justificada, indicando o fundamento para a resolução, de maneira a evitar a caracterização de um abuso do direito de resolver o vínculo contratual.

incumprimentos não são de plano identificáveis como mais ou menos importantes no âmbito do programa negocial concreto⁸⁹.

Em contratos duradouros, a cláusula resolutória expressa pode ainda servir de mecanismo de ajuste ou adaptação a um futuro incerto, que pode vir permeado de desvios ao programa contratual. Nesse contexto, o instituto atua preventivamente, antevendo as possíveis perturbações como gatilho para a desvinculação. Afinal, os próprios contratantes qualificam os incumprimentos aptos a ensejar a resolução convencional – hipóteses que, na forma abstrata da lei, não configurariam talvez mais que leve dissonância.

Por essa razão, a previsão de uma cláusula resolutiva expressa apresenta-se como mecanismo de grande utilidade, atribuindo, de forma clara, maior ou menor importância a tais e quais prestações, demarcando os limites precisos do programa de cumprimento (*Erfüllungsprogramm*), desvinculando-se do regime legal previsto para a resolução – que poderia vir a mostrar-se, no caso concreto, mais rígido. O sentido desse “escape” – o qual, vale dizer, a rigor não se reveste de qualquer intuito fraudulento ou contrário aos princípios contratuais – pode ser traduzido na necessidade de proteger o interesse do credor, reafirmando sua posição de legitimado diante do incumprimento alheio⁹⁰.

⁸⁹ Pense-se, por exemplo, no caso de uma companhia que celebre, com uma empresa pública de fomento econômico, contrato de compra e venda de terreno para desenvolvimento de atividade industrial. Tratando-se do tradicional contrato de compra e venda, nada mais lógico do que se pensar na entrega da coisa, por um lado, e no pagamento do preço, por outro, como obrigações principais, cujo descumprimento, inequivocamente, ensejaria a aplicação do remédio resolutório. No entanto, outras obrigações podem existir, aparentemente acessórias ou secundárias e que, uma vez descumpridas, desequilibram de tal modo a economia do contrato que fazem dissipar o interesse creditório, dando margem, igualmente, à resolução. Nesse exemplo, o preço a ser pago pelo terreno seria, na verdade, de valor bastante reduzido, mesmo simbólico, diante do verdadeiro interesse por trás do negócio: o de fomentar a atividade industrial de determinada região. O não pagamento do preço constituiria assim incumprimento de muito menor gravidade do que a não obtenção das licenças necessárias ou, por exemplo, o desenvolvimento de atividade diversa daquela a que se propôs a sociedade compradora. Como se vê, o caráter mais ou menos relevante de uma prestação nem sempre é nítido, e deve ser avaliado à luz do contrato concretamente considerado.

⁹⁰ Segundo Brandão Proença, trata-se de “*instituto fundamentalmente modelado* (quanto ao direito de opção, quanto à valoração do incumprimento parcial e do cumprimento defeituoso, quanto à eficácia resolutiva da ‘mora’) para proteger o interesse liberatório (e mesmo recuperatório) do credor, independentemente da subjectividade (normal) ou da objectividade (ocasional, mas igualmente relevante) do facto de inadimplência. A superação de uma ideia sancionatória, funcionando muitas vezes a favor da parte que sofre a resolução, por uma concepção pragmática, em que a resolução possa responder igualmente a situações de frustração dos interesses creditórios ocasionadas por causas objectivas (ou atinentes a um comportamento anti-social do devedor), causalmente adequadas à ‘perturbação do contrato’, está de acordo com as tendências modernas (e mais sociais) do direito contratual [...] e que se projectam numa

Os princípios contratuais entram em cena como parte integrante do direito convencional de resolução, atuando também como limites ao seu exercício, já que “a liberdade de contratar só pode ser exercida em consonância com os fins sociais do contrato, implicando os valores primordiais da boa-fé e da probidade”⁹¹. Assim, não podem os contraentes derrogar parâmetros valorativos inscritos em normas de ordem pública. A boa-fé objetiva surge no âmbito da concretização da relação obrigacional e perpassa todo o instituto da resolução, norteando a colaboração desenvolvida entre credor e devedor, desde os momentos que precedem a celebração do negócio até mesmo depois de dissolvido o vínculo. Seu raio de abrangência é amplo, atuando não apenas como limite fundamental ao exercício do direito formativo extintivo, mas alcançando o próprio conteúdo da cláusula resolutiva expressa.

Pode-se perguntar se o exercício, pelo credor, do direito de resolução é irretratável ou se, em realidade, “ele é titular de um *jus variandi* que lhe permita, dentro de limites temporais mais ou menos apertados, modificar a escolha que foi feita em termos mais ou menos amplos”⁹². O *comportamento* da parte que tem legitimidade resolutiva constitui elemento de relevada importância para aferir-se se a cláusula resolutória produzirá efeitos ou não. Conforme já apontou o STF, a atitude tolerante do credor pode *desnaturar* a cláusula resolutória expressa, criando no devedor a expectativa *legítima* de que está ainda presente o interesse creditório na consecução e na continuidade do negócio⁹³.

objectivação do incumprimento (visto apenas como inexecução da prestação ou do facto e, como tal, revelador da falta de realização do conteúdo contratual) e no papel específico do critério da boa fé (na sua função de controle da gravidade do incumprimento)” (PROENÇA, José Carlos Brandão. Op. cit., p. 125-126 - grifou-se).

⁹¹ REALE, Miguel. Op. cit., p. 42.

⁹² PROENÇA, José Carlos Brandão. Op. cit., p. 79.

⁹³ Cuidava-se de promessa de compra e venda de imóvel, em que o devedor, embora em situação de inadimplência, ajuizara ação de consignação em pagamento. Aqui, teve papel fundamental a atitude do credor, promitente-vendedor, que havia mantido o contrato por vários anos, mesmo após o atraso. O tribunal não negou que a cláusula resolutiva expressa operasse de pleno direito. No entanto, as circunstâncias peculiares do caso concreto acabaram por desenhar inequívoca renúncia ao direito contratual de resolução, conduzindo à *desnaturação da cláusula*, “de sorte que já não poderia ser invocada sem ultraje à boa-fé do recorrido” (STF, RE 67205/GB, 1ª T., Rel. Min. Aliomar Baleeiro, J. 06.04.1973, v.u.). Debruçando-se sobre caso semelhante, Washington de Barros Monteiro igualmente vislumbrou uma desfiguração do pacto resolutório, ao apontar que, “se o promitente-vendedor expressamente concorda com o recebimento dos juros sobre as importâncias em atraso, faz sentir ao compromissário-comprador que não se valerá da cláusula resolutória. [...] Essa prolongada e reiterada tolerância do promitente-vendedor, no apreciar o inadimplemento contratual, estendendo-se por anos a fio, paralisou a vigilância do compromissário-comprador” (MONTEIRO, Washington de Barros. Compromisso de compra e venda

Também o devedor merece tutela. Se, diante do incumprimento da contraparte, o credor nada faz, ou, por exemplo, aceita prestação tardia, ou recebe juros moratórios pelo atraso, ou, em suma, adota “atitudes sinuosas” que indicam a existência de seu interesse na manutenção do negócio, a rigor não pode, depois, pretender ver resolvido o contrato com base na cláusula resolutória anteriormente acordada. Será preciso, então, contar com a intervenção do Judiciário. Portanto, há que se cercar de cuidado em relação ao caráter opcional do direito de resolução, na medida em que o comportamento do credor pode vir a ser lido, no caso concreto, como direcionado à conservação da relação jurídica, a despeito da inadimplência do devedor, desfigurando a cláusula resolutiva expressa⁹⁴.

Também em respeito ao princípio da boa-fé, em geral não se admite, como se disse, que as partes elejam incumprimento levíssimo, substancialmente desimportante no contexto do programa negocial, como suficiente para resolver o contrato⁹⁵. Tal atitude poderia configurar um abuso de direito de resolução, e “não apenas em situações de incumprimento material e jurídico insignificante [...], mas também quando se ilude a confiança gerada na contraparte”⁹⁶. Além disso, a decisão do credor pela via resolutória deve ser fundamentada, exercida segundo os ditames da boa-fé, em respeito à confiança da outra parte. Deve-se tentar apontar com clareza a verificação dos pressupostos convencionados para a resolução. A proteção do devedor poderá, assim, ser sempre exercida por meio da aferição da observância do princípio da boa-fé. A questão, já suscitada, é a de que o devedor terá o ônus da iniciativa judicial.

Parece também útil recorrer-se à interpretação histórica, especialmente porque ela revela como o eixo distintivo entre cláusula resolutória expressa e tácita reside justamente na necessidade ou não de *intervenção judicial*. Dos debates havidos acerca do projeto de Código Civil de 1916, chama atenção aquele travado entre Clóvis Beviláqua e Amaro Cavalcanti a respeito da eficácia da condição resolutiva tácita e expressa – que deu origem ao art. 119 do Código

– Cláusula resolutiva expressa – Novação posterior estabelecendo que o devedor pagaria juros sobre as prestações porventura em débito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 365, p. 41-42, mar. 1966).

⁹⁴ Mas também já se viu, a propósito, que o comportamento do credor, diferentemente, pode mesmo indicar a sua opção pela via resolutiva.

⁹⁵ Veja-se, a título de exemplo: AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*: resolução. Op. cit., p. 119.

⁹⁶ PROENÇA, José Carlos Brandão. Op. cit., p. 133, nota de rodapé n. 377.

Civil de 1916 e, mais tarde, serviu de substrato para a elaboração do atual art. 474. Segundo os juristas, o “de pleno direito” teria não mais que o singelo e lógico significado de desnecessidade de recorrer à Justiça⁹⁷.

O mesmo raciocínio pode-se estender ao referido art. 474, que, reproduzindo o antigo art. 119, fala em “interpelação judicial”, em vez de “intervenção judicial”. A cláusula resolutiva expressa produz efeitos, afinal, *ipso iure*, é dizer, *sin juicio*⁹⁸. Quer-se com isso dizer que, diferentemente do que algumas decisões judiciais vêm indicando, cláusula resolutiva expressa e tácita não são uma só e mesma coisa. O mecanismo resolutório expresso não é mero recurso estilístico no âmbito da programação contratual. Entender diversamente seria ou bem desprestigiar o instituto, ou bem desprestigiar o próprio acordo, exercício da autonomia negocial, paritariamente enlaçado.

2.2 EXEMPLOS PARADIGMÁTICOS

Algumas figuras contratuais, como as promessas de compra e venda de imóvel ou os contratos de arrendamento mercantil (*leasing*), exigem a interpelação para a prévia constituição da mora do contratante inadimplente. Contudo, essa necessidade apenas representa uma espécie de procedimento que o exercício do direito convencional de desvinculação deverá observar antes de produzir efeitos.

É importante notar que a promessa de compra e venda de imóveis loteados tem disciplina distinta daquela reservada aos não loteados. Mas a diferença reside, mais propriamente, no prazo específico fixado em lei para a purgação da mora do devedor. No primeiro caso, a teor do art. 32 da Lei nº 6.766/1979, deve-se interpelar o inadimplente para que pague as prestações em atraso no prazo de trinta dias. Já, no caso de imóveis não loteados, igualmente necessária é a interpelação, mas desta vez para conceder o prazo de quinze dias ao devedor, na forma do Decreto-Lei nº 745/1969.

⁹⁷ A cláusula resolutiva expressa seria “um manifesto elemento de segurança para as relações jurídicas” e, por estar “no conhecimento do interessado, consta do título em que se funda o seu direito, nenhuma dúvida pode suscitar. *Dispensa a intervenção do Poder Judiciário*, e opera por si, de pleno direito” (BEVILAQUA, Clóvis. Op. cit., p. 375). Veja-se ainda: ZACLI, Lionel. Cláusulas resolutivas e intervenção judicial de acordo com o Código Civil em vigor e o Projeto de Código Civil: Projeto de Lei nº 118/1994 da Câmara dos Deputados. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, Nova Série, v.1, n. 1, p. 91, jan./jun. 1998.

⁹⁸ BENDERSKY, Mario J. Op. cit., p. 161.

Embora não haja ainda entendimento convergente sobre o tema, já se admite a concessão de tutela antecipada nos casos em que o promitente-vendedor, lesado pelo incumprimento e pretendendo valer-se da cláusula resolutória expressa, pretende obter a reintegração da posse do imóvel, independentemente da interpelação prévia para constituição em mora de que trata a legislação especial – exatamente por conta da característica de operar de pleno direito a cláusula⁹⁹. Há mesmo registro de decisões no sentido da desnecessidade de prévia interpelação ou ação de resolução para obter-se a reintegração¹⁰⁰. O repertório de decisões no sentido oposto, contudo, também é expressivo¹⁰¹ – o que, além de suscitar críticas, demonstra como o tema ainda não foi bem apreendido em toda a sua dimensão e em suas consequências.

Pode-se dizer, porém, que a legislação especial não é empecilho a que a cláusula resolutiva opere efeitos; apenas cria a necessidade de o credor constituir o devedor antecipadamente em mora, mediante interpelação na forma e no prazo legalmente fixados. Uma vez observado esse *iter* procedimental legalmente previsto, a cláusula resolutiva expressa estaria apta a produzir efeitos, independentemente de ação de resolução.

⁹⁹ Merece destaque a opinião manifestada, em artigo de doutrina, por desembargador recentemente aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo, que lidava com tais questões cotidianamente. Admitindo “não ser fácil nem cômoda a tomada de decisão” em casos desse gênero, ele sustenta que, para “prestígio da cláusula resolutiva expressa, sem tornar letra morta o que agora tornado regra, certo que a tanto equivaleria querer lhe dar tratamento cabível apenas em relação à cláusula resolutiva tácita, é mister, primeiramente, de parte do magistrado, espírito voltado para não afastar, sem maior exame, em cada caso, a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela” (RABELLO, José Geraldo de Jacobina. Op. cit., p. 7).

¹⁰⁰ Nesse sentido, o STF, em ação possessória, consignou ser desnecessária a “prévia ou concomitante ação de rescisão de compromisso para a procedência do pedido de reintegração na posse. Recurso extraordinário conhecido e provido” (STF, RE 77238/SP, 1ª T., Rel. Min. Rodrigues Alckmin, J. 13.09.1974, v.u.). Veja-se também, a título de exemplo: STF, RE 78037/SP, 2ª T., Rel. Min. Xavier de Albuquerque, J. 04.06.1974, v.u.; TJSP, AI 990100012894, 12ª CDPriv., Rel. Des. Cerqueira Leite, J. 24.02.2010, v.u.

¹⁰¹ Nessa linha, o STJ, em ação reintegratória de posse ajuizada devido a inadimplemento de promessa de compra e venda, considerou impossível a antecipação de tutela “sem que tenha havido manifestação judicial acerca da resolução do contrato, ainda que este conte com cláusula resolutória expressa” (STJ, REsp 620787/SP, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, J. 28.04.2009, v.u. – grifou-se), sob o alegado argumento de, assim, observar-se o princípio da boa-fé objetiva. Ao ver do julgador, nesse caso, não caberia “falar-se em antecipação de tutela reintegratória de posse antes de resolvido o contrato de compromisso de compra e venda, pois somente após a resolução é que poderá haver posse injusta e será avaliado o alegado esbulho possessório”.

No que respeita aos contratos de arrendamento mercantil, o debate ganha ainda maior relevância, ou talvez maior dose de polêmica, com a edição, pelo STJ, do Enunciado nº 369, segundo o qual, “no contrato de arrendamento mercantil (*leasing*), ainda que haja cláusula resolutiva expressa, é necessária a notificação prévia do arrendatário para constituí-lo em mora”.

Nesse caso, há, em vez de lei, construção pretoriana a impor a necessidade de notificação para antecedente constituição em mora. Mas existem – deve-se reconhecer – julgados admitindo a resolução independentemente de notificação prévia, desde o momento em que se verificou o inadimplemento e, por consequência, se configurou o esbulho possessório do inadimplente, autorizando a reintegração¹⁰². Vale, aqui, raciocínio semelhante ao desenvolvido *supra*: o contratante inocente pode obter liminar de reintegratória, mesmo sem prévia resolução judicial ou mesmo sem prévia notificação para constituir o devedor em mora. Afinal, o inadimplemento, diante da previsão de cláusula resolutiva expressa, extingue automaticamente o contrato, modificando a qualidade da posse então detida e ensejando a tutela possessória.

3 A EFICÁCIA DA CLÁUSULA RESOLUTIVA EXPRESSA NA PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL

A previsão da cláusula resolutiva expressa nos contratos, em tese, “não levanta objeções, nem suscita, à partida, qualquer tratamento específico, pois o conjunto de questões ligadas à sua concretização tem já resposta na teoria da resolução contratual”¹⁰³. A expressão *de pleno direito* é daquelas que não ensejam a menor dúvida: algo opera de pleno direito quando ocorre “pelo só

¹⁰² Veja-se, nesse sentido, o exemplo do caso apreciado pelo STJ, envolvendo contrato de *leasing* com cláusula resolutiva expressa. Ali, entendeu-se que a “resolução do contrato de *leasing* opera-se de plano a partir do momento em que restou configurado o inadimplemento da arrendatária, independentemente de notificação premonitória, se existente no contrato cláusula resolutória expressa. A retenção do bem após a rescisão automática do contrato torna injusta a posse, caracterizando esbulho possessório, autorizador da reintegração liminar da posse” (STJ, REsp 329932/SP, 3ª T., Relª Min. Nancy Andrighi, J. 11.12.2001, v.u.). De maneira semelhante: TJSP, AC 990100466380, 26ª CDPriv., Rel. Des. Felipe Ferreira, J. 10.03.2010, v.u.; TJRJ, AC 2008.001.06088, 6ª C.Civ., Rel. Des. Carlos Eduardo Moreira Silva, J. 09.04.2008, v.u. Entendimento semelhante foi adotado mesmo em casos envolvendo relações de consumo. Foi o caso, por exemplo, de demanda apreciada pelo STJ, em que se reconheceu não apenas a validade de cláusula resolutiva expressa aposta no contrato, como também a possibilidade de reintegração na posse, independentemente de notificação prévia, uma vez verificada a hipótese prevista na convenção como apta a resolver o contrato (STJ, REsp 441964/SP, 3ª T., Rel. Min. Castro Filho, J. 16.10.2003, v.u.). Em semelhante sentido: TJPR, AC 0159476-7, 17ª C.Civ., Relª Desª Dilmari Helena Kessler, J. 22.07.2009.

¹⁰³ PROENÇA, José Carlos Brandão. Op. cit., p. 59.

efeito jurídico, independentemente de julgamento ou declaração judicial”¹⁰⁴. O cenário soa quase idílico. Contudo, a análise da jurisprudência evidencia que o panorama é mais distorcido, marcado por divergências interpretativas e mesmo por decisões pouco atentas à melhor compreensão do instituto.

É ainda comum o entendimento de que, mesmo havendo cláusula resolutória expressa, é preciso requerer a intervenção judicial para concretizar a dissolução do vínculo. Nas demandas envolvendo contratos imobiliários de promessa de compra e venda, por exemplo, são muitas as decisões no sentido de que apenas “com a procedência da resolutória é que haverá a ruptura do vínculo contratual, que está a legitimar a posse dos promissários cessionários, tornando-a, a partir de então, injusta”¹⁰⁵, ou de que a cláusula resolutiva expressa e a notificação extrajudicial são “insuficientes ao fim colimado sem que antes haja pronunciamento judicial concomitante ou anterior acerca da resolução contratual”¹⁰⁶. Há mesmo quem diga ser necessária “decisão judicial transitada em julgado”¹⁰⁷ para operar-se a resolução de contrato que previa cláusula resolutiva expressa, ou que ela “depende, mesmo assim, de manifestação judicial”¹⁰⁸.

Alguns julgados, se não chegam a manifestar o entendimento de que a cláusula resolutória é ineficaz, pecam pela confusão conceitual, indicando, por exemplo, que ela “autoriza a declaração *judicial* de rescisão do pacto, diante da impossibilidade de seu cumprimento, independente da vontade do promitente comprador em mantê-lo e obter o cumprimento da obrigação por meio de ação cominatória”¹⁰⁹.

A tendência com que acenam os Tribunais, de entender imprescindível prévio pronunciamento judicial, merece ser vista com cautela. Pode-se, em última

¹⁰⁴ NUNES, Pedro. *Dicionário de tecnologia jurídica*. 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1994. p. 656.

¹⁰⁵ Esta foi a solução a que chegou o TJRJ, em decisão assim ementada: “Agravado de instrumento. Contrato de promessa de cessão de direito de fração ideal de terreno. Alegação de inadimplemento das prestações. Cláusula resolutiva expressa. Demanda de reintegração de posse. Decisão guerreada que determina a emenda da inicial para acrescentar pedido de resolução contratual. Acerto do julgado. Recurso a que se nega seguimento” (TJRJ, AI 2008.002.33414, 9ª C.Cív., Relª Desª Renata Cotta, J. 18.11.2008, v.u.). Em semelhante linha, há ainda outros, no sentido de ser necessária “rescisão contratual para pleitear a reintegração mesmo havendo cláusula resolutiva expressa” (TJPR, AC 0572614-3, 18ª C.Cív., Rel. Des. Roberto de Vicente, J. 21.10.2009, v.u.).

¹⁰⁶ TJPR, AC 0566830-0, 17ª C.Cív., Rel. Des. Paulo Roberto Hapner, J. 15.04.2009, v.u.

¹⁰⁷ TJSP, AC 5408774400, 7ª CDPriv., Rel. Des. Luiz Antonio Costa, J. 12.03.2008, v.u.

¹⁰⁸ TJSP, AC 6382504200, 3ª CDPriv., Rel. Des. Beretta da Silveira, J. 12.05.2009, v.u.

¹⁰⁹ TJRS, AC 70010424554, 18ª C.Cív., Rel. Des. André Luiz P. Villarinho, J. 29.03.2007, v.u. – grifou-se.

análise, traduzir esse posicionamento como injustificada restrição, na prática, ao exercício da autonomia negocial¹¹⁰. Com efeito, o acesso à justiça é direito fundamental, constitucionalmente assegurado, e a cláusula resolutória não tem o poder, nem a finalidade, de excluir da apreciação judicial qualquer lesão ou ameaça a direito. O que se discute aqui é algo diverso. A resolução convencional tem por função básica a de ajustar um regime consensual de resolução, no qual determinadas obrigações assumem maior ou menor relevância, e determinados incumprimentos são considerados suficientemente graves para permitir à parte legitimada decretar um ponto final ao contrato mediante simples declaração de vontade.

De fato, a apreciação pelo magistrado poderá existir e, no caso concreto, provavelmente haverá. Mas, nos contratos que preveem cláusula resolutiva expressa, *o ônus de suscitar essa manifestação será do contratante inadimplente*. A manifestação de vontade do credor no sentido de valer-se do pacto resolutório expresso não impossibilita “a apreciação do fato *a posteriori* pela justiça, inclusive porque pode esta considerar improcedente a arguição de inadimplemento. *Apenas significa que o prejudicado pode, de plano, considerar-se desvinculado, sem ter de recorrer previamente ao Judiciário para obter a resolução do contrato*”¹¹¹.

Como se disse, não é raro que as partes, em exercício de negociação e concessões mútuas, qualifiquem certo incumprimento como tão relevante que autorize a resolução extrajudicial. Esta previsão talvez até corresponda à cláusula que gerou mais debate e concessões no âmbito das negociações que antecederam a celebração do contrato¹¹². Mas pode se tratar de situação que, aos olhos do magistrado – objetivos e mais distantes das peculiaridades do caso concreto –, seja lida como um incumprimento “menor”, incapaz de justificar a resolução. Contudo, conforme se buscou anotar, um de seus papéis primordiais é justamente o de adequar o condicionamento da resolução à autonomia negocial das partes. Sob esse prisma, ainda que a resolução contratual disparada pela cláusula resolutiva expressa venha a ser discutida em juízo (afinal, não é de se surpreender que o devedor reaja), ela deverá ser discutida sobre bases mais estritas.

¹¹⁰ Pode-se mesmo vislumbrar um matiz político que pode ser sintetizado da seguinte forma: o Judiciário é a instância única de pacificação dos conflitos.

¹¹¹ BESSONE, Darcy. Op. cit., p. 251 (grifou-se).

¹¹² Quanto a isso, é importante frisar a necessidade de se deixar claro no negócio a importância dada pelas partes a tais e quais obrigações, buscando deixar transparecer o que os contratantes efetivamente pretenderam – e mesmo o que determinou a feitura de escolhas concretas relativas àquele negócio.

A jurisprudência, como se vê, embora já apresente decisões atentas ao perfil funcional do instituto e à sua melhor compreensão¹¹³, ainda revela leituras pouco coerentes e por vezes em desprestígio à cláusula resolutiva expressa, atenuando-lhe as potencialidades, ou chegando mesmo a esvaziar a regra do art. 474 do Código Civil. É preciso, contudo, ter em mente que, estipulada cláusula resolutiva expressa no contrato, “seja dispensável a resolução judicial, pois, do contrário, a cláusula seria inútil”¹¹⁴.

Parece consistente a tendência do STJ em tratar como ineficaz a cláusula resolutória expressa, considerando indispensável a intervenção judicial para obter-se a resolução da relação contratual. Mencione-se, por exemplo, a decisão em caso envolvendo cláusula resolutiva expressa em compromisso de compra e venda de imóvel, em que o compromissário-adquirente havia proposto ação consignatória diante de impasse quanto a um critério de preço. A 4ª Turma do STJ, ao examinar a questão, afirmou que, nos “casos de compromisso de compra e venda de imóveis, afigura-se ineficaz a estipulação de cláusula resolutiva expressa (pacto concessório – art. 1.163, CC), a teor do que dispõe o art. 1º do DL 745/1969”. Ao ver dos julgadores, apenas transcorrido o prazo ali previsto é que

¹¹³ O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por exemplo, ao examinar ação de usucapião que envolvia anterior promessa de compra e venda contendo cláusula resolutiva, concluiu que o negócio havia sido automaticamente uma vez verificado o incumprimento. Diante da inércia do credor, promitente-vendedor, a posse exercida pela promitente-compradora deixou de ser precária, “por não mais existir a *causa possessionis* que lhe amparava, iniciando-se nova relação possessória e tornando, assim, possível o transcurso do lapso prescricional de cinco anos, o qual se perfectibilizou, em face da inércia do proprietário” (TJRS, AC 70011412343, 18ª C.Cív., Rel. Des. Pedro Celso Dal Pra, J. 03.05.2007, v.u.). O mesmo Tribunal já consignou que, havendo cláusula resolutiva, a verificação do incumprimento importa na “automática resolução, prescindindo da ação judicial” (TJRS, AC 70017704362, 18ª C.Cív., Rel. Des. Cláudio Augusto Rosa Lopes Nunes, J. 26.03.2009, v.u.). Tratava-se, ali, de contrato de revenda de gás liquefeito de petróleo, por meio do qual a Liquigás Distribuidora S.A. forneceu à Rosa Maria Mendes Diniz – ME, em comodato, os vasilhames necessários ao armazenamento do produto. Diante do inadimplemento da devedora, a Liquigás notificou-a extrajudicialmente para comunicar a resolução e requerer a devolução dos recipientes. Sem resposta, a companhia requereu em juízo a restituição dos bens, uma vez que o término do contrato operado pela cláusula resolutiva caracterizava o esbulho. O tribunal, com acerto, reconheceu a existência da cláusula resolutiva expressa como bastante para fundamentar a dissolução do vínculo e permitir a restituição, “dispensando o ajuizamento de demanda com este objetivo”. Como se vê, não chegam a ser raras as decisões que reconhecem a eficácia de pleno direito da cláusula resolutória expressa, “independentemente do pronunciamento judicial” (TJRJ, AC 1995.001.06708, 2ª C.Cív., Rel. Des. Sergio Cavalieri Filho, J. 07.11.1995, v.u.). Mas a tendência em sentido contrário ainda se mostra renitente.

¹¹⁴ GOMES, Orlando. Op. cit., p. 209 (grifou-se).

se verifica “o inadimplemento absoluto do promissário-adquirente, a ensejar ao promitente-alienante demandar a resolução do ajuste”¹¹⁵.

Embora o recurso tenha se socorrido do art. 1º do Decreto-Lei nº 745/1969 para afirmar a ineficácia da cláusula resolutiva expressa, esse dispositivo legal diz apenas que, nas promessas de compra e venda e cessão de direitos de imóveis não loteados, “ainda que deles conste cláusula resolutiva expressa, a constituição em mora do promissário comprador depende de prévia interpelação [...], com quinze (15) dias de antecedência”. Mas a norma estabelece apenas a obrigatoriedade da prévia constituição em mora do devedor, e não a ineficácia, naquela espécie de contratos, da cláusula resolutiva expressa.

Digno de atenção, ainda, é o julgado, também relativo a contrato-promessa imobiliário e apreciado pela mesma 4ª Turma do STJ. Ali, entendeu-se que a “cláusula de resolução expressa, por inadimplemento, não afasta a necessidade da manifestação judicial para verificação dos pressupostos que justificam a resolução do contrato de promessa de compra e venda de imóvel”, não sendo possível ao credor recuperar, liminarmente, a posse do imóvel sem antes se resolver o contrato¹¹⁶.

No que respeita aos contratos de *leasing*, como se viu, o panorama é essencialmente o mesmo – especialmente a partir da edição da súmula já referida. O STJ em diversos casos assevera apenas que, a despeito de previsão de cláusula resolutória expressa no contrato, é preciso notificar o devedor para constituí-lo em mora, mesmo que se pretenda obter tão somente a reintegração na posse¹¹⁷.

É preciso reconhecer que a jurisprudência não é uniforme, e o próprio STJ já teve oportunidade de, por vezes, chancelar a eficácia automática do

¹¹⁵ STJ, REsp 15489/SP, 4ª T., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, J. 06.06.1994, v.u.

¹¹⁶ STJ, REsp 204246/MG, 4ª T., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, J. 10.12.2002, v.u. A decisão acabou por negar a concessão de liminar de reintegração de posse, apontando que a “ação possessória não se presta à recuperação da posse, sem que antes tenha havido a ‘rescisão’ (*rectius*, resolução) do contrato”. Em semelhante sentido, veja-se ainda: STJ, REsp 8877/SP, 4ª T., Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, J. 27.05.1997, v.u.; STJ, REsp 45845/SP, 3ª T., Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, J. 06.08.2002, v.u.

¹¹⁷ Nesse sentido, pode-se citar o exemplo o caso, em contrato de *leasing* contendo cláusula resolutiva expressa, em que se considerou necessária, para fins de ajuizamento de ação de reintegração na posse, “a notificação prévia ao devedor, para a sua constituição em mora, nos contratos de arrendamento mercantil (*leasing*), ainda que o contrato contenha cláusula expressa que a dispense” (STJ, REsp 185984/SP, 4ª T., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, J. 27.06.2002, v.u.). Na mesma linha: STJ, REsp 285825/RS, 4ª T., Rel. Min. Barros Monteiro, J. 04.11.2003, v.u.; STJ, REsp 261903/MG, 4ª T., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, J. 22.08.2000, v.u.

instituto, tornando dispensável a intervenção judicial diante da previsão de cláusula resolutiva expressa¹¹⁸. No entanto, pode-se notar como a jurisprudência ainda parece caminhar no sentido de que a previsão do mecanismo não afasta a necessidade de prévia atuação judicial. Trata-se de posicionamento que torna frágil, ou mecanismo meramente figurativo no programa contratual, a resolução convencional, especialmente em contratos celebrados em pé de igualdade e em respeito aos princípios que norteiam e perpassam o ordenamento.

CONCLUSÃO

O Código Civil conta já com uma década de vigência. Muito se avançou, especialmente no trato e no prestígio aos princípios que devem nortear a vida negocial, com destaque maior para a função social do contrato e a cláusula geral de boa-fé, compondo uma textura aberta da dinâmica contratual. Quanto ao direito das obrigações, apontaram-se aqui algumas modificações de grande relevância, entre as quais interessa aqui, sobretudo, a previsão da cláusula resolutória expressa. No entanto, o fenômeno do inadimplemento, embora vivo na prática negocial e no dia a dia forense, ainda parece não receber ainda o tratamento crítico devido por parte dos Tribunais.

Quando se levam em conta os papéis que pode desempenhar o instituto, conclui-se como ele ainda parece subutilizado, ou talvez mal compreendido. Dizer que, para produzir efeitos, a cláusula resolutiva expressa depende da manifestação judicial é não apenas fazer tábua-rasa da dicção legal – aparentemente simples e clara –, mas, principalmente, esvaziar a resolução convencional em sua *ratio* e em tudo aquilo o que ela pode vir a ser no programa contratual concreto, equiparando-a, na prática, à cláusula resolutiva tácita.

A eficácia da cláusula resolutiva expressa tem sido posta à prova pelo Judiciário, transmudando-se, na prática, em uma resolução legal mal disfarçada, em que o “de pleno direito” perde seu significado – embora se verifiquem também decisões a reconhecer a validade e a eficácia da cláusula. “Ora, deverá

¹¹⁸ Viu-se ser mesmo possível que a parte prejudicada pelo incumprimento utilize-se da cláusula resolutiva para, por exemplo, obter a reintegração na posse do imóvel, independentemente de ação de resolução. A hipótese do julgado que cuidou da relação entre inadimplemento e reintegração, em contrato contendo cláusula resolutiva expressa. Segundo se entendeu naquela oportunidade, a ação reintegratória poderia, com efeito, ser examinada “sem o óbice da rescisão”, eis que o “contrato com cláusula resolutiva expressa, para ser rescindido por inadimplemento, dispensa rescisão formal pelo Judiciário” (STJ, REsp 64170/SP, 2ª T., Relª Min. Eliana Calmon, J. 15.08.2000, v.m.).

realmente dar-se o mesmo tratamento à resolução convencional e à resolução legal?"¹¹⁹

Por que tratar como uma só e mesma coisa duas modalidades distintas de resolução? Apenas para reforçar que o Judiciário tem a palavra final na pacificação de todo e qualquer conflito? Se o fundamento por trás desta postura é de fato este, já se observou que ele não se justifica. Afinal, a cláusula resolutiva expressa apenas inverte o ônus da iniciativa judicial, não afasta da apreciação judicial o exercício do direito resolutivo. O *iter* será apenas diferente, no sentido de que caberá ao devedor, discordando da aplicação da cláusula, demonstrar a inobservância dos princípios contratuais, ou a inexistência dos pressupostos autorizadores da resolução, como a situação de inadimplência também do outro contratante, por exemplo.

A cláusula resolutória expressa destina-se, em essência, a qualificar a gravidade do inadimplemento que os contratantes entendam por bastante para dissolver a relação obrigacional – permitindo que a extinção do vínculo possa ser feita extrajudicialmente, sem necessidade de recorrer ao Judiciário. “Escapa-se”, assim, ao condicionamento legal da resolução, em prestígio à autonomia negocial das partes. A própria história do instituto indica que a distinção fundamental entre cláusula resolutiva tácita e expressa está na necessidade ou não de intervenção judicial. Deve-se encarar a resolução, especificamente a convencional, também como instrumento de proteção do credor, que tem seu direito à prestação frustrado pelo comportamento do devedor.

Como sabiamente advertia Carvalho de Mendonça, “direito civil não se inventa”¹²⁰. Não é necessário tecer elaboradas construções teóricas para lidar com o fenômeno da extinção do contrato pelo inadimplemento, quando o próprio ordenamento fornece institutos específicos para isso. No caso da cláusula resolutiva expressa, basta compreendê-la bem para que sua eficácia seja realmente plena. A cláusula resolutiva expressa merece ser encarada com atenção ao seu perfil funcional e aos seus caracteres informadores, que fazem dela uma figura própria, distinta da resolução legal. Assim é que se estará conferindo prestígio ao instituto, e, em especial, à autonomia negocial das partes, que pretenderam ajustar o contrato por elas celebrado às incertezas do futuro.

¹¹⁹ SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. Op. cit., p. 45.

¹²⁰ Com a ressalva de que o autor escrevia quando ainda não havia sido promulgado o Código Civil de 1916, permanece válida a advertência (CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Inácio. *Contratos no direito civil brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, t. 1, 1955. p. 23).

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor: resolução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2003.

_____. Da extinção do contrato: artigos 472 a 480. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. 6, t. II, 2011.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1955.

ASSIS, Araken de. Dos contratos em geral. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coord.). *Comentários ao código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, v. 5, 2007.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos: curso de direito civil*. São Paulo: Atlas, 2002.

BENDERSKY, Mario J. *Incumplimiento de contrato: la cláusula resolutoria en los derechos civil y comercial*. Buenos Aires: Depalma, 1963.

BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BEVILAQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, v. 1, 1980.

BUTRUCE, Vitor Augusto José. *A exceção de contrato não cumprido no direito civil brasileiro contemporâneo: funções, pressupostos e limites de um “direito a não cumprir”*. Dissertação de Mestrado em Direito pelo Departamento de Direito da UERJ. Rio de Janeiro, 2009. 236 p.

CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Inácio. *Contratos no direito civil brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, t. 1, 1955.

CHAVES, Antônio. Contrato de edição: cláusula resolutoria expressa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 413, p. 41-52, mar. 1970.

COAGUILA, Carlos Alberto Soto. Libertad contractual, cláusula resolutoria expresa y “cláusulas de estilo”. In: COAGUILA, Carlos Alberto Soto; FUENZALIDA, Carlos Vattier. *Libertad de contratar y libertad contractual: estudios sobre el código europeo de contratos*. Colombia: Pontificia Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibañez, 2011.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. reimp. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

DELL'AQUILA, Enrico. *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1981.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Atual. por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MACHADO, João Baptista. Pressupostos da resolução por incumprimento. In: *Obra dispersa*. Braga: Scientia Ivridica, v. 1, 1991.

MARTINEZ, Pedro Romano. *Da cessação do contrato*. Coimbra: Almedina, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. O adimplemento e o inadimplemento das obrigações no novo Código Civil e o seu sentido ético e solidarista. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos et al. (Coord.). *O novo código civil: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2003.

MONTEIRO, Washington de Barros. Compromisso de compra e venda - Cláusula resolutiva expressa - Novação posterior estabelecendo que o devedor pagaria juros sobre as prestações porventura em débito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 365, p. 40-43, mar. 1966.

NUNES, Pedro. *Dicionário de tecnologia jurídica*. 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1994.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Booksellers, t. 25, 2003.

PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*. reimpr. Coimbra: Almedina, 2005.

PROENÇA, José Carlos Brandão. *A resolução do contrato no direito civil: do enquadramento e do regime*. Coimbra: Coimbra, 2006.

RABELLO, José Geraldo de Jacobina. Cláusula resolutória expressa nos contratos. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo: Síntese, n. 38, p. 5-11, nov./dez. 2005.

REALE, Miguel. Exposição de motivos do supervisor da comissão revisora e elaboradora do Código Civil. In: *Novo código civil: exposição de motivos e texto sancionado*. 2. ed. Brasília: Senado Federal, 2005.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Direito ao cumprimento e direito a cumprir*. Coimbra: Almedina, 1997.

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. *Resolução do contrato*. Lisboa: Tipografia da Empresa Nacional de Publicidade, 1957.

SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

TEPEDINO, Gustavo et al. *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, v. 2, 2006.

USTÁRROZ, Daniel. A resolução do contrato no novo Código Civil. *Revista Jurídica*, Porto Alegre: Notadez, n. 304, p. 32-53, fev. 2003.

VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. 7. ed. Coimbra: Almedina, v. 2, 2001.

ZACLIS, Lionel. Cláusulas resolutivas e intervenção judicial de acordo com o Código Civil em vigor e o Projeto de Código Civil: Projeto de Lei nº 118/1994 da Câmara dos Deputados. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, Nova Série, v.1, n. 1, p. 89-93, jan./jun. 1998.

DISCRIMINAÇÃO NOS CONTRATOS DE CONSUMO X AUTONOMIA PRIVADA

DISCRIMINATION IN CONSUME CONTRACTS X PRIVATE AUTONOMY

Rubia Carla Goedert¹

Mestre em “Direitos Fundamentais e Democracia” junto às Faculdades Integradas do Brasil – Unibrasil (Curitiba/PR)

RESUMO: A transformação da economia agrária em economia industrial e capitalista, bem como a criação de uma sociedade de consumo, desencadearam o incremento de técnicas de contratação em massa. Essa mutação trazida pela produção em série, a industrialização e a massificação revelaram-se como predominantes na atualidade, e a violação da dignidade humana apresenta-se como uma de suas possíveis consequências. A autonomia privada, a autorregulamentação da pessoa, na grande maioria das situações, deve se pautar na promoção da dignidade humana, que é um dos fundamentos da República, art. 1º da Constituição Federal. Diante desta nova perspectiva, o Estado invade a esfera particular de forma a equilibrar, por meio da lei, a desigualdade que porventura exista entre as partes. Ainda, fornece ao juiz subsídios para alterar as

disposições contidas no contrato, quer em sua contratação ou em qualquer outro momento posterior. Nessa senda, o contrato não pode ser visto como mero instrumento de ilimitada e exclusiva manifestação da vontade, pois a função social do contrato traça limites para a autonomia da vontade. Nesse sentido, no âmbito contratual, a desigualdade entre os contraentes, que decorre de posições ou condições contratuais dominantes, deve ser abolida para que se resguarde e se observe a igualdade em sentido axiológico-jurídico-material.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais; autonomia privada; discriminação; contrato.

ABSTRACT: *The transformation of the agrarian economy into an industrial an capitalist economy and the creation of a consumer society triggered the increase of mass recruitment techniques. This mutation*

¹ Docente na Graduação e na Pós-Graduação do Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais – Cescage (Ponta Grossa/PR).

brought about by the mass production, industrialization and massification have proved as prevalent at the present time and violation of human dignity appears as one of its possible consequences. The private autonomy, self-regulation of the person, in most cases, should be based on the promotion of human dignity, which is one of the foundations of the Republic, art. 1 of the Federal Constitution. Facing this new perspective, the state invade the private sphere in order to balance, by law, the inequality that may exist between the parties. Still, provides to the judge subsidies to amend the provisions contained in the contract or in its hiring or at any time thereafter. Accordingly, under contractual inequality between the parties, which arises from contractual or dominant conditions positions, should be abolished for that safeguard and that has been observed the equality in axiological-legal-material sense.

KEYWORDS: *Fundamental rights; private autonomy; discrimination; contract.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A autonomia privada e os direitos fundamentais; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Private autonomy and fundamental rights; Final considerations; References.*

INTRODUÇÃO

Inicialmente, todo o alicerce clássico do direito contratual é concebido na vontade das partes, sendo que, nessa visão, é a vontade que legitima o contrato e representa fonte de obrigações, podendo-se afirmar que a liberdade antecede esta vontade que cria a relação jurídica como sendo uma exigência².

Não obstante, importa destacar que nem sempre a manifestação da vontade correspondeu à vontade interna do agente, não sendo possível a todo tempo proteger aquilo que realmente era o desejo do indivíduo, da forma como idealizada.

A circulação de riquezas foi ampliada e, com o advento do direito abstrato, o contrato figurou como instrumento de garantia da liberdade e igualdade jurídica das partes, pois representavam a própria vontade dos contratantes. Igualdade, mais no sentido formal, pois não se admitia a intervenção de características pessoais das partes e a liberdade no sentido de poder estipular e regulamentar os interesses da maneira que entendiam melhor.

² MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 67.

Em face desse panorama, a necessidade de se repensar a autonomia da vontade se fez imperativa³, assim como a intervenção do Estado para proteção de todos, e não apenas dos detentores de poder. A observância e o respeito aos direitos fundamentais na seara contratual passam a ser uma exigência do Estado Democrático de Direito em prol da dignidade humana, baluarte de todo o ordenamento jurídico.

1 A AUTONOMIA PRIVADA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A autonomia da vontade surge no Estado de Direito Liberal como um dogma. Eis que, apogeu ideológico do Estado de Direito Liberal, a autonomia da vontade é definida como o poder reconhecido às partes de estabelecer o regramento de suas relações jurídicas em busca da satisfação de seus interesses. Os efeitos advindos do contrato, como instrumento de circulação de riquezas, surgiam da força jurígena da vontade⁴. Deste modo, o Estado não interferiria nas relações do indivíduo e a igualdade formal é fundamento dessa vontade, desprezando as desigualdades sociais e econômicas⁵. Nesta direção, consagrou-se a obrigatoriedade do contrato, afirmando-se *pacta sunt servanda*⁶.

³ De acordo com Carlos Ferreira de Almeida “a autonomia da vontade significa a possibilidade duma tripla escolha na vida negocial: contratar ou não contratar, escolher a outra parte e determinar o conteúdo das obrigações assumidas” (ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Os direitos dos Consumidores*. Coimbra: Livraria Almedina, 1982, p. 13. Apud LOTUFO, Renan (Coord.). *Cadernos de autonomia privada*. Curitiba: Juruá, 2001. p. 19).

⁴ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 15.

⁵ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *Contrato e direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 87.

⁶ Destaca-se que: “Nas palavras emblemáticas de Ripert, ‘O contrato já não é ordem estável, mas eterno vir a ser’. A noção de liberdade contratual havia sido construída como projeção da liberdade individual, ao mesmo tempo em que se atribuía à vontade o papel de criar direitos e obrigações. A força obrigatória do contrato era imposta como corolário da noção de direito subjetivo, do poder conferido ao credor sobre o devedor. Com a evolução da ordem jurídica, já não tem mais o credor o mesmo poder, o direito subjetivo sofre limites ao seu exercício e não compete aos contratantes, com exclusividade, a autodeterminação da *lex inter partes*, que sofre a intervenção do legislador e pode submeter-se à revisão pelo juiz” (MATTIETO, Leonardo. *O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos*. Problemas de direito civil constitucional. Gustavo Tepedino (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 175.

De tal modo, intrinsecamente ligada à autonomia da vontade está, então, a liberdade⁷, a qual é reconhecida pelos cidadãos como sendo a possibilidade de agir de acordo com a lei. Há liberdade sempre que a lei não proíbe⁸.

A justiça, nos termos da doutrina voluntarista, era garantida de maneira automática diante da vontade livre das partes e do conteúdo do contrato representar o querer de ambos em uma posição de igualdade jurídica⁹.

Surge um novo desenho de relação entre Estado e sociedade definido pela intervenção estatal nas relações interprivadas; com isso, depõem-se as barreiras que separavam o público do privado.

Nesse contexto, com a transmutação do Estado de Direito Liberal para o Estado Social de Direito, a vontade perde um pouco a importância para a proteção do vulnerável e dos direitos da personalidade nos contratos de massa, passando o Estado a intervir no contrato, pois, “se as pessoas celebram contratos, não é simplesmente porque desejam, mas porque são movidas por necessidades, ainda que falsas, fantasiosas”¹⁰.

É desse intervencionismo estatal que ocorre a crise do contrato, um momento de reflexão teórica, uma revisão de conceitos que harmonizasse os dogmas do liberalismo clássico com a nova realidade dos contratos em massa, sem perder o contrato, contudo, seu império. Decorre desse fato uma minimização do princípio do *pacta sunt servanda*.

Consequentemente, o advento da intervenção do Estado nas relações interprivadas desencadeou uma verdadeira “crise da autonomia privada”,

⁷ Sobre a liberdade, interessante destacar as palavras de Kant: “O conceito de liberdade é a chave da explicação da autonomia da vontade. A vontade é uma espécie de causalidade dos seres vivos, enquanto racionais, e a liberdade seria a propriedade dessa causalidade, pela qual ela possa ser eficiente, não obstante as causas estranhas que possam determiná-la” (KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 79. Apud RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011. p. 113-114.

⁸ Segundo Denis Franco Silva: “Dentro do espírito voluntarista e individualista liberal, contudo, a ideia de autonomia assumiu contornos bem diferentes. Embora mantida a identidade entre liberdade e autonomia, o conceito de liberdade assume uma função nitidamente negativa, porém cognoscível no plano fenomenológico: a liberdade como não intervenção” (O princípio da autonomia: da invenção à reconstrução. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 139).

⁹ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988. p. 35.

¹⁰ FIUZA, Cesar; ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Contratos de adesão*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 101.

de maneira a se identificar que o subjetivismo nas relações contratuais cede espaço à tutela objetiva da confiança, ou seja, verifica-se a transmutação da subjetividade para a objetividade da autonomia privada¹¹, e a preocupação com a igualdade material se afigura como eixo central das relações jurídicas. Nesse ponto, a desigualdade foi reconhecida, a fim de que o tratamento diferenciado entre desiguais possa desencadear a igualdade de maneira substancial.

Atendendo a moderna orientação para a autonomia da vontade, é a vontade em seu aspecto subjetivo, psicológico, que tem relevância; em contrapartida, a autonomia privada dá ênfase à vontade objetiva, que decorre da declaração ou manifestação da vontade, como fonte de efeitos jurídicos¹².

Como expõe Luiz Edson Fachin:

A intervenção do Estado nas relações jurídicas privadas, em searas contratuais nunca antes tocadas pelo legislador se mostrou relevante. A liberdade contratual passa a ser encarada de forma mitigada, pois se reconhece que os pressupostos indispensáveis para a formulação do conceito contratual (liberdade e igualdade – formal – entre contratantes), não mais eram suficientes na contratação de massa.¹³

Dessa forma, constata-se que o princípio da autonomia da vontade é diferente do princípio da autonomia privada, sendo que este último possui uma acepção mais objetiva em contraposição à subjetiva, ao voluntarismo contido no primeiro¹⁴.

¹¹ Em vários dispositivos do Código Civil de 2002 é possível verificar essa mudança, entre eles, nos arts. 112 e 113, os quais dispõem que: “Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”; “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

¹² É bem de ver que Enzo Roppo defende que a autonomia privada não pode ser vista como sinônimo de autonomia da vontade individual, mas “como forma jurídica e legitimação da liberdade econômica, da liberdade de prosseguir o lucro ou, então, de se actuar segundo as conveniências de mercado – nos modos ou com as técnicas adequadas ao tipo de mercado historicamente determinado. Por outras palavras, as tendências objectivistas do direito moderno não vão necessariamente contra o princípio da autonomia privada, porque este – como já se tinha advertido – não se identifica com o dogma da vontade” (ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988. p. 310 e 311).

¹³ FACHIN, Luiz Edson. *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. São Paulo: Renovar, 2000. p. 199-200.

¹⁴ Judith Martins-Costa assevera que “a expressão autonomia da vontade não deve ser confundida com o conceito de autonomia privada”, pois, autonomia da vontade “designa uma construção ideológica,

A autonomia privada, na verdade, é um poder jurídico que as partes envolvidas possuem de regulamentar, de acordo com sua própria vontade, a relação jurídica da qual fazem parte. Isso significa dizer que a autonomia privada deriva da liberdade que as partes têm de celebrar e determinar o conteúdo de seus negócios jurídicos, sendo que os “particulares tornam-se, desse modo, e nessas condições legisladores sobre os seus próprios interesses”¹⁵.

Wilson Steinmetz destaca que a autonomia privada é o “poder atribuído pela ordem jurídica aos particulares para que, livres e soberanamente, auto regulamentem os próprios interesses (direitos, bens, fins, pretensões)”¹⁶, reconhecendo-se eficácia jurídica a uma esfera privada de atuação¹⁷.

A autonomia privada deixa de estar unicamente atrelada à força obrigatória dos contratos para desempenhar o papel de fundamento dos princípios da liberdade contratual, do consensualismo e do efeito concernente aos contratos.

Conclui-se assim que, para a doutrina da “autonomia da vontade”, é a vontade fonte de obrigações em seu sentido mais amplo, ou seja, sem qualquer restrição. Em contrapartida, a concepção da “autonomia privada” traz uma nova visão para a autonomia da vontade, sendo que o ordenamento jurídico passa a limitar a vontade, devendo os contraentes a observância da função social do contrato e da lei.

É cristalina a interferência da Constituição Federal de 1988 no âmbito do Direito Privado, especificamente no que tange aos contratos, o que desencadeou

datada dos finais do século passado (XIX) por alguns juristas para opor-se aos excessos do liberalismo econômico”, sendo que essa construção ideológica advém de uma distorção dos conceitos kantianos. “Modernamente, descartada a ligação com a vontade como gênese de relações jurídicas, designa-se, como ‘autonomia privada’ (dita, no campo dos negócios, autonomia negocial), seria um fato objetivo, vale dizer, o poder, reconhecido pelo ordenamento jurídico aos particulares, e nos limites traçados pela ordem jurídica, de auto-regular os seus interesses, estabelecendo certos efeitos aos negócios que pactuam [...]” (RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011. p. 123).

¹⁵ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 335.

¹⁶ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 127.

¹⁷ Menciona Giovanni Ettore Nanni que, “sem qualquer dúvida, o princípio da autonomia da vontade é um princípio existente no direito civil, mas que perdeu espaço atualmente para a autonomia privada que possui uma concepção muito mais elaborada, com esteio na teoria do negócio jurídico, entendendo-se esta como verdadeiro fundamento para a possibilidade de firmarem-se normas jurídicas individuais” (NANNI, Giovanni Ettore. *A evolução do direito civil obrigacional*. In: LOTUFO, Renan (Coord.). *Cadernos de direito civil-constitucional: caderno nº 2*. Curitiba: Juruá, 2001. p. 155-225).

o que foi denominado de “crise contratual”, que põe em cena a mitigação dos princípios contratuais tradicionais.

Nesse pensar, é perceptível a existência de direitos fundamentais em toda ordem jurídica privada como fundamentos a serem contrastados. Tais direitos apresentam-se em três níveis iniciais de proteção: o da tutela da dignidade humana, o da tutela da isonomia e o da tutela da liberdade¹⁸.

Em qualquer ângulo que se olhe, pode-se afirmar que os direitos fundamentais são imprescindíveis para a materialização da dignidade humana, seja quanto ao respeito à igualdade, integridade, solidariedade e liberdade do indivíduo.

O princípio da dignidade da pessoa humana é a linha mestra do Estado Democrático de Direito e os direitos fundamentais ingressam nas relações privadas com um caráter de normas imediatamente aplicáveis, ou com um perfil de ordem objetiva de valores, destituindo-se da feição de normas programáticas, para influenciar na aplicação, interpretação e até mesmo criação das normas jurídicas¹⁹, e, não obstante a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas em diversos âmbitos de aplicação, como no caso de direito de família, por exemplo, é nos contratos que surgem as maiores controvérsias, pois, neste caso, os contratantes detêm os mesmos direitos fundamentais a serem respeitados.

Ingo Sarlet, de maneira multidimensional, refere que por dignidade da pessoa humana tem-se

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão

¹⁸ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *A obtenção dos direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 42.

¹⁹ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *Contrato e direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 55.

com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.²⁰

A autonomia privada, em sentido amplo, em se tratando de uma manifestação de liberdade, pode-se afirmar que é meio de realização da dignidade da pessoa humana nas situações existenciais e patrimoniais. Desta feita, entra em cena a chamada função social do contrato²¹, representada pela preocupação com as consequências do contrato e com as partes envolvidas como forma de atenuar os paradigmas da liberdade de contratar e da autonomia privada, que deixam de exercer o papel definitivo para a vinculação das partes.

Nesta direção, a autonomia privada mostra-se condicionada à dignidade humana, uma consequência do princípio do respeito à pessoa que se identifica com o “autorregramento dos interesses privados em face da tutela do indivíduo e sua liberdade”²².

Todavia, é de se destacar que, nas linhas e entrelinhas da nova dogmática civil-constitucional, não há que se falar atualmente em vontade ilimitada do indivíduo para firmar um negócio jurídico, mas sim a vontade visualizada de maneira externa e objetiva, diante do ordenamento jurídico, que observa a autonomia privada²³. Em verdade, “o dogma da liberdade contratual tornou-se uma ficção”²⁴.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 63.

²¹ O Código Civil brasileiro dispõe, de maneira expressa, a “funcionalização” social do contrato no art. 421, *in verbis*: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

²² PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *Contrato e direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 90.

²³ Nas palavras do doutrinador argentino Iturraspe: “La autonomía de la voluntad, el imperio del hombre sobre sus decisiones, la libertad de decir y hacer, sin restricciones ni controles exteriores (heteronomía de la voluntad), es la base o fundamento invocado para esa imperatividad del contrato.

Dicha autonomía tiene un eco o resonancia muy variable: mientras la visión liberal-individualista la exalta como eje y centro del negocio jurídico, partiendo de considerar que se encuentra fuertemente apoyada en normas constitucionales, la mirada social o humanitaria le objeta que siendo el contrato un negocio entre dos, es preciso para consagrar su respeto absoluto que ambas partes sean autónomas. No basta a autonomía de uno frente a la sumisión o dependencia del outro. La parte libre y fuerte impondrá al débil o necesitado ‘su ley’, el conjunto de sus pretensiones, las cláusulas que satisfagan su interés y la contraria sólo podrá aceptarlas o rechazarlas, sin ‘decir lo suyo’, expresar su interés o su conveniencia.

De ahí que, em los tiempos actuales, se considere que el reinado de la autonomía de la voluntad está condicionado a una contratación entre personas, físicas o jurídicas, iguales, de similar poder de negociación.” (ITURRASPE, Jorge Mosset. *La Revisión del Contrato*. 1. ed. Santa Fé: Rubinzal Culzoni, 2008. p. 13-14)

²⁴ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 268.

Não obstante, é preciso enfatizar, ainda, que a liberdade permanece na seara contratual, mais precisamente²⁵ no que tange à escolha entre concretizar ou não um determinado contrato, mas a liberdade para definir o conteúdo da obrigação assumida sofre severas limitações pelo intervencionismo da lei nos contratos²⁶ e pelas novas técnicas de contratação.

A nova concepção do contrato passa a verificar se as restrições, quando provêm do poder estatal, são legítimas e respeitam os direitos constitucionais e, em contrapartida, quando procedem dos particulares se a imposição do conteúdo do contrato foi abusiva ou se houve observância dos postulados da boa-fé, da segurança, do equilíbrio e da equidade contratual²⁷.

É a lei que ganha o papel dominante nos contratos, o espaço da autonomia da vontade é cada vez mais restrito. É a lei que determina o espaço da autorregulamentação dos interesses privados.

Consubstanciado no entendimento de que ocorre de maneira efetiva a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, tem-se que o particular pode invocar o respeito às normas de direitos fundamentais frente a outro particular, isto é, a aplicação *in concreto* do princípio da igualdade. Igualdade, agora, em seu prisma substancial e não formal, “conduzindo ao reequilíbrio das desigualdades fáticas e convertendo as exceções em novas regras que transformam o princípio”²⁸.

O direito à igualdade como direito fundamental que é deve ser assegurado também no âmbito contratual, onde o seu desrespeito pode ensejar até mesmo ofensa aos direitos da personalidade.

Os ideais de liberdade e igualdade tomaram corpo nas codificações do século XIX, início do século XX – exemplo disso foi o Código Civil brasileiro de

²⁵ A liberdade quanto à escolha de com quem contratar nem sempre é possível diante da existência de oligopólios e monopólios de alguns bens e serviços e a necessidade por parte do indivíduo de usufruir destes para uma vida digna.

²⁶ Claudia Lima Marques indica como exemplo a renovação compulsória de locações para os atuais locatários ou quando da fixação obrigatória de preços (MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 269).

²⁷ Claudia Lima Marques indica como exemplo a renovação compulsória de locações para os atuais locatários ou quando da fixação obrigatória de preços (MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 269).

²⁸ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *Contrato e direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 90.

1916. No entanto, não demorou para que a ausência/insuficiência de meios de tutela dos direitos se fizesse evidente, o que instigou o Poder Público – legislador e Tribunais – a criar meios de proteger a parte mais oprimida, mais fraca, a qual, mesmo declaradamente livre, autônoma e capaz juridicamente, detentora de “iguais” direitos estava subordinada, por razões socioeconômicas, a outra. Destarte, em todos os ramos do direito²⁹ e de maneiras diversas a busca pela redução das desigualdades foi o alvo.

Assim, faz-se importante destacar que o dever de respeito aos direitos fundamentais, especificamente à igualdade, que é o tema relevante neste trabalho, não é dirigido apenas para o legislador e aos entes públicos a quem cabe a aplicação da lei, mas, sim, deve prevalecer também nas relações entre particulares, cabendo ao Estado, neste ponto, fazer cumprir essa determinação legal, pois “os critérios informadores da elaboração da lei ou da sua aplicação não podem ser dissociados dos objetivos da sua assunção, que são justamente a eliminação da licitude e da possibilidade de discriminações no domínio jurídico”³⁰.

Na atual realidade contratual, a intervenção estatal nas relações privadas tem como pressuposto e justificativa o fato de que a liberdade negocial é apenas formal e a igualdade entre as partes contraentes é uma mera presunção, o que fere os direitos fundamentais em sua essência.

A proibição de discriminação e a garantia de isonomia de todos solidificou-se com a proteção especial das pessoas, seja pela situação existencial, seja pela patrimonial, tidas por “desiguais”³¹.

1.1 A SITUAÇÕES DE DISCRIMINAÇÃO E SUA RELEVÂNCIA NO DIREITO BRASILEIRO

Na perspectiva constitucional, o art. 5º, *caput*, enuncia a igualdade formal: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”, essa é a chamada “cláusula geral de igualdade”³².

²⁹ É exemplo a seara trabalhista.

³⁰ PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Livraria Almedina, 1982. p. 103.

³¹ BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre autonomia negocial. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 418.

³² STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 234.

Reconhecendo as especificidades, preocupou-se ainda o legislador em assegurar aos trabalhadores um rol mínimo de direitos (art. 7º da CF), proteger o consumidor (art. 5º, XXXII, da CF), a criança e o adolescente (art. 227, *caput*, da CF).

Ainda é possível verificar que a preocupação com a igualdade permeia todo o texto constitucional, sem desprezo da relevância dos demais dispositivos, merece destaque a previsão da educação e da saúde como direito de todos – arts. 205 e 196 da CF – e o art. 170, que trata da defesa do consumidor e a redução das desigualdades sociais e regionais.

Com efeito, verifica-se que o legislador constituinte estipula a observância não só da igualdade formal, mas, e inclusive, a igualdade substancial. Exemplo disso também é que somente com o advento da Constituição da República é que se equipararam os filhos havidos ou não do casamento e a igualdade material ganhou subsídios para sua efetivação.

Nessa direção, o sistema constitucional, ao promover a isonomia no contexto da diferença, está em busca da igualdade em seu aspecto material.

Ao prever cláusulas gerais de proteção da pessoa, o constituinte pretendeu que as relações privadas também fossem tuteladas e que a autonomia privada não fosse vista como um limite externo e, sim, integrasse a sua função como um poder promocional de valores³³, adotando a não discriminação como expressiva manifestação do princípio da igualdade³⁴.

O princípio da igualdade – norma de direito fundamental – concede aos indivíduos o direito ao tratamento isonômico. Todavia, nem sempre o princípio da isonomia ordena o tratamento igual e proíbe o tratamento desigual. Neste sentir, *in concreto*, tanto o juízo de igualdade como de desigualdade necessariamente decorrem da comparação entre pessoas, coisas ou situações, e com a finalidade ou o objetivo que se deseja obter ou gerar com esses tratamentos.

³³ Como exemplo da independência da autonomia privada pode-se citar os arts. 421 e 187 do Código Civil.

³⁴ Não obstante, a enunciação de igualdade de todos perante a lei e a proibição de tratamento discriminatório destaca-se que não se tratam de normas absolutas, pois não se tem igualdade fática absoluta e nem mesmo desigualdade fática absoluta, pois existem casos de igualdade ou desigualdade parciais.

No sentido comum, “discriminação” designa um ato de tratamento injustificadamente diferenciado³⁵. No sentido jurídico, “discriminação” importa o elemento de uma política, que considera, entre os tratamentos injustificadamente diferenciados, apenas aqueles que possuem repercussão social³⁶.

A verdade, no entanto, é que no texto constitucional evidencia-se a eficácia do princípio da igualdade em duas dimensões: a negativa, que se reporta à proibição de discriminação, e a positiva, que estabelece um mandado de tratamento igual aos pares ou diferenciado àqueles desiguais.

Ao se proibir a discriminação, a Constituição intencionou impedir a marginalização de pessoas ou grupos, a formação e sedimentação do que chama Wilson Steinmetz de “subclasses sociais” ou “subcategorias sociais”³⁷ e opera eficácia imediata nas relações entre particulares.

No Direito pátrio, a mescla entre direitos fundamentais e relações privadas acaba por contemplar muitos casos em que se pode evidenciar a discriminação entre particulares.

Importa para esse trabalho especificamente os contratos relativos a consumo, onde os sujeitos envolvidos, especificamente, são: o consumidor e o fornecedor. O consumidor está sempre em uma situação de sujeição frente àqueles que dominam a produção e a distribuição de bens e serviços que é o fornecedor.

Consigna-se que não é novidade no Direito brasileiro a busca pelo equilíbrio nas relações sociais. Destarte, em busca da tutela do consumidor, essa discriminação positiva feita com o advento do Código de Defesa do Consumidor é comparável com o reconhecimento da hipossuficiência do trabalhador frente ao empregador na legislação trabalhista.

Assim, reconhecidamente frágil na relação de consumo, o legislador indicou como fator *discrímén* fundante da proteção privilegiada que o Estado outorga ao

³⁵ Indubitavelmente, a noção de “discriminação”, por si só, traz uma carga negativa, assim necessário se faz constar que, de maneira expressa, há casos em que é permitido ou até mesmo necessária, o adjetivo “permitida”. Há situações em que a discriminação é permitida, ou chamada lícita, e outras que não o é.

³⁶ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. A proteção contra discriminação no direito contratual brasileiro. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 393.

³⁷ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 245.

consumidor: a vulnerabilidade que lhe é inerente. Nesse sentido, o consumidor recebe um tratamento diferenciado nas relações jurídicas estabelecidas com o fornecedor, para que se densifique a igualdade como paradigma de tratamento dos sujeitos da relação de consumo.

Ao promover a tutela do consumidor como defesa do hipossuficiente, de forma a minimizar a desigualdade entre os protagonistas da relação de consumo e a previsão de se elaborar uma norma protecionista consagrada no Código de Defesa do Consumidor, a Constituição Federal não feriu a igualdade entre consumidor e fornecedor; ao contrário, aplicou a imposição da igualdade material, ou seja, a igualdade na lei, pois a lei não pode tratar igualmente os desiguais, proibindo, conseqüentemente, a discriminação em sua dimensão negativa, para rejeitar ou excluir.

Mas é possível ocorrer a diferenciação entre as partes em razão da liberdade de contratar; no entanto, o que as proibições de diferenciação reclamam é unicamente que uma decisão não se respalde em critérios determinados, em uma opção especial de atuação para um desfavorecimento. Deste modo, é possível recusar uma candidata que concorre com homens, porém não em razão do sexo³⁸.

Em uma relação jurídica é preciso que se contemple uma “razão razoável” como justificativa para o tratamento desigual ou até mesmo para o tratamento igual. Assim, na ausência de uma justificação racional e objetiva para a diferenciação das partes, impõe-se o tratamento igual³⁹.

Entretantes, inegável é que situações de discriminação ocorrem.

Assim sendo, é possível do texto constitucional extrair alguns fatores de discriminação, não se tratando, porém, de um rol exaustivo: a) no art. 3º, inciso IV – origem, raça, cor, sexo, idade; b) art. 7º, incisos XXX – sexo, idade, cor e estado civil; XXXI – saúde; e XXXII – trabalho; c) art. 227, § 6º – filiação. De maneira ampla, traz o art. 3º, inciso IV, “e quaisquer outras formas de discriminação” e no art. 5º, inciso XLI, “qualquer discriminação atentatória a direitos fundamentais”. Wilson Steinmetz infere que esses últimos dispositivos são “cláusulas de abertura para a valoração e inclusão constitucionais de outros fatores socialmente relevantes de discriminação”.

³⁸ NEUNER, Jörg. O princípio de igualdade de tratamento no direito privado alemão. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v. 37 (jan./mar. 2009), p. 210, 2000.

³⁹ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 238.

A proteção ao consumidor guarda estreita relação com a dignidade da pessoa humana, principalmente porque o consumo é o acesso primário ao mínimo necessário para a sobrevivência de maneira digna em sociedade, bem como se estende à proteção da vida, da saúde e da liberdade, do que infere-se que situações de discriminação não podem ser admitidas.

As situações de discriminação em virtude da orientação sexual que a pessoa adota, pela idade, pelo sexo, pela religião, pela instrução, pela deficiência, entre outras especificidades, importa para o Direito brasileiro, a fim de que o mandamento de igualdade seja concretizado nas relações entre particulares em respeito aos ditames da Constituição Federal, pois sua inobservância acaba por afrontar a própria dignidade humana.

Não se pode prescindir, neste sentido, é o respeito à dignidade da pessoa humana, pilar fundamental de todo o ordenamento jurídico brasileiro, que opera a proibição de discriminação.

1.2 A TUTELA CONSTITUCIONAL DA AUTONOMIA PRIVADA

As Constituições do segundo pós-guerra passaram a conter temas antes atinentes apenas a diplomas civis, trazendo verdadeiros programas para transformar a sociedade, e não meramente espelhá-la como faziam os códigos anteriores.

Adverte Rosalice Fidalgo Pinheiro que a “democracia social, presente no *Welfare State*, foi responsável pela inscrição dos direitos fundamentais e sociais nas Constituições”⁴⁰ e, por conseguinte, os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana recebem uma nova roupagem.

Essa constitucionalização do Direito Privado decorre do fato de que

No Estado Social as autoridades públicas não se preocupam apenas com a defesa das fronteiras, segurança externa e ordem interna, mas passam a intervir de forma penetrante no processo econômico, quer de forma direta, assumindo a gestão de determinados serviços sociais [...], quer de forma indireta, através da disciplina de relações privadas relacionadas ao

⁴⁰ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *Contrato e direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 37.

comércio, além de outras relações intersubjetivas que uma vez eram deixadas à autonomia privada [...].⁴¹

Assim, de mero garante da liberdade e autonomia dos indivíduos perante o Estado, este passa a ser o responsável a levar a efeito as políticas públicas, a fim de garantir uma igualdade concreta e material, com o objetivo patente de promover, acima de qualquer outro valor, a consagração e multiplicação de instrumentos de proteção dos direitos fundamentais, com uma maior intervenção na esfera privada.

Nessa esteira, o acolhimento da ideia de que a Constituição representa a ordem jurídica fundamental da sociedade⁴², não se restringindo à organização do poder político estatal, contribuiu para a separação do Direito Público e Privado.

Os direitos, portanto, deixam de ser meramente formais, há uma mudança de direção orientada à garantia da efetividade e justiciabilidade da Constituição e dos direitos fundamentais⁴³.

Jorge Reis Novais menciona que os direitos fundamentais adquiriram a justiciabilidade com fulcro em seu valor constitucional – ainda que “contra

⁴¹ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. in: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 37-77 e 49.

⁴² LORENZETTI, Ricardo Luís. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 253.

⁴³ Relevante mencionar que na doutrina defende-se que é de se conceber também um “Estado de Direito Ambiental”, o qual confere ênfase à proteção do meio ambiente. Para Morato Leite esse Estado deve estar conectado com o princípio da solidariedade econômica e social, a fim de buscar “um desenvolvimento sustentável, orientado a buscar a igualdade substancial entre os cidadãos, mediante o controle jurídico do uso racional do patrimônio natural” (LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araujo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 192). Como bem averba Morato Leite, o Estado de Direito Ambiental “é um conceito de cunho teórico-abstrato que abarca elementos jurídicos, sociais e políticos na busca de uma situação ambiental favorável à plena satisfação da dignidade humana e harmonia dos ecossistemas” (LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 153). Por fim, é importante destacar, como menciona Patryck de Araújo Ayala, que a Constituição Federal de 1988 assegura que “o direito ao meio ambiente equilibrado é de cada um, como pessoa humana, independentemente de sua nacionalidade, raça, sexo, idade, estado de saúde, profissão, renda ou residência (AYALA, Patryck de Araújo. A proteção jurídica das futuras gerações na sociedade do risco global: o direito ao futuro na ordem constitucional brasileira. In: FERREIRA, Helene Sivini; LEITE, José Rubens Morato. *Estado de direito ambiental: tendências e aspectos constitucionais*. São Paulo: Forense Universitária, 2004. p. 229-270).

a vontade do legislador democrático⁴⁴ – como consequência do fato de que a Constituição adquiriu força de verdadeira norma jurídica.

Os direitos fundamentais, inicialmente, foram concebidos para o exercício frente ao Estado, mas com as mudanças ocorridas, decorrentes das crises sociais e econômicas, devido à complexidade com que as relações sociais se delineavam e a constatação de ingerência pelos particulares sobre os direitos fundamentais de seus pares, constatou-se a necessidade de que a proteção estatal abarcasse as relações interprivadas.

Diante disso, começou a indagar-se sobre o tipo de eficácia que os direitos fundamentais teriam sobre as relações interprivadas, visto que a vontade era a única fonte de obrigações e capaz de vincular os indivíduos, sem se olvidar do fato de que ao Estado não cabe apenas editar leis, mas desenvolver os programas contidos na Constituição, implementar direitos por intermédio de políticas públicas eficientes.

A atuação da vontade após a Carta Magna de 1988 foi remodelada para a efetiva observância dos valores da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e igualdade, objetivos inscritos pelo constituinte e daí exsurge a autonomia privada.

Apesar de não haver referência expressa à autonomia privada no texto constitucional do Direito brasileiro, a autonomia privada, princípio fundamental do Direito Privado, princípio do direito contratual por excelência, trata-se de um bem constitucionalmente protegido, contendo um conteúdo básico de autodeterminação e autovinculação da pessoa, podendo se inferir a proteção constitucional da autonomia privada da tutela da liberdade, do princípio da legalidade, bem como no próprio princípio da dignidade humana.

Wilson Steinmetz, em seu estudo sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, aduz que há uma tutela constitucional da autonomia privada respaldada nas seguintes premissas: do direito geral de liberdade, prevista no art. 5º, *caput*, da CF, o princípio da livre iniciativa (art. 1º, IV, e art. 170, *caput*), o direito ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (art. 5º, XIII, da CF), o direito de propriedade (art. 5º, *caput* e XXII), o direito de herança (art. 5º, XXX, da CR), o direito de convenção ou acordo coletivo (art. 7º, XXVI), o princípio da proteção da família, do casamento e da união estável (art. 226, *caput*, §§ 1º a 4º, da CR), do que se extrai que a autonomia

⁴⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais* enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 70.

privada, que representa o poder geral de “autodeterminação e autovinculação” das pessoas, é tutelada pela Constituição⁴⁵.

Interessante notar que toda liberdade de praticar ou não praticar o que é lícito ou o que não é proibido, apesar de atrelado substancialmente à vontade do agente, não faz com que a autonomia privada corresponda à mesma coisa que autodeterminação⁴⁶.

A indistinção conceitual quanto aos termos “autonomia privada” e “autodeterminação” acabam por ampliar de maneira demasiada o espaço que é próprio da autonomia privada, pois a ela somente é imputável o poder com eficácia reguladora e todas as demais expressões de liberdade que não possuam esse conteúdo não podem ser abarcadas por esse conceito⁴⁷.

Assim, Joaquim de Souza Ribeiro afirma que a autonomia privada, “de que a liberdade contratual é uma componente e a mais relevante manifestação, é um processo de ordenação que faculta a livre constituição e modelação de relações jurídicas pelos sujeitos que nela participam”, e a autodeterminação traz mais um aspecto existencial, valorativo, é o “poder de cada indivíduo gerir livremente a sua esfera de interesses, orientando a sua vida de acordo com suas preferências”⁴⁸.

Importa notar que os atos de autonomia privada podem tratar de conteúdo patrimonial ou existencial, ou seja, não se restringe a “pactuar contratos obrigacionais, transações que envolvam o direito de propriedade, etc., mas essa autonomia também manifesta-se nos direitos da personalidade, no direito

⁴⁵ Nas palavras de Wilson Steinmetz: “Dizendo, ainda, de outro modo, a tutela constitucional da autonomia privada deflui desses princípios e direitos expressos no texto constitucional” (STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 200-201).

⁴⁶ Joaquim de Souza Ribeiro ressalta que “autonomia privada” e “autodeterminação” são conceitos distintos. Assim, a “autodeterminação” proporciona ao indivíduo a possibilidade de agir externando sua declaração com ou sem efeito negocial ou, ainda, de não agir. Já a “autonomia privada” consubstanciada no negócio jurídico, “conota um poder ativo com eficácia reguladora” (RIBEIRO, Joaquim de Souza. *O problema do contrato*, p. 48-51. Apud GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 28).

⁴⁷ RIBEIRO, Joaquim de Souza. *O problema do contrato*, p. 49. Apud GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 28.

⁴⁸ RIBEIRO, Joaquim de Souza. *O problema do contrato*. Almedina, 1999. p. 31. Apud MALFATTI, Alexandre. *Liberdade contratual*. In: LOTUFO, Renan (Coord.). *Cadernos de autonomia privada*. Curitiba: Juruá, 2001. p. 19.

ao próprio corpo, no direito à intimidade, no direito à imagem e no direito ao cadáver, dentre outros”⁴⁹.

Conforme dispõe o art. 1º, III, da Constituição Federal⁵⁰, verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, a pessoa é reconhecidamente o centro do ordenamento jurídico, o que faz com que a autonomia privada seja tutelada, de modo que não pode ser reduzida às situações patrimoniais, ou seja, adstrita a transações que envolvam direito de propriedade, devendo ser estendida as questões existenciais como o direito ao próprio corpo, transplante de órgãos, direito à imagem, etc.

Na fase atual, a autonomia privada segue sendo um princípio fundamental do direito dos contratos e com fulcro na cláusula geral de promoção e tutela da pessoa humana, tem-se o dever de observância aos princípios constitucionais⁵¹, cujo fundamento é a busca de um desenvolvimento nacional com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, erradicando-se a pobreza, a marginalização e as desigualdades sociais e respeitando a dignidade da pessoa humana. Com isso, o contrato vai muito além de mero meio de circulação de riquezas e a autonomia privada como poder de autovinculação dos indivíduos condicionada à tutela da pessoa e da sua dignidade, obliquamente recebe também a tutela constitucional e pode ser considerada como um direito fundamental.

Por derradeiro, a autonomia privada é um princípio fundamental do direito dos contratos, onde há o reconhecimento da possibilidade dos particulares autorregulamentarem seus interesses. Não obstante, como já mencionado, o dever de observância das normas constitucionais faz com que a autonomia privada tenha como foco a pessoa humana e o indeclinável respeito à sua dignidade, como limitação à iniciativa das partes.

⁴⁹ NANNI, Giovanni Ettore. A autonomia privada sobre o próprio corpo, o cadáver, os órgãos e tecidos diante da Lei Federal nº 9.434/1997 e da Constituição Federal. In: LOTUFO, Renan (Coord.). *Cadernos de direito civil-constitucional: caderno nº 1*. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 256-286 e 263.

⁵⁰ Constituição Federal: “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; [...]”.

⁵¹ Wilson Steinmetz afirma que “[...] a existência de um direito(s) fundamental(is) em jogo, em uma específica relação contratual não é por si o bastante para, automática e imediatamente, afastar a eficácia do princípio da autonomia privada. E mais, assim como os direitos fundamentais operam eficácia limitando o princípio da autonomia privada, assim também o princípio da autonomia privada, à medida que tem assento constitucional, opera como fundamento de restrição a direitos fundamentais” (STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 202).

1.3 A AUTONOMIA PRIVADA, A DISCRIMINAÇÃO E OS CONTRATOS DE CONSUMO

A concepção tradicional do contrato advogava que a vontade representava sua única fonte criadora e constituía lei entre as partes, antepondo-se até mesmo à própria lei ditada pelo Estado ao qual apenas cabia o papel de garante das estipulações contratuais feitas pelos indivíduos.

No entanto, o contrato sofreu e vem sofrendo mudanças significativas, o Estado assume uma nova postura em face da qual de mero “espectador” passa a interventor nas relações privadas, e a presumida igualdade proporcionada pela autonomia da vontade é derrocada, constatando que a igualdade substancial não era atingida com a ampla liberdade concedida às partes contraentes⁵².

Das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas, é no século XX – após o segundo pós-guerra⁵³ – que se evidencia o surgimento dos novos direitos fundamentais – com reconhecimento, identificação e recepção de direitos, liberdades e deveres individuais –, e é nesta fase que a *dignidade da pessoa humana* ganha relevo, consolidando-se a ideia de que indivíduos possuem direitos inerentes à sua existência e que estes direitos devem ser protegidos.

Em tempos passados o direito civil absorvia todo o Direito Privado. Do direito civil extraiu-se outros ramos do Direito, na medida em que se foi constatando princípios privativos e peculiares.

A relação de consumo demarca a divisão entre o direito contratual do consumidor e o direito civil ou comercial. Entretanto, os contratos em si não apresentam uma diferença intransigente no Código do Consumidor, são eles os mesmos do direito comum (civil ou comercial). O que exige um regime jurídico próprio é a função que possuem de suporte das relações de consumo⁵⁴.

O contrato, da forma como preconizado pelo Código Civil de 1916, evolui em seu conteúdo e finalidade diante da promulgação da Constituição Federal de 1988, bem como pela inserção do Código de Defesa do Consumidor no ordenamento jurídico brasileiro.

⁵² Diante da passagem do Estado Liberal para o Social é importante que se diga que houve apenas a redução da importância da vontade e não sua exclusão.

⁵³ De acordo com NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 70.

⁵⁴ LÓBO, Paulo Luiz Netto. *Contratos no código do consumidor*, p. 171-181 e 171-172. In: MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Claudia Lima (Org.). *Direito do consumidor: contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. IV, 2011.

Parafraseando Bruno Miragem, tem-se que a liberdade de contratar, assim como a autonomia da vontade, fundamentos do direito civil clássico, mostraram-se insuficientes para a garantia do equilíbrio nas relações contratuais, do que decorre a necessidade de tutela dos mais fracos na sociedade de consumo de massa. Eis que “bases e fundamentos do direito do consumidor, sua base conceitual, e a lógica em matéria de direito material do consumidor (contratos e responsabilidade civil) tem sua sede no Código Civil”⁵⁵.

Desta feita, é de se admitir o negócio jurídico derivado do consumo, “estribado no princípio da autonomia privada”⁵⁶.

As sociedades de consumo decorrem da Revolução Industrial. As relações entre particulares assumem uma conotação massificada e os contratos passaram a ser firmados sem negociação prévia, apresentando-se como verdadeiros formulários, uniformes e predefinidos. Essa transformação contratual, ao mesmo tempo em que conferiu rapidez às transações na sociedade massificada, trouxe também perigos para os consumidores, que sem ter conhecimento das cláusulas especificamente aderem ao contrato como um todo⁵⁷.

A nova realidade contratual que advém das transformações econômicas e tecnológicas, na qual os contratos em massa compõem o dia a dia do mercado de consumo, superou o dogma da vontade e a imutabilidade contratual (*pacta sunt servanda*), e novos deveres decorrem de princípios jurídicos que informam o direito contratual, como a igualdade, a boa-fé objetiva e a função social do contrato.

Atualmente, passam a prevalecer os contratos de adesão (standardizados ou de massa), os quais não permitem a discussão prévia e a manifestação de vontade, de maneira a alterar as cláusulas existentes, elas são impostas por um conteúdo básico da lei ou por uma das partes, a vontade se restringe a contratar ou não e que nos casos de monopólio e oligopólios econômicos de certos bens e

⁵⁵ MIRAGEM, Bruno. *Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor*, p. 27. Apud NANNI, Giovanni Ettore. *Relação de consumo: uma situação jurídica em interação entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil*, p. 111-155 e 114-115. In: LOTUFO, Renan (Coord.). *20 anos do código de defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁵⁶ NANNI, Giovanni Ettore. *Relação de consumo: uma situação jurídica em interação entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil*, p. 111-155 e 115. In: LOTUFO, Renan (Coord.). *20 anos do código de defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁵⁷ BENJAMIN, Antonio Herman. Apresentação à 1ª edição. In: MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 11.

serviços (como é o caso da água, energia elétrica, etc.)⁵⁸ delimita a liberdade de com quem contratar⁵⁹.

No oportuno magistério de Enzo Roppo, uma das formas mais relevantes de restrição à liberdade contratual está contida nesses contratos de adesão:

Nas análises dedicadas ao contrato na sociedade contemporânea, é actualmente quase um lugar comum ver nos contratos standard o fenómeno através do qual se consubstanciam, hoje, algumas das mais significativas e graves formas de restrição da liberdade contratual. O fenómeno consiste no seguinte: quem, pela sua posição e pelas suas actividades económicas, se encontra na necessidade de estabelecer uma série indefinida de relações negociais, homogéneas no seu conteúdo, com uma série, por sua vez indefinida, de contrapartes, predispõe, antecipadamente, um esquema contratual, um complexo uniforme de cláusulas aplicáveis indistintamente a todas as relações da série, que são, assim, sujeitas a uma mesma regulamentação; aqueles que, por seu lado, desejam entrar em relações negociais com o predisponente para adquirir os bens

⁵⁸ Sobre os contratos standardizados, Enzo Roppo acrescenta que “é possível falar, sem mais, de uma restrição da liberdade contratual de uma das partes da relação: no sentido em que ao aderente está, de facto, vedado o exercício de uma real autodeterminação, em ordem aos aspectos fundamentais em que se articula o poder de autonomia privada. Ele não é livre [...] de discutir e contribuir para determinar o conteúdo do regulamento contratual; mas não é livre, sequer, na alternativa de contratar ou não contratar, porque quando a adesão ao contrato standard constitui o único meio de adquirir bens ou serviços essenciais e indispensáveis á vida de todos os dias, trata-se, na realidade, de uma escolha obrigada; e, muitas vezes, por fim, não é livre, nem mesmo na individualização do parceiro com quem quer contratar: isto acontece todas as vezes que tais bens ou serviços são oferecidos ao público por uma empresa em posição de monopólio”. Continua o autor: “[...] a liberdade contratual de uma das partes expande-se e potencia-se, por assim dizer, à custa da liberdade contratual da outra: e a substancial compressão da liberdade contratual desta última tem a sua causa directa no mais completo e não contrariado exercício da liberdade contratual que a contraparte, graças à sua posição economicamente, tem o poder de desenvolver. Como bem se compreende, o caso é completamente diferente daqueles em que a restrição da autonomia privada emerge de vínculos formalmente impostos a ambos os contraentes por uma fonte que lhes é estranha, constituindo expressão do poder público: a lei, o juiz, a autoridade administrativa”. Desta feita, conclui que “[...] a origem das restrições à liberdade contratual radica, ao fim e ao cabo, no próprio princípio da liberdade contratual [...]” (ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988. p. 317 e 318).

⁵⁹ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 195.

ou os serviços oferecidos por este, não discutem nem negociam singularmente os termos e as condições de cada operação, e, portanto, as cláusulas do contrato respectivo, mas limitam-se a aceitar em bloco (muitas vezes sem sequer as conhecer completamente) as cláusulas, unilateral e uniformemente, predispostas pela contraparte, assumindo, deste modo, um papel de simples aderentes (fala-se, de facto, também de *contratos por adesão*).⁶⁰

Mas o que se pode entender por relação de consumo, cujo contrato de consumo é a consequência?

A relação de consumo é aquela que se dá entre aquele que “exerce atividade profissional organizada (denominado *fornecedor*) e o eventual adquirente ou utente dos bens ou serviços que forneça ao público (denominado *consumidor*)”⁶¹. Diferente do que apregoa a relação civil onde se tem partes iguais, as quais, regra geral, estipulam as cláusulas que regerão o negócio jurídico firmado, a relação de consumo ocorre entre partes juridicamente desiguais.

Antonio Herman Benjamin enfatiza que a fragilidade do consumidor é destacada em três momentos principais de sua existência no mercado: antes, durante e depois da contratação⁶².

Nesse viés de proteção, a Constituição Federal e, conseqüentemente, o Código de Defesa do Consumidor é explícito em tornar viável a busca do consumidor, sujeito de direitos, por uma tutela efetiva de seus direitos.

As divergências de concepções e interesses cada vez mais marcados pelos contratos massificados formam um terreno propício para o fomento de desigualdades, para a discriminação.

Comporta também registrar o ensinamento do jurista argentino Iturraspe:

Para nosotros, el contrato desde la visión clásica presuponía la discusión o al menos la posibilidad de su existencia; las

⁶⁰ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988. p. 312.

⁶¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contratos no código do consumidor, p. 171-181 e 172. In: MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Claudia Lima (Org.). *Direito do consumidor: contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. IV, 2011.

⁶² BENJAMIN, Antonio Herman. Apresentação à 1ª edição. In: MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 11.

*partes se pensaban como "libres, iguales y fraternas", dispuestas a defender sus derechos; la concepción moderna ha impuesto la contratación masiva o de ventanilla, o de formulario, donde una parte "fuerte" dispone las cláusulas y la otra, "débil", se limita a dar su adhesión. La contratación por adhesión ha posibilitado, a la vez, la contratación sobre la base de "cláusulas generales". El contrato que nace de la discusión se denomina "discrecional"; el que nace de la adhesión se llama "predispuesto". Ver art. 899 del Proyecto del '98. Las cláusulas generales adquieren poder jurigenético a partir de su incorporación al contrato, no lo tienen antes; no son normas imperativas nacidas de los usos empresarios.*⁶³

A igualdade, objeto e fundamento deste estudo, não é aquela disposta nas esferas religiosas e científicas, e, sim, na esfera social.

Vários podem ser os motivos a serem apontados como ensejadores da proteção jurídica contra a discriminação, entre eles pode-se afirmar a necessidade de inclusão do outro, a eliminação das barreiras econômicas.

No sentido amplo e formal poderão existir situações de discriminação ou diferenciação lícita permitida e até mesmo situações de discriminação devida ou imposta. Assim, no estudo dos limites da autonomia privada resultantes da proibição de discriminação, deve se dar atenção especial à linha de fronteira entre a proibição e a permissão de diferenciação, pois não se pode olvidar que é lícita a diferenciação imposta.

Embora a listagem não seja fechada, Jorge Cesa Ferreira da Silva defende que três são as modalidades de discriminação vedadas que são referidas nas legislações e decisões: discriminação direta, indireta e assédio.

A discriminação direta ocorre quando uma pessoa em razão de possuir alguns sinais discriminatórios (entre outros, raça, cor, sexo, idade e religião) recebe tratamento menos vantajoso daquele que foi dado a alguém em situação similar. Já a discriminação indireta é constatada quando um critério ou prática aparentemente neutra coloque portadores de sinais de discriminação em situação de desvantagem em relação a outras, salvo se for justificável por um critério legítimo, lícito e não discriminatório em si. E, por fim, o assédio é o comportamento indesejado relacionado a algum sinal de discriminação,

⁶³ ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidad civil y contratos:responsabilidade precontractual*. 1. ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2006. p. 25, nota de rodapé 27.

com o objetivo de violar a dignidade humana e de criar um ambiente hostil, humilhante⁶⁴.

A discriminação ou a desigualdade é um fenômeno social que desponta do processo de interação social das pessoas na vida cotidiana.

Os comportamentos discriminatórios podem afetar o indivíduo singularmente, como também um coletivo de pessoas. Neste caso, a proibição da discriminação vai além da esfera individual.

Cumprе mencionar que a proteção contra a discriminação não é exclusiva do indivíduo, isoladamente, mas, ao grupo que pertence e à sociedade em geral. Pretende-se, na verdade, “a proteção da dignidade da pessoa humana como indivíduo”⁶⁵.

Paulo da Mota Pinto não despreza que em muitos casos a escolha e a distinção de tratamento na celebração de contratos é a expressão das convicções ou formas de vida que uma pessoa leva, o que em geral não é proibido. Destaca que há regras que visam a assegurar a convivência pacífica entre os membros em sociedade, mesmo com suas diversas convicções e formas de vida. Essas regras são exigências morais mínimas, limites que têm de ser aceitos, verdadeira moldura, que não necessitam de adesão prévia, são regras sobre o justo⁶⁶.

As regras do justo se sobrepõem às do bem e corresponde a uma exigência de neutralidade do Estado. O imperativo de neutralidade refere-se à fundamentação.

Importante consignar que a neutralidade exigida do Estado não pode ser exigida do cidadão. É apenas a proteção do núcleo da dignidade humana que não é posta em causa e antes se deve considerar pressuposta no imperativo de neutralidade ética do Estado, que pode estar em jogo na proteção contra a discriminação no Direito Privado.

⁶⁴ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. A proteção contra discriminação no direito contratual brasileiro. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, p. 402.

⁶⁵ PINTO, Paulo da Mota. Autonomia privada e discriminação: algumas notas. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 319.

⁶⁶ PINTO, Paulo da Mota. Autonomia privada e discriminação: algumas notas. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 331.

Carlos Ferreira de Almeida destaca acerca do modelo liberal que “as suas referências socioeconômicas não suportam o contraste com a realidade da massificação dos contratos e com as consequentes desigualdades entre as partes nos níveis de informação de poder econômico”⁶⁷. A expressão “liberdade contratual” – uma das facetas da autonomia privada – toma o lugar de autonomia da vontade⁶⁸.

Como bem destaca Paulo Mota Pinto:

[...] a proteção contra a discriminação pode igualmente ter uma finalidade reportada à sociedade globalmente considerada. A manutenção da paz e da harmonia entre os membros da sociedade – entre os indivíduos e entre os grupos – e a manutenção das condições para uma formação de vontade democrática requer a integração – e não a segregação em “condomínios” ou ghettos (ainda que em nome, ou como resultado, da defesa de uma “opção multiculturalista”. [...] A proteção contra a discriminação tem igualmente como finalidade assegurar efectivas possibilidades de participação a indivíduos e grupos, evitando, assim, ao nível social geral, o colapso das condições para a integração social.⁶⁹

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na perspectiva constitucional, a igualdade é prevista como um direito fundamental no art. 5º, *caput*, o qual dispõe que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Assim como a igualdade formal é prevista, a desigualdade e a necessidade de sua superação são reflexas. De tal modo, a vedação da discriminação decorre do princípio da igualdade e da proteção à dignidade humana.

A preocupação com a igualdade real das partes passa a ser evidente.

⁶⁷ Carlos Ferreira de Almeida apud Malfatti, Alexandre. Liberdade contratual. In: LOTUFO, Renan (Coord.). *Cadernos de autonomia privada*. Curitiba: Juruá, 2001. p. 22.

⁶⁸ Malfatti, Alexandre. Liberdade contratual. In: LOTUFO, Renan (Coord.). *Cadernos de autonomia privada*. Curitiba: Juruá, 2001. p. 22.

⁶⁹ PINTO, Paulo da Mota. Autonomia privada e discriminação: algumas notas. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 320.

Interessante notar que

a igualdade é uma das metanarrativas da modernidade, mas a pós-modernidade tende a destacar o que há de “diferente” e “privilegiador” nestes direitos humanos, permitindo a desigualdade formal para atingir a igualdade material. No caso do CDC, asseguram-se direitos ao consumidor para alcançar a igualdade material dos desiguais, garantem-se direitos de escolha, reflexão, informação e transparência para proteger sua abalada liberdade ou autonomia de vontade nos contratos.⁷⁰

A liberdade sofre limitação com a nova teoria contratual, possibilitando a incursão nos contratos de obrigações não desejadas pelas partes, obrigações estas provenientes da lei, a qual, nesta nova concepção de contrato, predomina em relação à vontade.

A nova concepção de contrato, como observa Claudia Lima Marques,

é uma concepção social deste instrumento jurídico, para a qual não só o momento da manifestação da vontade (consenso) importa, mas onde também e principalmente os efeitos do contrato na sociedade são levados em conta e onde a condição social e econômica das pessoas nele envolvidas ganha em importância.⁷¹

Assim, a vulnerabilidade, marca registrada do consumidor, alicerça sua proteção jurídica por parte do Estado nos contratos de consumo, abandonando-se o paradigma da igualdade formal para se buscar a igualdade material. Nesta direção, amplia-se o espectro da tutela consumidor, para alçar a direito fundamental sua defesa, protegendo constitucionalmente aquele que, no caso concreto, encontra-se em situação de vulnerabilidade.

Nesse cenário, os direitos fundamentais são direitos contemplados na Constituição Federal e reconhecidos como sendo um conjunto de direitos e garantias do ser humano, cujo principal desígnio é o respeito à sua dignidade, não se podendo olvidar da proteção ao poder estatal que proporcionam, bem como

⁷⁰ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 266.

⁷¹ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 210.

a garantia das condições mínimas de vida e desenvolvimento do ser humano. Essa garantia pode ser interpretada com vistas ao respeito à vida, à liberdade, à igualdade e à dignidade, para o pleno desenvolvimento da personalidade da pessoa.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Os direitos dos consumidores*. Coimbra: Livraria Almedina, 1982, p.13. Apud LOTUFO, Renan (Coord.). *Cadernos de autonomia privada*. Curitiba: Juruá, 2001.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre autonomia negocial. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BENJAMIN, Antonio Herman. Apresentação à 1ª edição. In: MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

FACHIN, Luiz Edson. *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. São Paulo: Renovar, 2000.

FIUZA, Cesar; ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Contratos de adesão*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ITURRASPE, Jorge Mosset. *La Revisión del Contrato*. 1. ed. Santa Fé: Rubinzal Culzoni, 2008.

_____. *Responsabilidad civil y contratos: responsabilidad precontractual*. 1. ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2006.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 79. Apud RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Contratos no código do consumidor*, p.171-181. In: MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Claudia Lima (Org.). *Direito do consumidor: contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. IV, 2011.

LOTUFO, Renan (coord.). *Cadernos de direito civil-constitucional: caderno nº 2*. Curitiba: Juruá, 2001.

LORENZETTI, Ricardo Luís. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MALFATTI, Alexandre. Liberdade contratual. In: LOTUFO, Renan (Coord.). *Cadernos de autonomia privada*. Curitiba: Juruá, 2001.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MATTIETO, Leonardo. *O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos*. Problemas de direito civil constitucional. Coord. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MIRAGEM, Bruno. *Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor*, p. 27. Apud NANNI, Giovanni Ettore. *Relação de consumo: uma situação jurídica em interação entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil*, p. 111-155. In: LOTUFO, Renan (Coord.). *20 anos do código de defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *A obtenção dos direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Atualizadores: Paulo Mota Pinto e Antonio Pinto Ribeiro. Coimbra: Coimbra, 2005, p.103. Apud RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011.

NANNI, Giovanni Ettore. A autonomia privada sobre o próprio corpo, o cadáver, os órgãos e tecidos diante da Lei Federal nº 9.434/1997 e da Constituição Federal. In: LOTUFO, Renan (Coord.). *Cadernos de direito civil-constitucional: caderno nº 1*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

_____. *Relação de consumo: uma situação jurídica em interação entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil*, p. 111-155. In: LOTUFO, Renan (Coord.). *20 anos do código de defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2011.

NEUNER, Jörg. O princípio de igualdade de tratamento no direito privado alemão. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v. 37 (jan./mar. 2009), 2000.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2010.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *Contrato e direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2009.

PINTO, Paulo da Mota. Autonomia privada e discriminação: algumas notas. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Livraria Almedina, 1982.

RIBEIRO, Joaquim de Souza. *O problema do contrato*, p. 48-51. Apud GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. A proteção contra discriminação no direito contratual brasileiro. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

AINDA CONSIDERAÇÕES ACERCA DA LEI Nº 12.403/2011 E DAS MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL: EM BUSCA DE CRITÉRIOS PARA CONCRETIZAR AS LIMITAÇÕES IMPLEMENTADAS¹

*SOME CONSIDERATIONS CONCERNING THE LAW 12.403/2011 AND THE
PRECAUTIONARY MEASURES IN CRIMINAL PROCEDURE: SEARCHING
PARAMETERS TO ACHIEVE THE DEPLOYED LIMITATIONS*

Vinicius Gomes de Vasconcellos²

Mestrando em Ciências Criminais pela PUCRS

RESUMO: Este artigo pretende analisar o regime jurídico das medidas cautelares pessoais no processo penal brasileiro, concedendo-se fundamental enfoque às principais inovações trazidas pela recente reforma, mas não deixando de lado críticas que ainda persistem em tal modelo. Portanto, pretende-se estudar as alterações trazidas pela Lei nº 12.403/2011, buscando tecer críticas que aspirem a racionalização do cenário atual. Ou seja, pensa-se que, embora transcorridos dois anos de sua

promulgação, a constata análise dos dispositivos se impõe, diante dos ainda escassos resultados trazidos por suas mudanças.

PALAVRAS-CHAVE: Processo penal; Lei nº 12.403/2011; medidas cautelares.

ABSTRACT: *This article aims to examine the legal status of precautionary measures in Brazilian criminal procedure, giving up fundamental attention to the major innovations brought by the recent reform, but not leaving aside the critics that*

¹ Artigo extraído parcialmente dos resultados de Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, aprovado com a nota máxima e com indicação para publicação pela banca examinadora composta por: Professor Dr. Giovanni Saavedra (orientador), Professor Dr. Aury Lopes Jr. e Professor Dr. Nereu José Giacomolli; e de trabalho apresentado no 3º Congresso Internacional de Ciências Criminais, realizado nos dias 26, 27 e 28 de setembro de 2012 na PUCRS.

² Especialista em Justiça Penal pela Universidade Castilla-La Mancha (Espanha). Bacharel em Direito pela PUCRS. Bolsista de Iniciação Científica CNPq/PIBIC (2009/2012), vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS.

must persist in such model. Therefore, we intend to study the changes introduced by Law 12.403/2011, seeking to rationalize the current scenario. Even two years later from the outcome, the analysis of its changes is necessary, especially knowing the recent numbers of provisional detentions in Brazil.

KEYWORDS: *Criminal procedure; Law 12.403/2011; precautionary measures.*

SUMÁRIO: Introdução; I – Considerações preliminares. Definições básicas e delimitações essenciais em matéria de medidas cautelares no processo penal brasileiro; II – Alterações apresentadas pela reforma de 2011. O modelo polimorfo e as cautelares diversas. Finalmente, o contraditório. O flagrante no seu devido lugar. O ressurgimento da fiança; III – Questionamentos e críticas ainda pertinentes. A necessidade de estipulação de limites (prazos e revisão periódica). Os reflexos dos rancos inquisitivos (juiz atuante e ordem pública); Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; I – Preliminary Considerations. Basic definitions and essential delineations regarding precautionary measures in Brazilian criminal proceedings; II – Changes brought by 2011 reform. The polymorph model and the alternative measures. Finally, the contradictory. The flagrant in its place. The resurgence of bail; III – Questions and criticisms that are still relevant. The need of limits (deadlines and periodic review). The reflections of inquisitive prejudices (acting judge and public order); Final Thoughts; References.*

INTRODUÇÃO

A partir da análise do cenário jurídico brasileiro atual, percebe-se a utilização rotineira e sem limites de medidas cautelares, em especial da prisão preventiva, as quais deveriam ser restritas a casos excepcionais. É nesse momento desordenado que surgiu a Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. A partir da inovadora previsão de medidas cautelares alternativas à prisão, pretendeu-se fornecer opções intermediárias ao juiz, posto que anteriormente só havia a possibilidade de segregação ou plena liberdade. Há, portanto, uma clara intenção descarcerizadora, que, todavia, não deve impedir a análise crítica dos reflexos latentes a tais novidades.

Passados dois anos da promulgação de tal reforma no processo penal brasileiro, surgem questionamentos instigados por recentes dados que atestam a persistência do cenário caótico que originou a Lei nº 12.403 e que pretendia por ela ser alterado. Conforme estatísticas apresentadas pelo Departamento

Penitenciário Nacional do Ministério Justiça brasileiro, a quantidade de prisões cautelares depois de um ano de implementado o novo regime continuava altíssima. Assim, os meios de comunicação, que temiam o “esvaziamento das cadeias com a soltura de milhares de presos perigosos”, apontaram que: “Lei da nova fiança completa 1 ano, mas não reduz lotação de cadeias. Objetivo da lei era diminuir as prisões provisórias, mas número aumentou”³. Assim também se posicionou o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, ao analisar o modelo cautelar do nosso país, dizendo que “estudos indicam que, até aqui, a Lei nº 12.403/2011 teve pouco impacto na diminuição da população carcerária brasileira”, pois “embora o número de presos provisórios tenha crescido menos (em 2011, o aumento foi de 1%, ao passo que em 2010 foi de 2,9%), ainda há 217 mil pessoas encarceradas provisoriamente”⁴.

Assim, este artigo pretende analisar o regime jurídico das medidas cautelares pessoais no processo penal brasileiro, concedendo-se fundamental enfoque às principais inovações trazidas pela nova legislação, mas não deixando de lado críticas que ainda persistem em tal modelo. Preliminarmente, serão traçadas delimitações e definidas noções básicas em matéria de prisões e medidas cautelares no processo penal brasileiro, distinguindo seus tipos e suas possibilidades e estruturando uma teoria geral dos fundamentos de tal matéria. Em seguida, pretende-se examinar em detalhe as alterações centrais apresentadas pela Lei nº 12.403/2011, como a adoção de um modelo polimorfo (e a consequente subsidiariedade da prisão em relação às demais cautelares diversas), a positivação da necessidade de respeito ao contraditório, a devida caracterização da prisão em flagrante como medida pré-cautelar e o ressurgimento do instituto da fiança (e de seus questionamentos). Por fim, é imprescindível apontar algumas das diversas críticas ainda pertinentes em tal modelo, especialmente a necessidade de fixação de limites à aplicação de medidas cautelares, com a delimitação de prazos com consequências jurídicas e a obrigatoriedade de revisão periódica da decisão. Além disso, percebe-se que persistem ranços inquisitoriais na recente legislação, posto que foram mantidas as possibilidades de decretação de prisão cautelar fundamentada nas indefinidas ordens pública e econômica e de atuação de ofício do juiz, abrindo espaços que podem por em risco a pretensão de esquematizar um modelo acusatório.

³ Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/07/lei-da-nova-fianca-completa-1-ano-mas-nao-reduz-lotacao-de-cadeias.html>>. Acesso em: 6 mar. 2013.

⁴ Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-fev-09/observatorio-constitucional-abuso-prisoas-provisorias-pais>>. Acesso em: 6 mar. 2013.

Portanto, pretende-se analisar o regime das medidas cautelares pessoais no processo penal brasileiro, conforme as alterações trazidas pela Lei nº 12.403/2011, buscando tecer críticas que aspirem traçar considerações para efetivar a racionalização do cenário atual. Ou seja, pensa-se que, embora transcorridos dois anos de sua promulgação, a constate análise dos dispositivos se impõe, diante dos ainda escassos resultados trazidos por suas mudanças.

I - CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES. DEFINIÇÕES BÁSICAS E DELIMITAÇÕES ESSENCIAIS EM MATÉRIA DE MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Inicialmente, para a devida compreensão do debate que tem por objeto o presente trabalho, se faz necessária uma breve análise das previsões do Código de Processo Penal brasileiro em relação a prisões e medidas cautelares. Não há, em nosso ordenamento criminal, uma delimitação de um processo penal cautelar autônomo (e, conseqüentemente, inexistente ação cautelar penal), mas sim diversas medidas cautelares, não só de natureza pessoal, as quais atuam de modo incidental ao processo de conhecimento.

Os provimentos cautelares penais, conforme Rogério Cruz⁵, podem ser divididos em pessoais (prisões provisórias e cautelares diversas), patrimoniais ou reais (sequestro, arresto e hipoteca legal) e instrutórios (produção antecipada de prova). Tais medidas possuem um traço em comum que irá determinar, de modo essencial, a interpretação de todos os institutos e fundamentos em tal matéria, qual seja, a cautelaridade. Este conceito está diretamente relacionado à instrumentalidade da medida, posto que sua existência deve ter como único objetivo estar a serviço do processo de conhecimento. Desse modo, esclarece Lopes Jr.: “É importante fixar esse conceito de instrumentalidade qualificada, pois só é cautelar aquela medida que se destinar a esse fim (servir ao processo de conhecimento). E somente o que for verdadeiramente cautelar é constitucional”⁶.

Devemos, então, traçar os fundamentos de qualquer⁷ medida cautelar no processo penal brasileiro, embora aqui se esboquem considerações essencialmente

⁵ CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão cautelar*. Dramas, princípios e alternativas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 186 e 187.

⁶ LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 83.

⁷ Embora exista quem sustente a desnecessidade de suporte probatório de materialidade e indícios de autoria para a decretação de prisão temporária (NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e liberdade*. As reformas processuais penais introduzida pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: RT, 2011.

direcionadas às medidas pessoais. Em que pesem as variações doutrinárias na questão terminológica⁸, podemos distinguir pressupostos que devem ser analisados para justificar a decisão judicial. Neste ponto, são essenciais considerações iniciais em relação à indevida utilização de conceitos processuais civis em matéria processual penal⁹.

Aury Lopes Jr.¹⁰ inicia sua crítica à teoria geral do processo relacionando (a partir dos ensinamentos de Carnelutti) a fábula infantil da Cinderela às aporias causadas pela utilização acrítica de categorias do processo civil em matéria penal. Ele sustenta que o processo penal é a irmã preterida, que foi moldada a partir das roupas das outras e, desse modo, teve sua autonomia e complexidade relativizadas. É evidente que diversas categorias processuais não podem ser transportadas, “importadas”, pois tamanha falta de critérios pode acarretar violações insuperáveis aos fundamentos do processo em âmbito criminal. Aponta-se que “são a ausência de liberdade e a relação de poder instituída (em contraste com a liberdade e a igualdade) os elementos fundantes de uma diferença insuperável entre o processo civil e o penal”¹¹. Para Loureiro, a teoria geral do processo é “[...] um discurso universalista, que seria capaz de conglobar, sob o mesmo manto de princípios informadores, o direito processual civil, o penal e mesmo outros ramos como trabalhista e administrativo, embora sejam áreas tão dissociadas”¹².

p. 27), a nosso ver é cristalina a necessidade de atendimento aos pressupostos gerais das medidas cautelares, visto que, em entendimento diverso, seriam legitimadas prisões totalmente infundadas e excessivamente discricionárias. Além disso, diversas e justificadas são as críticas acerca do instituto da prisão temporária (neste sentido, ver: PEDROSA, Ronaldo Leite. Medidas cautelares e presunção de inocência: a resposta do projeto. In: COUTINHO, Jacinto; CARVALHO, Luis G. Grandinetti de (Org.). *O novo processo penal à luz da constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 297).

⁸ Sobre isso ver: CRUZ, Rogerio Schietti Machado. Op. cit., p. 187.

⁹ Não se pode deixar de apontar que a crítica em relação ao transplante acrítico de categorias do processo civil em matéria de cautelares penais é direcionada essencialmente às medidas pessoais, posto que, em termos de assecuratórias/reais, tal posicionamento pode ser menos rigoroso, por haver estreita vinculação destas com um interesse patrimonial a ser satisfeito na esfera civil. Sobre isso ver: LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Vol. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 179-181

¹⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. II, 2010. p. 33-36.

¹¹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. I, 2010. p. 36.

¹² LOUREIRO, Antonio Carlos Tovo. Nulidade e limitação do poder de punir: análise de discurso de acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Dissertação de Mestrado em Ciências Criminais pela Faculdade de Direito. PUCRS, Porto Alegre, 2008. p. 31.

Tal impossibilidade de uniformidade em matéria processual é ressaltada em termos de medidas cautelares, posto que, especialmente em termos pessoais, as medidas atingem a pessoa humana e o protegido direito à liberdade, sendo a distinção essencial para a construção de um sistema processual garantidor dos direitos fundamentais. O transplante de categorias é perceptível nos ensinamentos da doutrina majoritária, que vem sendo duramente criticada, ao apontar as definições de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Na desconstrução de tais conceitos, impõe-se a citação de Aury Lopes Jr.:

No processo penal, o requisito para a decretação de uma medida coercitiva não é a probabilidade de existência do direito de acusação alegado, mas sim de um fato aparentemente punível. Logo, o correto é afirmar que o requisito para a decretação de uma prisão cautelar é a existência de *fumus commissi delicti*, enquanto probabilidade da ocorrência de um delito (e não de um direito), ou, mais especificamente, na sistemática do CPP, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.¹³

Em relação ao fundamento da medida cautelar, percebe-se que o perigo em matéria processual penal não decorre do tempo, mas sim do estado de liberdade do imputado, sendo, portanto, um *periculum libertatis*. Neste sentido, seguimos com Lopes Jr.:

O perigo não brota do lapso temporal entre o provimento cautelar e o definitivo. Não é o tempo que leva ao perecimento do objeto. O risco no processo penal decorre da situação de liberdade do sujeito passivo. Basta afastar a conceituação puramente civilista para ver que o *periculum in mora* no processo penal assume o caráter de perigo ao normal desenvolvimento do processo (perigo de fuga, destruição da prova) em virtude do estado de liberdade do sujeito passivo. Logo,

¹³ LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 8.

o fundamento é um *periculum libertatis*, enquanto perigo que decorre do estado de liberdade do imputado.¹⁴

Portanto, conclui-se que, para a decretação de qualquer medida cautelar no processo penal, é essencial o preenchimento de pressupostos essenciais: *fumus commissi delicti*, que diz respeito ao requisito fático de que existam nos autos do inquérito policial, das peças de informação ou do processo prova da ocorrência de uma infração penal e indícios suficientes de que o sujeito passivo que sofrerá a medida foi seu autor ou partícipe; e, *periculum libertatis*, que essencialmente relaciona-se ao perigo que o estado de liberdade do imputado pode acarretar ao normal desenvolvimento do processo.

Esclarecidos as espécies e os fundamentos gerais supraexpostos, devemos realizar breve análise das possibilidades de prisão no ordenamento pátrio. Conforme o art. 5º, inciso LXI, da Constituição Federal, ninguém pode ser preso antes de sentença condenatória definitiva, salvo se autuado em flagrante delito ou mediante ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária, exceto casos militares. Pode-se perceber que se diferenciam três espécies de cárcere: a prisão-pena, o flagrante e a cautelar. A primeira se dá somente após sentença condenatória transitada em julgado e, conseqüentemente, determina-se que uma pessoa só pode ser considerada culpada e punida depois de condenação judicial sem mais possibilidade de recursos. A prisão em flagrante será estudada a seguir, diante das alterações sofridas com a Lei nº 12.403/2011, mas devemos adiantar que a distinção de tal espécie se dá devido à sua pré-cautelaridade. Por fim, atentemos para as possibilidades de cárcere cautelar.

Inicialmente, devemos observar a nova redação do art. 283 do Código de Processo Penal: “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”. Tal dispositivo foi devidamente atualizado para se conformar com as previsões constitucionais, determinando, de modo claro e adequado, a estrita necessidade de decisão judicial para manter qualquer pessoa presa.

¹⁴ Idem, p. 9.

De tal disposição distinguimos as duas espécies de prisão cautelar: temporária¹⁵ e preventiva. Embora parte conservadora da doutrina¹⁶ enumere outras possibilidades, estas podem ser questionadas, especialmente após as reformas processuais de 2008. A prisão em flagrante, como já dito anteriormente, deve ser considerada pré-cautelar, ponto que será explicado adiante. Sobre as demais hipóteses, irretocável é a refutação de Rogério Cruz:

No que diz respeito com a prisão decorrente de pronúncia e de sentença condenatória recorrível, a mudança legislativa consolidou o entendimento de que esses dois atos processuais não podem mais constituir título autônomo de prisão cautelar. Antes, exigem que o juiz, ao pronunciar ou ao condenar o réu, promova uma análise sobre a liberdade deste, quer para mantê-la ou suprimi-la, quer para restaurá-la, o que fará à luz dos pressupostos e requisitos de validade da prisão preventiva, indicados no art. 312 do Código de Processo Penal.¹⁷

Agora que se entendeu as possibilidades, as espécies e os fundamentos essenciais das prisões, podemos analisar dois conceitos importantes. Inicialmente, decomponhamos a seguinte definição de Odone Sanguiné:

A prisão cautelar pode ser definida como uma medida coativa cautelar pessoal que implica uma provisória limitação da liberdade, em um estabelecimento penitenciário, de uma pessoa contra quem, embora considerada juridicamente inocente, formula-se uma imputação de um delito de especial gravidade, decretada motivadamente por um órgão jurisdicional, na fase investigatória ou no curso do processo penal,

¹⁵ A prisão temporária não será estudada em ponto específico neste trabalho, posto que a pretensão deste limita-se a uma análise não exaustiva das previsões normativas, visando-se, na verdade, a uma crítica criminológica, como exposto anteriormente (vide introdução). A prisão provisória é regulada em legislação extravagante, Lei nº 7.960/1989, também sendo vinculada aos requisitos e fundamentos aqui estudados, mas atentando-se para as suas regras específicas. Sobre isso ver: CRUZ, Rogério Schiatti Machado. *Op. cit.*, p. 188-197; LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 139-148.

¹⁶ LIMA, Marcellus Polastri. *Da prisão e da liberdade provisórias (e das medidas cautelares substitutivas da prisão) na reforma de 2011 do Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 45.

¹⁷ CRUZ, Rogério Schiatti Machado. *Op. cit.*, p. 54.

em caráter excepcional e com duração limitada, antes do trânsito em julgado de sentença condenatória penal, com a finalidade cautelar de garantir o normal desenvolvimento do processo penal de cognição e de execução para evitar um risco: (a) de ocultação, alteração ou destruição de fontes de prova ou de colocação em perigo da vítima ou outros sujeitos processuais; (b) de fuga; (c) de reiteração delitiva.¹⁸

Percebe-se que tal conceito em muito contribui para o esclarecimento preciso do tema analisado neste artigo, mas certas questões devem ser feitas. Primeiro, quando se fala em delito de especial gravidade, é necessário cuidado, posto que prisões automáticas por tal motivo devem ser fortemente rechaçadas. Desse modo, tal ponto deve ser tido como referência para os limites previstos no art. 313 do Código Processo Penal, o qual veda a prisão preventiva para crimes culposos ou com pena máxima não superior a quatro anos. Segundo, de tal citação destacam-se dois conceitos que devem ser louvados e garantidos: a excepcionalidade da restrição à liberdade e a necessidade de limite temporal à prisão cautelar. Ambos são questões ainda tormentosas na doutrina nacional, mas que precisam ser tomadas como premissas. Por fim, a possibilidade de reiteração delitiva como fundamento da segregação preventiva é de complicada aceitação. Tal hipótese encontra guarida na previsão de garantia da “ordem pública”, a qual será analisada e criticada no terceiro ponto deste estudo.

Atentemos, então, para as propostas de Alberto Binder:

[...] embora seja possível aplicar dentro do processo a própria força do poder penal como uma renúncia clara, por motivos práticos, dos princípios do Estado Democrático de Direito, deve-se ter em conta que a aplicação da força, particularmente a prisão preventiva, só será legítima, do ponto de vista da Constituição, se for uma medida excepcional, se sua aplicação for restritiva, se for proporcional à violência da condenação, se respeitar os requisitos fundamentais, isto é, se existe a mínima suspeita com fundamento, se demonstrada claramente a necessidade de se evitar a fuga do acusado,

¹⁸ SANGUINÉ, Odone. Efeitos perversos da prisão cautelar. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 86, ano 18, p. 290, set./out. 2010.

se está limitada temporalmente de um modo absoluto e se é executada levando em consideração sua diferença essencial com relação a uma pena.¹⁹

Tal assertiva se mostra fortemente preocupada com a conformidade constitucional e com a necessidade de limitação do poder punitivo, de modo a ponderar diversos requisitos para o uso da força do poder penal dentro do processo, ou seja, para a utilização legítima de uma prisão cautelar. Tal pretensão é, portanto, louvável e deve ser utilizada como base de diversos questionamentos. Percebe-se que a ideia de excepcionalidade da prisão sem condenação definitiva precisa ser adotada como premissa, posto que tal possibilidade viola frontalmente diversos princípios do Estado Democrático de Direito. Para sua decretação, é essencial um suficiente amparo probatório em relação ao fato delituoso e à sua autoria, e, além disso, Binder²⁰ é restritivo ao sustentar como único caso passível de prisão processual a probabilidade concreta de fuga do acusado. Há ainda as obrigações de fixação de prazo máximo para a medida e de distinção em relação à prisão-pena, ambos imperativos desprezados na realidade brasileira.

Antes de darmos seguimento ao próximo ponto de estudo, não se poderia deixar de tecer breves apontamentos acerca da difícil coexistência entre as prisões cautelares e o princípio da presunção de inocência (ou da não culpabilidade). Como já dito anteriormente, a prisão como punição só é legítima em um Estado Democrático de Direito após uma condenação transitada em julgado (sem mais possibilidade de recursos). Surge, então, a questão: Como pode ser fundamentado o cárcere durante o processo? Por que se prenderia alguém que ainda não é culpado? O único modo de compatibilização, a nosso ver, se dá a partir da máxima conformidade constitucional em relação aos fundamentos da cautelaridade e da rígida análise da necessidade de tal violadora medida. As prisões cautelares, assim como o encarceramento como um todo, devem ser evitados e restringidos ao mínimo possível. Neste sentido, atentemos para Rogério Cruz:

Como regra de tratamento, o princípio da presunção de inocência exige que o acusado seja tratado com respeito à sua pessoa e à sua dignidade e que não seja equiparado àquele sobre quem já pesa uma condenação definitiva. Equivale isso a dizer, no que concerne ao tema objeto

¹⁹ BINDER, Alberto M. *Introdução ao direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 154.

²⁰ Neste sentido ver: BINDER, Alberto M. *Op. cit.*, p. 150-153.

deste estudo, que o acusado somente pode ser preso diante de uma imperiosa necessidade, devidamente justificada e apoiada em critérios legais e objetivos, de modo a conferir o caráter realmente cautelar à prisão *ante tempus*.²¹

II - ALTERAÇÕES APRESENTADAS PELA REFORMA DE 2011. O MODELO POLIMORFO E AS CAUTELARES DIVERSAS. FINALMENTE, O CONTRADITÓRIO. O FLAGRANTE NO SEU DEVIDO LUGAR. O RESSURGIMENTO DA FIANÇA

A partir das exposições apresentadas no item anterior, possibilitou-se o delineamento de uma teoria geral das medidas cautelares, a qual deve pautar todo o presente estudo. Parte-se, neste momento, para uma análise das mudanças legislativas implementadas pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. Não se pretende aqui um exaurimento dos diversos dispositivos alterados, mas sim um exame dos principais pontos inovadores, com o objetivo de traçar as bases deste novo cenário.

Como já descrito anteriormente, a mudança no regime jurídico das medidas cautelares no processo penal se deu em momento de grave tensão no âmbito das ciências criminais. Além do constante questionamento acerca da legitimidade e da eficácia do Direito Penal como mecanismo de controle social, pesquisas apontam a intensa utilização de prisões sem condenação definitiva na justiça brasileira. Tal fato se soma ao caótico panorama do sistema carcerário nacional, que se vê agravado com essas infundadas restrições à liberdade. Visando a tentar modificar esta situação, surge a Lei nº 12.403/2011, fruto de projeto apresentado em 2001 por comissão de juristas constituída para planejar reformas pontuais no ordenamento processual penal brasileiro. Percebe-se que tal concepção idealizada há dez anos sofreu lento e conturbado processo legislativo, o qual acabou por modificar pontos que poderiam ter acarretado maior avanço (conformidade constitucional) ao diploma alterado²².

Iniciemos com o principal ponto alterado, que há muito era protestado pela doutrina brasileira e que marcava um grande atraso do ordenamento pátrio em relação aos diplomas estrangeiros. Anteriormente, o processo penal

²¹ CRUZ, Rogério Schietti Machado. Op. cit., p. 69.

²² Críticas que ainda são pertinentes aos dispositivos legais que regem o processo penal brasileiro em matéria de medidas cautelares serão abordadas ponto III deste artigo.

brasileiro, em termos de medidas cautelares pessoais, conhecia somente dois extremos, a prisão ou a liberdade provisória²³, e havia uma bipolaridade de soluções frontalmente opostas. Conforme Rogério Cruz, “a única medida cautelar alternativa à prisão *ad custodiam* em nosso país era a *liberdade provisória*, que se qualificava, por ser mero substitutivo da prisão em flagrante, como uma contracautela”²⁴.

Com a modificação do Código de Processo Penal, implementaram-se medidas cautelares diversas, previstas nos novos arts. 319 e 320. Dessa forma, adotou-se um modelo polimorfo, em que existem inúmeras alternativas intermediárias à prisão. Neste sentido, sustenta Rogério Cruz:

Com a nova realidade normativa, passou o juiz da causa a dispor de maiores opções - que não apenas a liberdade provisória - para a proteção dos bens e interesses que estejam sob ameaça em razão da existência de um processo penal, sem, necessariamente, sacrificar totalmente a liberdade do acusado, a quem se impõem obrigações adequadas às peculiaridades do caso concreto, de modo proporcional à gravidade do crime e às exigências cautelares.²⁵

Desse modo, a prisão reafirmou-se como a última opção no sistema, consolidando o princípio da excepcionalidade. Neste sentido, atentando para as novas redações dos arts. 282, § 6º, e 310, inciso II, ambos do Código de Processo Penal, podemos concluir que há possibilidade de “prisão preventiva somente quando inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão, aplicadas de forma isolada ou cumulativa”²⁶. A *ultima ratio* da segregação provisória também se fundamenta a partir da presunção de inocência, ditame essencial em um Estado Democrático de Direito, posto que a regra deve ser a liberdade do réu durante o processo penal. Conforme Guilherme Nucci:

²³ Desde já, vale-se da seguinte crítica: “No Brasil, o adjetivo ‘provisória’ acrescido ao vocábulo ‘liberdade’ também é criticado por parte da doutrina, pois denota uma ideia de excepcionalidade da liberdade, quando, na verdade, a exceção é a prisão” (CRUZ, Rogério Schietti Machado. Op. cit., p. 78).

²⁴ CRUZ, Rogério Schietti Machado. Op. cit., p. 131.

²⁵ CRUZ, Rogério Schietti Machado. Op. cit., p. 135.

²⁶ LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 23.

Outro ponto positivo da nova lei é apresentar a prisão preventiva como *ultima ratio* (última opção), primando pelo respeito aos direitos e garantias individuais, de acordo com o princípio penal da intervenção mínima. Eis mais um contato entre princípios penais e processuais penais: a prisão preventiva, tanto quanto a lei incriminadora, passa a ter conotação de *subsidiariedade* (§§ 4º e 6º do art. 282).²⁷

Neste diapasão, devemos observar as diversas medidas cautelares alternativas inseridas no ordenamento brasileiro com a nova redação dos arts. 319 e 320 do Código de Processo Penal:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e liberdade*. As reformas processuais penais introduzida pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: RT, 2011. p. 32.

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser imputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica.

Art. 320. A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

Em relação a tais possibilidades, devemos frisar ponto controvertido na doutrina: a ideia de substituição à prisão cautelar. Inicialmente, houve quem prudentemente sustenta-se que só estariam legitimadas as medidas cautelares diversas em casos de cabimento de prisão preventiva²⁸. Neste sentido, as cautelares alternativas seriam substitutivas e, assim, também limitadas pelo art. 313 do CPP, por exemplo, não podendo ser determinadas para crimes culposos ou dolosos com pena privativa de liberdade igual ou inferior a quatro anos. Esta posição, embora louvável em seu objetivo de evitar a expansão do controle estatal punitivo, tem sido rechaçada pela doutrina majoritária²⁹, possibilitando-se a aplicação ampla, mesmo nos casos em que não seja cabível a prisão preventiva. Entretanto, não devemos esquecer que sempre é necessária a verificação do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*.

Breve apontamento deve ser feito em relação ao chamado poder geral de cautela em matéria processual penal, ou seja, a possibilidade de o juiz aplicar medidas não previstas no rol supratranscrito. Tal posição é aceita por parte da doutrina, que, conforme Rogério Cruz:

²⁸ LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 119-121.

²⁹ Por todos, ver: CRUZ, Rogério Schiatti Machado. Op. cit., p. 141.

[...] cremos ser possível, para prover a exigência cautelar do caso concreto, que se faça uso da analogia e se aplique medida não prevista no Código de Processo Penal, desde que presente a mesma *ratio essendi* da norma positivada em outro diploma (como, *v.g.*, a que justifica o inciso I do art. 22 da Lei Maria da Penha); ou, então, que se dê interpretação extensiva aos incisos que integram o art. 319 do CPP, de modo a abranger situações que a mera literalidade do preceito não pareça autorizar.³⁰

Em sentido diverso, entendendo pela exaustividade³¹ do rol previsto nos arts. 319 e 320 do CPP, sustenta Aury Lopes Jr.:

No processo penal não existem medidas cautelares inominadas e tampouco possui o juiz criminal um poder geral de cautela. No processo penal forma é garantia. Logo, não há espaço para “poderes gerais”, pois todo poder é estritamente vinculado a limites e à forma legal. O processo penal é um instrumento limitador do poder punitivo estatal, de modo que somente pode ser exercido e legitimado a partir do estrito respeito às regras do devido processo. E, nesse contexto, o princípio da legalidade é fundante de todas as atividades desenvolvidas, posto que o *due process of law* estrutura-se a partir da legalidade e emana daí seu poder.³²

Outra importante inovação foi a inserção do contraditório em matéria de medidas cautelares. Ainda que visto com ressalvas por parte da doutrina, a previsão do art. 282, § 3º, do CPP impõe a intimação do imputado para manifestar-se³³ sobre a imposição, cumulação, substituição ou revogação de

³⁰ CRUZ, Rogério Schietti Machado. Op. cit., p. 182. Também: LIMA, Marcellus Polastri. Op. cit., p. 17-28.

³¹ Neste sentido vai o projeto de reforma geral do Código de Processo Penal brasileiro, PLS 156/2009, que define em seu art. 526: “As medidas cautelares dependem de expressa previsão legal [...]”.

³² LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 11.

³³ Questão relevante diz respeito ao meio de manifestação do acusado: Aury Lopes Jr. sustenta que o ideal seria a realização de audiência, posto que a oralidade melhor efetiva o contraditório, mas deve

medida cautelar, ressalvados os casos de urgência ou perigo de ineficácia da medida, ou seja, essencialmente, o risco de fuga. Segundo Scarance Fernandes:

A aplicação de uma medida cautelar será, agora, precedida da intimação da parte contrária, que poderá se manifestar sobre o requerimento ou a representação. Isso não será observado nos casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida. A providência é novidade (§ 3º). Representa fortalecimento do contraditório, mas o faz com comedimento de modo a não tornar inócua a medida a ser imposta.³⁴

Pensa-se que tal obrigatoriedade de manifestação da defesa pode evitar diversas decisões injustas, desde que tal ato seja efetivamente tido como relevante pelo magistrado. Desse modo, só o tempo e a definição jurisprudencial poderão determinar a efetividade de tão louvável mudança ou sua inutilidade prática diante da comum dificuldade de aplicação de medidas mais adequadas aos ditames constitucionais no cenário judicial.

Ademais, a própria definição de contraditório precisa ser estudada atentamente, posto que “[...] não significa apenas ouvir as alegações das partes, mas a efetiva participação com paridade de armas, sem a existência de privilégios, estabelecendo-se uma comunicação entre os envolvidos, mediada pelo Estado”³⁵. Portanto, além de falarem, as partes do processo, especialmente aquele que sofrerá o gravame, devem ser ouvidas, de modo a efetivar a participação democrática e o confronto de argumentos.

Continuando a análise das inovações apresentadas pela Lei nº 12.403/2011, percebe-se a fundamental melhor definição da prisão em flagrante. Embora ainda na redação anterior do parágrafo único do art. 310 tal posição já fosse questionável, ela era tida por muitos³⁶ como medida cautelar, podendo, desse modo, sustentar, por si só, segregações claramente injustificadas. A partir da análise do novel art. 310, positivado em conformidade com a Resolução nº 66

ser concedido, no mínimo, um prazo razoável para a defesa manifestar-se e produzir provas, ainda que de modo escrito (LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 16).

³⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. Medidas cautelares. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, ano 19, n. 224, p. 6, jul. 2011.

³⁵ MORAIS DA ROSA, Alexandre; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. *Para um processo penal democrático*. Crítica à metástase do sistema de controle social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 76.

³⁶ Por todos: NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 54; LIMA, Marcellus Polastri. Op. cit., p. 73-75.

do Conselho Nacional de Justiça, tem-se claramente a precariedade de tal ato, visto que o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, deverá adotar um dos três posicionamentos ali previstos, de modo algum podendo manter o acusado preso com uma mera homologação. Conforme Aury Lopes Jr.:

Precisamente porque o flagrante é uma medida precária, mera detenção, que não está dirigida a garantir o resultado final do processo, é que pode ser praticado por um particular ou pela autoridade policial. Com esse sistema, o legislador consagrou o caráter pré-cautelar da prisão em flagrante.³⁷

Neste sentido, complementa Rogerio Cruz:

Não cuidaremos da prisão em flagrante, porque passa ela a, nitidamente, ter o caráter de pré-cautela, necessária apenas para fazer cessar a atividade criminosa, impedir a fuga do seu autor e preservar a prova para futura avaliação das partes e do juiz natural da causa. A nova disciplina normativa introduzida pela Lei no 12.403/2011 deixa claro, entre outras ilações que de sua leitura podem extrair-se, que a prisão em flagrante possui duração efêmera [...].³⁸

Desse modo, o acusado poderá permanecer preso em decorrência do flagrante por somente vinte e quatro horas. Dentro deste lapso temporal, o juiz deverá receber e analisar o auto de prisão e decidir, conforme o art. 310, entre (a) relaxamento da prisão ilegal, examinando seu aspecto formal e a adequação aos requisitos do art. 302 do Código de Processo Penal; (b) conversão em preventiva, fundamentadamente e analisando o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*; (c) decretação de outra medida cautelar alternativa, mas também atentando para o requisito e fundamento anteriores; ou (d) concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança.

Questão que surge, especialmente entre leigos em matéria processual penal, é o porquê da necessidade de um longo processo nos casos de flagrante cometimento do delito por parte do acusado. Primeiramente, devemos atentar para as espécies de tal prisão no ordenamento brasileiro. Conforme o art. 302

³⁷ LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 30.

³⁸ CRUZ, Rogerio Schietti Machado. Op. cit., p. 185.

do Código de Processo Penal, existem, de modo simplificado, quatro situações de flagrância: 1) durante o cometimento do delito; 2) justo após a consumação deste; 3) perseguição do réu logo após o ato; e 4) captura, logo depois, com itens que façam presumir ser o autor do fato. Além das diversas críticas³⁹ a tais dispositivos, especialmente em relação às duas últimas possibilidades, percebe-se que, em muitos casos, embora haja formalmente o flagrante, ele é de extrema fragilidade, sendo dever do juiz questionar qualquer conclusão a partir dele formada. Posteriormente, deve-se ter em mente que tal evidência não constitui a verdade por si só, devendo ser submetida ao contraditório durante um processo constituído, posto que, segundo Aury Lopes Jr.:

A questão nuclear é que a verdade deve ser construída, não se construindo apenas pela evidência. Deve desprender-se da evidência, relativizando-a e submetendo-a a certas exigências. A verdade exige certos critérios e a própria racionalidade critica a evidência pelo inerente caráter alucinatório e as projeções imaginárias que são vividas na atualidade do conhecer. [...] Logo, o processo é um instrumento de correção do caráter alucinatório da evidência.⁴⁰

Por fim, comentários e críticas devem ser tecidos acerca do ressurgimento da fiança, sem o intuito de exaurir tal complexo instituto. Tendo sido essencialmente inutilizada com a reforma processual de 1977, tal categoria foi completamente reformulada pela Lei nº 12.403/2011, o que pode possibilitar o aumento da frequência de sua aplicação na prática processual penal atual.

Sabe-se que, em um Estado Democrático de Direito, a regra deve ser a ausência de restrição à liberdade do acusado durante o desenvolvimento do processo. Portanto, pode ser caracterizado um direito à liberdade provisória, visto que, segundo Rogério Tucci:

[...] excetuadas as hipóteses de transgressão ou de prática de infração de natureza militar, prescritas na legislação em vigor: a) o indivíduo somente poderá ser preso quando estiver cometendo crime ou contravenção, ou em decorrência de ordem escrita e devidamente

³⁹ Ver: LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 34-39.

⁴⁰ Idem, p. 59.

motivada da autoridade judicial competente; e, b) ainda assim, só será, efetivamente, levado à prisão, ou nela mantido, quando não tiver direito à liberdade provisória, com ou sem prestação de fiança.⁴¹

Excetuando-se os crimes legalmente tidos como inafiançáveis⁴² e de menor potencial ofensivo, todos os demais delitos, sem limitação pela pena abstrata, são passíveis de fiança⁴³. Deste modo, seu valor pode ser fixado pelo delegado ou pelo juiz, dependendo da gravidade do suposto crime, conforme a nova redação do art. 322 do Código de Processo Penal, e dentro das balizas do art. 325 desse mesmo diploma legal. A partir desta nova configuração, a fiança passa a ter aplicabilidade em dois momentos distintos: quando da concessão da liberdade provisória (art. 310, III, do CPP) ou como medida cautelar diversa (art. 319, VIII, do CPP).

Este instituto, portanto, pode exercer diversas funções no processo penal, sendo de extrema utilidade no objetivo descarcerizador da Lei nº 12.403/2011, embora tal tarefa deva ser analisada criticamente. Acerca dos escopos da fiança, Rogerio Cruz aponta que:

Normalmente a fiança tem por objetivo principal assegurar o comparecimento do afiançado aos atos do processo, sob a premissa que terá todo o interesse em não descumprir tal obrigação para não perder metade do valor depositado (art. 343 do CPP). No entanto, como também se incluem entre as causas de quebramento da fiança a prática de nova infração penal dolosa (inciso V do art. 341) e a não apresentação do condenado para o início do cumprimento da pena definitivamente imposta – a implicar perda total da fiança (art. 344) – pode-se afirmar que a fiança não visa

⁴¹ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 263-264.

⁴² Sobre a possibilidade de liberdade provisória em crimes inafiançáveis: “Evidencia-se que não existe prisão cautelar-obrigatória e que o flagrante ‘não prende por si só’, como já explicado, de modo que, mesmo sendo o crime hediondo ou qualquer outro ‘inafiançável’, poderá o juiz conceder liberdade provisória, sem fiança, e mediante a imposição de uma ou mais medidas cautelares diversas, conforme o caso” (LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 156).

⁴³ Deve-se atentar para as restrições previstas nos arts. 323 e 324 do Código de Processo Penal.

apenas assegurar o comparecimento a atos do processo e evitar a obstrução de seu andamento, mas também objetiva assegurar a aplicação da lei penal e evitar a prática de novos crimes.⁴⁴

Além da crítica em relação à utilização indiscriminada das medidas cautelares diversas, incluindo a fiança, fato que causa receio é a possibilidade de excessiva monetarização do sistema criminal e de fixação de valores exorbitantes, com o fim de certamente manter o réu preso. Por óbvio, quem mais tem a perder com tal abuso são as maiores vítimas do sistema penal, selecionadas pelo mecanismo punitivo: os acusados com menos condições financeiras. Neste sentido, é instigante a crítica ao modelo dos Estados Unidos apontada por Rogerio Cruz:

O grave problema do sistema criminal norte-americano, nesse particular, é que os juízes, muito embora tenham, em geral, critérios objetivos para a fixação do *quantum* da fiança, arbitram valores exorbitantes quando não desejam colocar em liberdade o acusado, sendo raras, a propósito, as hipóteses em que se permite a liberdade provisória sem o pagamento de fiança (*release on own recognizance*).⁴⁵

III - QUESTIONAMENTOS E CRÍTICAS AINDA PERTINENTES. A NECESSIDADE DE ESTIPULAÇÃO DE LIMITES (PRAZOS E REVISÃO PERIÓDICA). OS REFLEXOS DOS RANÇOS INQUISITIVOS (JUIZ ATUANTE E ORDEM PÚBLICA)

Embora existam interessantes e esperançosas perspectivas em relação à maioria das inovações trazidas pela Lei nº 12.403/2011, ainda persistem pontos inalterados que carecem de profunda atenção. Tais assuntos são normalmente deixados em segundo plano pela doutrina majoritária, diante da comum reprodução “manualística” de conceitos, mas que, na verdade, são de extrema importância na busca de um processo penal adequado ao Estado Democrático de Direito. Inicialmente, devemos atentar para a questão temporal das medidas cautelares, em especial da prisão, as quais devem ser sempre exceção no transcorrer do processo penal. Deste modo, são necessários limites claros, prazos

⁴⁴ CRUZ, Rogerio Schietti Machado. Op. cit., p. 169.

⁴⁵ Idem, p. 75-76.

máximos de duração e revisões periódicas da decisão justificadora do gravame. Tais pontos, infelizmente, não foram abordados nesta reforma legislativa.

Um dos princípios fundantes das medidas cautelares no processo penal é o da provisoriedade, ou seja, elas devem ser sempre temporárias, de breve duração, posto que a regra é a liberdade do réu, em prol da presunção de inocência. É neste ponto que se encontra um dos maiores dramas do tema aqui estudado: a existência de prisões cautelares por tempo indeterminado, o que possibilita casos de segregação por três, quatro ou até cinco anos, sem a sentença condenatória definitiva. Embora haja limite temporal para a modalidade de prisão temporária⁴⁶, a grande maioria dos cárceres provisórios são por tempo indefinido, posto que a prisão preventiva, regida pelo Código de Processo Penal, não prevê qualquer prazo máximo. Assim também posiciona-se Aury Lopes Jr.:

Reina a absoluta indeterminação acerca da duração da prisão cautelar, pois em momento algum foi disciplinada essa questão, Excetuando-se a prisão temporária, cujo prazo máximo de duração está previsto em lei, a prisão preventiva segue sendo absolutamente indeterminada, podendo durar enquanto o juiz ou tribunal entender existir o *periculum libertatis*.⁴⁷

Ao adentrarmos em tal tema, essencial traçar breves comentários sobre a duração razoável do processo⁴⁸, especialmente em âmbito criminal. Embora constitucionalmente previsto a partir da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, tal garantia ainda carece de maior atenção por parte da doutrina e da jurisprudência majoritárias, visto que são comuns os julgamentos penais que perduram por longos anos. Tal situação é ainda mais agravada com a decretação de uma prisão cautelar, muitas vezes injustificada e abusiva. Rogério Cruz é preciso ao vincular o ditame constitucional supracitado com a segregação provisória, concluindo por um direito à duração razoável da prisão, visto que “[...] todos – e aqui a garantia não se limita apenas ao indivíduo acusado – têm o

⁴⁶ Segundo a Lei nº 7.960/1989, em regra, até cinco dias, prorrogáveis por igual período; ou, em casos de crimes hediondos ou equiparados, 30 dias, também prorrogáveis (Lei nº 8.072/1990).

⁴⁷ LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 19.

⁴⁸ Sobre isso ver: BADARÓ, Gustavo Henrique; LOPES JR., Aury. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

direito de que o processo se decida em prazo razoável e também o direito de não serem mantidos presos por prazo irrazoável”⁴⁹.

Como já dito anteriormente, a Lei nº 12.403/2011 enfrentou longo processo legislativo, o que acabou por afastar parte das importantes evoluções previstas inicialmente no PL 4.208/2001. Uma destas foi a previsão de duração máxima da prisão preventiva, posto que o art. 315-A de tal projeto era assim redigido: “A prisão preventiva terá duração máxima de 180 dias em cada grau de jurisdição, exceto quando o investigado ou acusado tiver dado causa à demora”⁵⁰.

Diante da ausência de limites legalmente previstos, parte da jurisprudência tentou traçar balizas, seja a partir do prazo para cada ato específico (como, por exemplo, os cinco dias dados, em regra, para a proposição da denúncia contra acusado preso) ou pela soma dos atos do procedimento (81 dias para a sentença em um procedimento ordinário)⁵¹, a ausência de sanções concretas ao descumprimento acarreta a ineficácia de tais pretensões. Desse modo, Aury Lopes Jr. conclui que “são marcos que podem ser utilizados como indicativos de excesso de prazo em caso de prisão preventiva. Contudo, são prazos sem sanção, logo, com grande risco de ineficácia”⁵².

As consequências do prolongamento indeterminado de uma prisão cautelar injusta são irremediáveis e causadoras de grave prejuízo ao acusado, pois, segundo Miguel Wedy:

O traço mais cruel da inobservância do princípio da provisoriedade é a terrível relação existente entre o tempo e a prisão cautelar. Quanto mais tempo o sujeito passivo da prisão padece no cárcere, mais estigmatizado fica e maior é a influência desse estigma na psique do julgador. A prisão adquire, pela perpetuação, um caráter de pena antecipada, atuando de forma a aniquilar, na consciência do magistrado, a presunção de inocência.⁵³

⁴⁹ CRUZ, Rogério Schiatti Machado. Op. cit., p. 105. Ver também: BINDER, Alberto M. Op. cit., p. 152.

⁵⁰ Parece andar bem o projeto de reforma integral do CPP, PLS 156/2009, que prevê uma subseção exclusivamente destinada a normatizar os prazos máximos da prisão preventiva (arts. 558 e seguintes).

⁵¹ Ver: LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 19-20; LIMA, Marcellus Polastri. Op. cit., p. 126-127.

⁵² LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 20.

⁵³ WEDY, Miguel Tedesco. *Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 102.

Também com isso relaciona-se o princípio da provisionalidade, que ressalta a característica situacional das medidas cautelares, visto que estas tutelam uma situação de fato. Deve ser sempre considerado que “[...] desaparecido o suporte fático legitimador da medida e corporificado no *fumus commissi delicti* e/ou no *periculum libertatis*, deve cessar a prisão”, visto que “é exigida a presença concomitante de ambas (requisito e fundamento) para manutenção da prisão”⁵⁴. Assim, mostram-se bem redigidos os novos §§ 4º e 5º do art. 282 do Código de Processo Penal:

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

§ 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Portanto, em caso de desaparecimento ou modificação da situação fática que fundamenta a decretação da medida cautelar, esta deve ser revista e revogada, se ausentes os seus pressupostos. Para a efetivação deste ditame também foi perdida uma chance com a Lei nº 12.403/2011, visto que não se manteve o § 7º do art. 282, o qual previa o reexame obrigatório da prisão preventiva decretada no mínimo a cada sessenta dias, com a finalidade de reavaliar justificadamente se ainda persiste o que a motivou⁵⁵. Conclui-se que nenhuma medida cautelar é definitiva no processo penal, visto que ressalta a sua característica essencial da instrumentalidade em relação ao processo, e é por esse motivo, que, segundo Rogério Cruz:

⁵⁴ LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 17.

⁵⁵ Tal previsão, entretanto, aparece no projeto de reforma total do CPP, PLS 156/2009: “Art. 562. Qualquer que seja o seu fundamento legal, a prisão preventiva que exceder a 90 (noventa) dias será obrigatoriamente reexaminada pelo juiz ou tribunal competente, para avaliar se persistem, ou não, os motivos determinantes da sua aplicação, podendo substituí-la, se for o caso, por outra medida cautelar. § 1º O prazo previsto no caput deste artigo é contado do início da execução da prisão ou da data do último reexame. § 2º Se, por qualquer motivo, o reexame não for realizado no prazo devido, a prisão será considerada ilegal”.

[...] a decisão que decreta a prisão cautelar é uma decisão tomada *rebus sic stantibus*, pois está sempre sujeita à nova verificação de seu cabimento, quer para eventual revogação, quando cessada a causa ou motivo que a justificou, quer para substituição por medida menos gravosa, na hipótese em que seja esta última tão idônea (adequada) para alcançar o mesmo objetivo daquela.⁵⁶

Além desta clara ausência de limites temporais devidamente estipulados, a Lei nº 12.403/2011 manteve aspectos perceptivelmente autoritários nas disposições acerca de medidas cautelares no processo penal brasileiro. Podemos definir tais trações como ranços, resquícios inquisitoriais, os quais ainda se fazem presentes em diversos âmbitos da legislação criminal pátria, mas, especialmente, incrustados na cultura e na postura da maioria dos atores do sistema criminal.

Importante crítica que segue nesta linha é a definição das possibilidades de atuação do magistrado de ofício, sem provocação das partes. Sabe-se que qualquer ato realizado pelo juiz em tal cenário deve ser analisado atentamente, posto que indica uma forte possibilidade de violação do sistema acusatório, constitucionalmente assegurado, de modo a fragilizar a imparcialidade do julgador. Assim elucida Rogerio Cruz, embora defenda a possibilidade do juiz atuar durante a fase processual:

Para quem advoga um processo penal de matriz puramente acusatória, em que a autoridade judiciária não exerça qualquer função coadjuvante na condução do processo e na busca da verdade processual, não há, por coerência, de ser tolerada a possibilidade de decretação de prisão cautelar sem que haja prévio requerimento da parte interessada. Para esse segmento doutrinário, a imparcialidade do magistrado estaria comprometida se pudesse o juiz que conduz a causa, ou mais ainda, o que supervisiona a investigação preliminar, decretar a segregação cautelar do investigado ou acusado, sem provocação da parte ou do órgão com atribuições assim definidas em lei.⁵⁷

⁵⁶ CRUZ, Rogerio Schietti Machado. Op. cit., p. 84.

⁵⁷ CRUZ, Rogerio Schietti Machado. Op. cit., p. 112.

Adotamos a posição descrita em tal trecho, na esteira de Aury Lopes Jr.⁵⁸, pois o ativismo judicial seja na fase investigatória ou processual é frontalmente oposto aos ditames constitucionais do sistema acusatório, da inércia da jurisdição e da imparcialidade do julgador para garantir o devido processo penal. E infelizmente andou mal o legislador em tal matéria alterada pela Lei nº 12.403/2011 no art. 311 do Código de Processo Penal: “Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial”⁵⁹. Portanto, está autorizada a atuação de ofício do magistrado na fase processual, embora seja vedada tal postura em momento investigatório. Percebe-se que tal modificação avançou meio caminho em direção à conformidade constitucional, pois, também segundo Guilherme Nucci: “Pensamos que jamais deveria o magistrado decretar de ofício a prisão preventiva. [...] Por isso, a reforma corrigiu parte dessa legitimação judicial, evitando que o magistrado atue, de ofício, na fase policial”⁶⁰.

Posteriormente, quanto ao outro resquício inquisitorial mantido pela Lei nº 12.403/2011, iniciemos a análise com o seguinte apontamento de Aury Lopes Jr.:

Primeiro ponto a ser sublinhado: a Lei nº 12.403/2011 não evoluiu em nada. E mais, representou, inclusive, um retrocesso à luz do Projeto de Lei nº 4.208/2001 originariamente apresentando (cuja redação era muito melhor e abandonava as categorias de “ordem pública” e “ordem econômica”).⁶¹

⁵⁸ LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 18 e 64.

⁵⁹ Cabe dizer que neste diapasão também segue o Projeto de Reforma Total do CPP (PLS 156/2009): “Art. 525. No curso do processo penal, as medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes, observados os princípios do Código e as disposições deste Livro”. Sobre isso ver: SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. *As medidas cautelares pessoais no projeto de Código de Processo Penal - PLS 156/2009*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson; CARVALHO, Luis G. Grandinetti de (Org.). *O novo processo penal à luz da constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 247-270.

⁶⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, p. 62.

⁶¹ LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 18 e 64.

Percebe-se, portanto, que a reforma processual parcial⁶² em nada modificou os possíveis fundamentos da prisão preventiva, ou seja, persistem as mesmas correntes jurisprudenciais e debates doutrinários anteriores. Desse modo, essencial é uma análise das suas quatro possíveis justificativas: conveniência da instrução criminal, para assegurar a aplicação da lei penal, garantia da ordem pública e da ordem econômica.

Iniciemos com as duas primeiras possibilidades, chamadas de “endoprocessuais” por André Giamberardino, por serem ligadas a exigências instrutórias e “se destinarem à tutela do processo perante uma situação de perigo ao seu ‘normal desenvolvimento’”⁶³. Ambas são normalmente aceitas, inclusive pela doutrina crítica, como legitimadas para fundamentar a prisão processual por apresentarem caráter eminentemente instrumental ao processo, embora ainda assim careçam de melhor análise por grande parte dos juristas, posto que, de qualquer modo, deve haver prova razoável e concreta do alegado *periculum libertatis*.

A primeira, conveniência da instrução criminal, é vista como meio para proteger a tutela da prova no processo penal, ou seja, seria cabível a prisão preventiva quando “o estado de liberdade do imputado coloca em risco a coleta da prova ou o normal desenvolvimento do processo, seja porque ele está destruindo documento ou alterando o local do crime, seja porque está ameaçando, constringendo ou subornando testemunhas, vítimas ou peritos”⁶⁴, também o juiz ou o promotor do feito. Entretanto, por aqui não podem ser justificadas detenções para forçar o acusado a ser interrogado ou participar de ato probatório, já que em tais situações o sujeito passivo está autorizado a

⁶² Em caminho diferente está seguindo o projeto de reforma total do CPP (PLS 156/2009), especialmente após as alterações trazidas pelo acolhimento parcial da Emenda nº 9 de autoria do Senador Demóstenes Torres (sem partido-GO), a qual introduziu, além dos fundamentos atuais, as possibilidades de prisão preventiva “em face da extrema gravidade do fato” e “diante da prática reiterada de crimes pelo mesmo autor” (art. 556). Tais inovações, se introduzidas no ordenamento pátrio, causarão um imenso retrocesso em matéria de prisões cautelares ao positivar argumentos utilizados atualmente na especificação do fundamento “garantia da ordem pública”, os quais são fortemente criticados a partir dos ditames constitucionais em busca de um processo penal democrático.

⁶³ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. Fundamentos teóricos das novas hipóteses de prisão preventiva: análise da Emenda nº 9 ao substitutivo do PLS 156. In: COUTINHO, Jacinto Nelson; CARVALHO, Luis G. Grandinetti de (Org.). *O novo processo penal à luz da constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 2, 2011. p. 121.

⁶⁴ LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 72.

se abster. Sobre esta justificante da prisão cautelar interessante é a crítica de Alberto Binder:

O impedimento à investigação não pode ser um fundamento para o encarceramento de uma pessoa, porque o Estado conta com inúmeros meios de evitar a ação do acusado. Além disso, é difícil acreditar que o acusado possa produzir mais danos à investigação do que o Estado pode impedir com todo o seu aparato [...].⁶⁵

A segunda, assegurar a aplicação da lei penal, é “a prisão para evitar que o imputado fuja, tornando inócua a sentença penal por impossibilidade de aplicação da pena cominada”⁶⁶. Este parece ser o fundamento mais aceito doutrinariamente, mas não escapa da crítica de André Giamberardino, ao passo que estaria “consubstanciado em um conjunto de presunções: que a imputação é verdadeira, que haverá uma punição pelo fato imputado e, enfim, que deverá ocorrer a fuga do acusado”⁶⁷. A nosso ver, para que seja reduzida a fragilidade de tal juízo, é essencial que atente-se para o requisito do *fumus commissi delicti*, além de que esteja fundado em circunstâncias concretas o risco de fuga do acusado, nunca em meras presunções, gravidade do delito ou pela situação social do réu.

Passemos, então, para pontos mais tormentosos desta matéria: a prisão preventiva para garantia da ordem pública ou econômica. Em relação à primeira, Guilherme Nucci sustenta que:

A garantia de ordem pública envolve a própria segurança pública, não sendo necessário abranger toda uma cidade, bastando um bairro, uma região ou uma comunidade. Demanda quesitos básicos como

⁶⁵ BINDER, Alberto M. Op. cit., p. 150. Neste sentido, pregando a desnecessidade da medida extrema da prisão em tais circunstâncias: LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 96.

⁶⁶ LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 72.

⁶⁷ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. Fundamentos teóricos das novas hipóteses de prisão preventiva: análise da Emenda no 9 ao substitutivo do PLS 156. In: COUTINHO, Jacinto Nelson; CARVALHO, Luis G. Grandinetti de (Org.). *O novo processo penal à luz da constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 2, 2011. p. 124. Também aqui pode-se visualizar uma alternava, qual seja, a utilização de medidas assecuratórias para trancar o patrimônio do réu que concretamente demonstre risco de fuga: LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 98.

gravidade concreta do crime, repercussão social, maneira destacada de execução, condições pessoais negativas do autor e envolvimento com quadrilha, bando ou organização criminosa.⁶⁸

Muitos são os determinantes apontados para caracterizar tal fundamento, tais como clamor público, abalo social, comoção na comunidade, gravidade e brutalidade do delito, risco de reiteração delitiva, credibilidade das instituições da justiça ou até proteção do próprio acusado. Desse modo, Lopes Jr. elucida que, “por ser um conceito vago, indeterminado, presta-se a qualquer senhor, diante de uma maleabilidade conceitual apavorante”⁶⁹.

Nesta mesma esteira vai a “garantia da ordem econômica”, a qual foi introduzida ao Código de Processo Penal pela Lei nº 8.884/1994 (Lei Antitruste). O mesmo autor citado sustenta sua finalidade como a de “tutelar o risco decorrente daquelas condutas que, levadas a cabo pelo agente, afetam a tranquilidade e harmonia da ordem econômica, seja pelo risco de reiteração de práticas que gerem perdas financeiras vultosas, seja por colocar em perigo a credibilidade e o funcionamento do sistema financeiro ou mesmo o mercado de ações e valores”⁷⁰. Esta previsão carece de melhor técnica, visto que as sanções à pessoa jurídica e o direito administrativo sancionador seriam de maior efetividade em questões financeiras.

Aqui devemos retomar a principal característica das medidas cautelares no processo penal, baliza de constitucionalidade: a instrumentalidade. Sabe-se que elas não devem visar a realizar justiça, mas sim proteger o seu funcionamento a partir da garantia da instrução do respectivo processo. Assim, percebe-se que as prisões provisórias decretadas com fundamento nos dois conceitos supradefinidos em nada são cautelares, posto que assumem essencialmente caráter de pena antecipada, mirando fins de prevenção geral e especial, ou até retribuição, sendo, portanto, substancialmente inconstitucionais. Acerca do principal argumento utilizado, qual seja, coibir a reiteração criminosa, marcante é a crítica de Sylvio Silveira Filho:

O certo é que quando se prende provisoriamente alguém diante do argumento da possível reiteração em práticas

⁶⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 63-64.

⁶⁹ LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 70.

⁷⁰ Idem, p. 71.

delitivas (risco de reincidência), está a se atender uma função de segurança pública do Estado – cuja atribuição orgânica encontra-se estritamente delimitada no art. 144 da CR e, portanto, não pertence ao Poder Judiciário [...] constituindo-se em medida com contornos de pena antecipada ou medida de segurança.⁷¹

Acerca da análise dos fundamentos das prisões provisórias destacada monografia é a de Fernanda Vasconcellos, intitulada “A Prisão Preventiva como Mecanismo de Controle e Legitimação do Campo Jurídico”. Neste estudo criminológico, a autora realizou pesquisa entre acórdãos das câmaras criminais do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, apresentando importante descrição sobre as tensões no campo jurídico, cercado de disputas simbólicas, ressaltadas pelas diferentes formas de julgar baseadas em princípios garantidores ou demandas punitivistas⁷². A descrição sobre os fundamentos da prisão preventiva é marcante, ao passo que se percebe a predominância da crença em um combate à criminalidade a partir da utilização de prisões cautelares como antecipação de pena:

A presença de argumentos como garantia da manutenção da ordem pública pelo clamor social, para a tranquilidade social e para a credibilidade da justiça são aqui interpretadas como uma interpretação extensiva dos requisitos legais para a determinação da prisão preventiva, buscando conferir legitimidade social ao Poder Judiciário. Estas justificativas, ao mesmo tempo em que demonstram a abertura cognitiva do subsistema jurídico da qual Luhmann se referia, demonstram que o *habitus* da cultura dominante, que foi internalizado pelos operadores do direito, condiciona o julgamento por eles realizado.⁷³

⁷¹ SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. As medidas cautelares pessoais no projeto de Código de Processo Penal – PLS 156/2009. In: COUTINHO, Jacinto Nelson; CARVALHO, Luis G. Grandinetti de (Org.). *O novo processo penal à luz da constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 266.

⁷² “[...] as decisões judiciais tomadas em segunda instância no TJ/RS variam de acordo com as concepções jurídicas e de política criminal dos desembargadores, polarizadas por elementos ligados a uma concepção garantista até outra de defesa social.” (VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. *A prisão preventiva como mecanismo de controle e legitimação do campo jurídico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 216)

⁷³ VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. Op. cit., p. 207-208.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, conclui-se que a Lei nº 12.403/2011 surgiu em um contexto atormentante e provocou importantes alterações que podem contribuir para o delineamento de um processo penal democrático no Brasil. Entretanto, importante ressaltar que o sistema de medidas cautelares diversas deve ser analisado de modo crítico, pois, em caso de intensa utilização indevida e sem legitimação adequada, tais inovações podem acarretar a expansão do controle penal. Ou seja, o objetivo da Lei nº 12.403/2011, reduzir e racionalizar o regime das prisões provisórias no processo penal brasileira, pode acabar distorcido.

Resta claro que há clara intenção descarcerizadora, a qual, todavia, não deve impedir uma análise crítica das inovações e de seus reflexos na postura dos personagens do processo penal, pautada pelos aportes criminológicos e visando à conformidade constitucional de um processo penal democrático. Deste modo, surge a questão: Em que medida a nova sistemática introduzida é suficiente para superar a cultura punitivista cristalizada na prática jurídico-penal brasileira?

Assim, para que a introdução de medidas cautelares diversas no ordenamento tenha como consequência a redução do alarmante número de prisões cautelares, em frontal violação ao princípio da presunção de inocência, resta clara a necessidade de atenção aos fundamentos para a sua decretação, ou seja, qualquer restrição a direitos do acusado antes de uma condenação definitiva precisa ser fundamentada no *fumus commissi delicti* e no *periculum libertatis* (conforme a regra geral do art. 282 e as previsões específicas do art. 319 do Código de Processo Penal)⁷⁴.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Gabriel Bertin de. A prisão preventiva para garantia da ordem pública na Lei 12.403/11. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, ano 19, n. 229, p. 14-16, dez. 2011.
- AROCA, Juan Montero. *Proceso Penal y Libertad*. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal. Madrid: Thomson Civitas, 2008.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, t. I, 2008.
- BARRETO, Fabiana Costa Oliveira. *Flagrante e prisão provisória em casos de furto: da presunção de inocência à antecipação da pena*. São Paulo: IBCCrim, 2007.

⁷⁴ LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011; BADARÓ, Gustavo Henrique. Medidas cautelares alternativas. In: FERNANDES, Og (Coord.). *Medidas CAUTELARES NO PROCESSO PENAL*. Prisões e suas alternativas. Comentários à Lei nº 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: RT, 2011.

BINDER, Alberto M. *Introdução ao direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CARVALHO, Salo. *Antimanual de criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. Substitutivos penais na era do grande encarceramento. In: GAUER, Ruth (Org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.

_____. *O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo*. O exemplo privilegiado da aplicação da pena. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CASARA, Rubens R. R. *Interpretação retrospectiva: sociedade brasileira e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Medidas cautelares e prisão processual*. Comentários à Lei nº 12.403/2011. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

COUTINHO, Jacinto Nelson. Novo Código de Processo Penal, nova mentalidade. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, n. 33, p. 7-9, abr./jun. 2009.

_____. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, n. 1, p. 26-51, 2001.

_____. Lei nº 12.403/2011: mais uma tentativa de salvar o sistema inquisitório brasileiro. *Boletim do Instituto Brasileiro Ciências Criminais*, ano 19, n. 223, p. 4, jun. 2011.

_____; CARVALHO, Luis G. Grandinetti de (Org.). *O novo processo penal à luz da constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão cautelar*. Dramas, princípios e alternativas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERNANDES, Og (Coord.). *Medidas cautelares no processo penal*. Prisões e suas alternativas. Comentários à Lei nº 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: RT, 2011.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Crítica aos obstáculos epistemológicos da prisão cautelar*. Dissertação de Mestrado em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2008.

LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. I, 2010.

_____. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. II, 2010.

_____. *Introdução crítica ao processo penal*. Fundamentos da instrumentalidade constitucional. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MORAIS DA ROSA, Alexandre; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. *Para um processo penal democrático*. Crítica à metástase do sistema de controle social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e liberdade*. As reformas processuais penais introduzida pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: RT, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Atualização do processo penal*. Lei no 12.403, de 5 de maio de 2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La Expansión del Derecho Penal*. 3. ed. Madrid: Edisofer, 2011.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2011.

UM OÁSIS no deserto punitivo. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 19, n. 223, p. 1, jun. 2011.

VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. *A prisão preventiva como mecanismo de controle e legitimação do campo jurídico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WEDY, Miguel Tedesco. *Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

A BIODIVERSIDADE À MERCÊ DOS MERCADOS? REFLEXÕES SOBRE COMPENSAÇÃO ECOLÓGICA E MERCADOS DE BIODIVERSIDADE¹

*BIODIVERSITY AT THE MERCY OF MARKETS? REFLECTIONS ON
ECOLOGICAL COMPENSATION AND BIODIVERSITY MARKETS*

Carla Amado Gomes²

Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Luís Batista³

Mestre em Direito

RESUMO: Este artigo pretende constituir uma reflexão sobre uma realidade emergente na Europa – mas já com algumas décadas nos EUA: o *habitat banking* ou os bancos de biodiversidade. A compensação ecológica visa compatibilizar o interesse na preservação de áreas especialmente frágeis e ricas em biodiversidade e

os interesses de desenvolvimento económico (industrial; comercial; turístico). Analisar a origem da noção, estudar a sua assimilação pelo Direito da União Europeia, testar a sua operacionalidade no sistema português, são objectivos deste texto. O carácter lacunar do instituto provoca muitas dúvidas e outras tantas inquietações

¹ Nota da primeira autora: Este texto constitui a versão longa da intervenção oral da primeira autora nas *I Jornadas de Direito do Ambiente da Região Autónoma dos Açores*, realizadas no dia 30 de março de 2012 na Universidade dos Açores, em Ponta Delgada. Registo aqui o meu reconhecimento ao Dr. Rui Cordeiro pelo empenho e entusiasmo com que se bateu pela concretização das Jornadas, e também pelo convite que me endereçou.

A compensação ambiental é um tema que me fascina e já de há algum tempo vinha pensando em escrever sobre ele. Conteí, no desenvolvimento do texto, com a preciosa ajuda do Mestre Luís Batista, meu orientando de mestrado e hoje já Mestre, que realizou dissertação de mestrado nesta área – ajuda de tal forma ampla que passou a coautoria.

O texto é dedicado à Profa. Doutora Helene Sivini Ferreira, que pela primeira vez me despertou para ele, num convite para palestrar na Faculdade de Direito da Universidade do Paraná, em Curitiba, em 2009.

² E-mail: carlamadogomes@fd.ul.pt

³ Advogado-estagiário. E-mail: luis.batista@spsadvogados.com

aos que se preocupam com a protecção do ambiente. Mas a inevitabilidade de compatibilização de economia e ambiente aponta para um desenvolvimento das técnicas de “mercantilização” da Natureza, desejavelmente com rigorosos limites, em nome da sustentabilidade.

PALAVRAS-CHAVE: ambiente; biodiversidade; compensação ecológica; *habitat banking*.

ABSTRACT: *This article aims to do some reflexive thinking about a new concept on the Law of Biodiversity in Europe – though not new in the USA: the habitat banking. The ecological compensation tries to harmonize the interest of preservation of specially fragile natural areas and the interest of economic development (industrial; commercial; touristic). We will analyse the concept, study its assimilation by European Union Law, and test its efficacy within the Portuguese system. There are some grey zones which raise doubts and provoke worries to the ones most protectful of Nature. It seems, nevertheless, inevitable, to cope with these marketing techniques, even if setting precise limits, in the name of sustainability.*

KEYWORDS: *environment; biodiversity; ecological compensation; habitat banking.*

SUMÁRIO: Introdução: biodiversidade e mercado, uma relação improvável?; 1 O instituto da compensação ecológica na origem da mercantilização da natureza; 2 Os mercados de biodiversidade: “a raridade apela à propriedade”; 3 Biodiversidade e mercado, uma relação desaconselhável (?).

SUMMARY: *Introduction: biodiversity and market, an improbable relationship?; 1 The concept of ecological compensation at the origin of the mercantilization of nature; 2 The biodiversity markets: “rarity appeals to property”; 3 Biodiversity and market, an undesirable relationship (?).*

INTRODUÇÃO: BIODIVERSIDADE E MERCADO, UMA RELAÇÃO IMPROVÁVEL?

O diagnóstico da tragédia da biodiversidade a que chegámos está feito: deparamo-nos com a maior extinção massiva de espécies desde que os dinossauros desapareceram da Terra, há 65 milhões de anos⁴. A explosão demográfica, a urbanização galopante, as necessidades energéticas, as alterações climáticas, são causas que concorrem para a situação emergencial em que o Planeta se encontra no que toca às perdas de biodiversidade. A biodiversidade é alvo fácil da cobiça humana, as suas captura

⁴ Sobre a evolução da biodiversidade na história da Humanidade, Humberto ROSA, *Conservação da biodiversidade: significado, valorização e implicações éticas*, in RJUA, n.º 14, 2000, p. 9 ss., 23 ss.

e destruição não envolvem grandes meios e geram utilidades imediatas – mas, reversamente, provocam perdas incomensuráveis e muitas vezes irreversíveis, no médio e longo prazo.

“A natureza não tem preço, mas tem um custo”, de preservação, sobretudo. Demasiado fácil de destruir, demasiado difícil de rentabilizar – o destino da biodiversidade parece traçado. E, no entanto, Relatórios como o *TEEB Report* demonstram que se pode ganhar dinheiro com a biodiversidade, aliando fruição a turismo, ou exploração a emprego⁵. A biodiversidade tem utilidades materiais e imateriais, directas e indirectas, actuais e futuras, que devem entrar na equação da gestão racional dos recursos para que os instrumentos, internacionais e nacionais, apontam. A valorização da diversidade biológica passa pela atribuição de um preço, desde logo, à sua existência e, acrescidamente, aos “serviços” ecológicos que proporciona – por outras palavras, traduz-se em revelar utilidades até aí desconsideradas⁶.

Nas palavras do Preâmbulo do DL171/2009, de 3 de agosto, “A biodiversidade, a diversidade da vida em todas as suas formas, inclui a diversidade genética, de organismos, de espécies e de ecossistemas, e proporciona reconhecidamente uma vasta gama de benefícios à humanidade. Os ecossistemas fornecem bens, como oxigénio, alimentos, medicamentos, vestuário, materiais, pesticidas, e serviços, como a purificação de águas, a regulação do clima, a polinização, a fertilização do solo ou a protecção contra desastres naturais. Para além destes serviços, cujo valor económico, embora frequentemente desconsiderado, pode ser identificado e quantificado, a biodiversidade também detém atributos intangíveis de elevado valor estético, emocional, cultural, social e ético”.

A descoberta dos “valores” inerentes à biodiversidade, sobretudo do económico, torna a associação desta realidade com a do mercado de títulos de emissão de gases com efeito de estufa – mecanismo introduzido pelo Protocolo de Quioto e em funcionamento (a título de mercado obrigatório) na União Europeia

⁵ Cfr. Carla AMADO GOMES, *Uma mão cheia de nada, outra de coisa nenhuma: duplo eixo reflexivo em tema de biodiversidade*, in *No Ano Internacional da Biodiversidade. Contributos para o estudo do Direito da protecção da biodiversidade*, coordenação de Carla Amado Gomes, e-book publicado pelo ICJP, disponível in http://www.icjp.pt/system/files/files/e-book/ebook_completo/e-book_biodiversidade2.pdf - ISBN: 978-989-97410-2-7, p. 7 ss., 9-12.

⁶ Veja-se também o estudo coordenado por Helena BONIATTI PAVESE para o PNUA, sobre o valor de conservação da floresta amazónica – *The contribution of Brazilian conservation units to the national economy*, disponível em http://www.unep-wcmc.org/medialibrary/2011/11/17/3b37be2d/PUBLI_PNUMA_UNEP.pdf

–, inevitável. Neste, trata-se de atribuir um valor à emissão de CO₂, por tonelada, para a atmosfera, poluição que até então fora desconsiderada enquanto custo do processo produtivo e passou a ser encarada como uma externalidade negativa, devendo os operadores custear os títulos que suportam as emissões; no mercado de biodiversidade, a ideia é atribuir um valor à perda de elementos naturais ou de utilidades ecológicas destes e reclamar de quem realiza intervenções que degradam a biodiversidade uma compensação por equivalente. Em ambos os casos, e em síntese, o mercado serve para fazer circular títulos que possam validar as intervenções lesivas.

Se é verdade que o mercado de títulos de emissão tem filiação directa no Protocolo de Quioto, não menos certo é que falha aos mercados de biodiversidade a identidade de condições de operacionalidade, concretamente, no que tange a fungibilidade dos componentes ambientais em jogo. Apesar das dúvidas expressas sobre a sua criação, tanto nos EUA, como na Europa – como se verá no decurso do texto –, o legislador português foi sensível à ideia e já foi preparando a sua entrada no ordenamento jusambiental, como se pode constatar no texto do DL 171/2009, de 3 de Agosto (que criou o Fundo para a conservação da natureza e da biodiversidade = FCNB). Com efeito, os artigos 2º/2/e) e 2º/3 deste diploma avançam claramente a hipótese de implementação de mecanismos de mercado e da introdução de créditos de biodiversidade.

Cumpra, pois, indagar como se desencadeou esta ideia, analisar as suas concretizações e testar a sua adequação aos princípios de prevenção, gestão racional e responsabilização, vigentes no Direito do Ambiente.

1 O INSTITUTO DA COMPENSAÇÃO ECOLÓGICA NA ORIGEM DA MERCANTILIZAÇÃO DA NATUREZA

Na base dos “mercados de biodiversidade” está o instituto da compensação ecológica, através do qual se colmata uma lesão provocada no meio ambiente criando um benefício que neutralize a perda. Esta compensação pode, no quadro legislativo actual, surgir em dois momentos diversos: antes da intervenção e depois da intervenção, *rectius*, antes de um dano previsível e depois de um dano efectivo. É esta dualidade que convém explicar.

1.1 PONTO PRÉVIO: COMPENSAÇÃO EX ANTE E COMPENSAÇÃO EX POST

A compensação é uma modalidade de reparação do dano contemplada no instituto da responsabilidade civil. Trata-se de um sucedâneo ou complemento

da restauração *in natura*, que actua quando esta não é fáctica ou economicamente possível (por excessivamente onerosa), ou quando é insuficiente (cfr. o artigo 566º/1, 1ª parte, do CC). Se a responsabilidade civil tem uma dupla função, reparatória e penalizadora, o que se pretende é tornar indemne uma esfera jurídica que sofreu uma lesão, deixando-a o mais próximo possível do estado em que se encontrava quando a lesão sobreveio e censurando patrimonialmente o lesante. No Direito Civil, a compensação prevista no artigo 566º traduz-se num equivalente pecuniário e pode, teoricamente, despontar em qualquer hipótese de dano, quer de bens fungíveis quer de bens infungíveis.

No Direito do Ambiente, o artigo 48º da LBA traça uma hierarquia de soluções similar: restauração *in natura*, com reposição do estado anterior à infracção “ou equivalente”; ressarcimento pecuniário, quando não for “possível” a restauração natural, em montante a definir em lei especial. Deve observar-se que a LBA lida com um conceito de dano amplo, fortemente antropocêntrico, como a leitura do artigo 40º confirma – concepção que terá justificado a “colagem” ao Código Civil. Não é este, no entanto, o referencial que devemos hoje ter em conta.

A lógica primeira e desejavelmente única do Direito do Ambiente deveria ser a da prevenção – é ela que se destaca no elenco das tarefas de protecção do ambiente inscritas no artigo 66º/2 da CRP, logo na alínea a), como é ela que tem a primazia na lista de princípios apresentada na LBA, no artigo 3º/a). Contudo, porque numa sociedade altamente industrializada, os danos ao ambiente são inevitáveis, a responsabilização teria identicamente que constar da pauta de princípios orientadores – como consta, efectivamente, no fecho do artigo 3º da LBA [alínea h)] e também, ainda que não da forma mais clara, no artigo 52º/3/a) da CRP. O DL 147/2008, de 29 de junho (=RPRDE), transpondo a directiva 2004/35/CE, do Parlamento e do Conselho, de 21 de abril, veio dar operacionalidade à noção de dano ecológico, assentando, precisamente, na dupla vertente prevenção/reparação deste.

É deste diploma que resulta a metodologia de reparação do dano ecológico, dano que se há-de traduzir numa 1) alteração 2) significativa 3) adversa 4) mensurável do estado de um componente ambiental ou da redução da sua aptidão para gerar “serviços” – cfr. o artigo 11º/1/d) e e) do RPRDE. Tal metodologia encontra-se descrita no Anexo V do RPRDE, traçando uma hierarquia de soluções não exactamente coincidente com o disposto no artigo 48º da LBA, uma vez que refere reparação primária, complementar e

compensatória, eliminando a atribuição de quantias pecuniárias “a membros do público”. Por outras palavras, do RPRDE resulta aparentemente a abolição da compensação pecuniária e a introdução de uma nova técnica de compensação, por recuperação de componentes ambientais equivalentes. Além disso, o RPRDE introduz a noção de perdas intermédias, para colmatar as quais avança a figura da reparação *compensatória* (melhor seria ter-lhe chamado *complementar*), cuja implementação viabiliza uma reparação verdadeiramente integral do dano ecológico, não se bastando com a ficção de uma restauração natural cujos efeitos, em bom rigor, se projectam num futuro que se constrói ao ritmo da natureza.

A lógica subjacente ao novo regime assenta, entre outros pressupostos, na existência de um dano iminente ou já verificado, proveniente de uma actividade, se não forçosamente industrial, pelo menos com um determinado nível de complexidade e continuidade (cfr. os artigos 2º/1, 14º e 15º do RPRDE). O dano, quando iminente, deve assumir um grau de verosimilhança e de probabilidade consistente, que justifique a adopção de medidas preventivas (cfr. o artigo 5º do RPRDE). A iminência não é caracterizada, mas a *ratio* do diploma aponta para que se trate de ameaças de dano provocadas por eventos inesperados (ainda que contidos dentro do âmbito de risco potencial da actividade), ou seja, cuja eclosão está fora do controlo do operador.

A razão que nos leva a assinalar este ponto prende-se com a diferença que queremos aqui iluminar, entre a compensação de um dano no âmbito do RPRDE – um dano *efectivo*, decorrente de um *evento indesejado* pelo operador, embora resultante da sua actividade económica –, e o dano *potencialmente previsível* e decorrente de uma *intervenção desejada* pelo seu autor – subjacente ao regime previsto no diploma que regula a rede Natura 2000 (DL 140/99, de 24 de Abril, revisto e republicado pelo DL 49/2005, de 24 de Fevereiro (=RRN)⁷ –, bem como ao regime jurídico de conservação da Natureza e da biodiversidade, estruturado no DL 142/2008, de 24 de Julho (=RCNB). Referimo-nos às medidas compensatórias nomeadas nos artigos 10º/12 do RRN e 36º do RCNB, que são desenhadas em função de um dano ainda não verificado, embora presumivelmente inevitável, em razão da intervenção programada.

⁷ Operando a transposição da Directiva nº 79/409/CEE, do Conselho, de 2 de abril, com alterações; e da Directiva nº 92/43/CEE, do Conselho, de 21 de Maio, com alterações, que suportam a rede Natura 2000).

A esta dualidade de momentos de aplicação do instituto corresponderão diversos fundamentos?

1.1.1 UNICIDADE OU DIVERSIDADE DE FUNDAMENTO?

O fundamento da compensação *ex post*, determinada na sequência da verificação de um dano ecológico, reconduz-se inquestionavelmente ao princípio da responsabilização, plasmado no artigo 3º/h) da LBA. Os bens ambientais são bens de fruição colectiva, metaindividuais e metageracionais – a afectação da sua integridade, no sentido da destruição ou degradação, ainda que possa ser de difícil quantificação, não pode ficar impune. O lesante deve reconstituir *in natura* a situação que existiria à data da lesão ou, não sendo tal possível, compensar por equivalente.

Na compensação *ex ante*, em contrapartida, o dano não se consumou ainda, mas o projecto da intervenção planeada permite aferir a sua inevitabilidade e estimar a sua intensidade. O futuro lesante vê-se, portanto, obrigado a compensar na medida do dano que virá a produzir, uma vez que a reconstituição natural fica, por definição, afastada. Se é certo que a fixação das medidas compensatórias constitui cláusula modal do acto autorizativo⁸, também é verdade que a sua implementação será normalmente subsequente (ou contemporânea) da verificação do dano, podendo eventualmente vir a rectificar-se a estimativa inicial em função do dano efectivamente produzido, para mais ou para menos – cfr. *infra*, 1.2.4. a). O princípio da responsabilização parece, assim, constituir identicamente o fundamento da compensação *ex ante*, uma vez que quando a medida compensatória se materializa, o dano já terá mesmo ocorrido ou estará em curso. Embora o RCNB autonomize um princípio de compensação [no artigo 4º/d)], traduzindo-se este no instituto a que se refere o artigo 36º do mesmo diploma, não se vislumbra aqui qualquer diferença do princípio da responsabilização⁹.

Diversa começou por ser a natureza do instituto no ordenamento jusambiental brasileiro¹⁰. Aí, ao operador que desejasse promover a realização

⁸ Já assim entendia a primeira autora em *Uma mão cheia de nada...*, cit., p. 28-29.

⁹ Diversa seria a nossa opinião se o legislador tivesse falado em usuário-pagador, na medida em que o RCNB admite a fixação de taxas de acesso às zonas protegidas “destinadas a contribuir para o financiamento da conservação da natureza e da biodiversidade e para regular naquelas áreas o impacte da presença humana” (artigo 38º do RCNB).

¹⁰ Desenvolvidamente sobre o modelo brasileiro de compensação, Hortênsia GOMES PINHO, *Prevenção e reparação de danos ambientais*, Rio de Janeiro, 2010, p. 389 ss.

de projectos em unidades de conservação integradas no sistema de protecção da natureza as quais induzissem “significativo impacto ambiental”, começou por ser exigido o pagamento de um montante pecuniário, que a versão original do artigo 36º da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000¹¹ fixava em nunca inferior a 0,5% do investimento total. Tal indexação do valor de compensação ao custo do empreendimento (e não ao custo de recuperação de unidades ambientais equivalentes) foi considerada inconstitucional na acção directa de inconstitucionalidade 3378 (ADI decidida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 20 de junho de 2008¹²) quer do ponto de vista procedimental por atentar contra os princípios do contraditório e ampla defesa – ou seja, o procedimento equitativo –, quer do ponto de vista material, por violar o princípio da proporcionalidade na vertente da adequação. O atentado à proporcionalidade derivaria de que a compensação se traduz numa restrição ao direito de propriedade vinculada ao dever de proteger o ambiente, constitucionalmente inscrito no artigo 225º da CF/1988, e à consequente responsabilização por danos. Daí que o cálculo da compensação deva ser feito em função do dano projectado e não do investimento realizado (na reformulação do STF, “sendo [o montante de recursos a ser destinado pelo empreendedor para esta finalidade] fixado pelo órgão ambiental licenciador, de acordo com o grau de impacto ambiental causado pelo empreendimento”)¹³.

A primeira versão do artigo 36º apontava claramente para uma medida fundada no princípio do poluidor-pagador (o Supremo Tribunal Federal fala em “usuário-pagador”), enquanto a versão introduzida pela ADI se filia, cremos, no princípio da responsabilização, pois aí se rectifica o texto do artigo 36º no sentido de que compete “ao órgão licenciador fixar o *quantum* da compensação, de acordo com a compostura do impacto ambiental a ser dimensionado no relatório – EIA/RIMA”. Note-se que a expressão inicial indiciava uma natureza estritamente fiscal, desligada do impacto/dano ambiental e vinculada ao

¹¹ Diploma que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação – regulamentado pelo Decreto nº 4340, de 22 de agosto de 2002, alterado pelo Decreto nº 5.566/2005, de 26 de outubro de 2005.

¹² Texto da ADI disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=3378&processo=3378>

¹³ Violando a decisão do STF, sobreveio uma alteração do Decreto 4.340 pelo Decreto nº 6.848, de 14 de maio de 2009, no qual se desconsiderou (ainda que dissimuladamente) o juízo de inconstitucionalidade relativo ao cálculo em proporção do investimento realizado, repondo-o através do novo artigo 31A. Este dispositivo aponta para a equação baseada no produto do grau de impacto (no valor de 0 a 0,5%) vezes o valor de referência (somatório dos investimentos realizados para a implantação do projecto) – cfr. José MARCOS DOMINGUES e Júlia ARAÚJO CARNEIRO, *A compensação SNUC, a ADI 3.378 e o Decreto nº 6.848/2009: novos desdobramentos*, in *Interesse Público*, nº 64, 2010, p. 233 ss., 239-240.

volume de investimento do operador¹⁴ – descartando mesmo as implicações ecológicas do projecto na ponderação (*v.g.*, se era uma instalação de produção de electricidade a partir de fontes renováveis; se se tratava de um projecto turístico ambientalmente amigo). A formulação rectificadora faz depender o cálculo da compensação do dano projectado no estudo de impacto ambiental, o que casa as medidas de compensação com o princípio da responsabilização.

1.2 A COMPENSAÇÃO ECOLÓGICA EX ANTE

O mecanismo da compensação ecológica encontra a sua origem na Convenção Ramsar sobre zonas húmidas, de 1971, tendo vindo a merecer posteriores e pontuais concretizações noutros instrumentos.

1.2.1 NA CONVENÇÃO RAMSAR (1971)¹⁵

A Convenção *Ramsar* foi assinada em 1971, no Irão, no intuito de intensificar a protecção das chamadas *zonas húmidas de importância internacional* e de lhes assegurar uma gestão racional¹⁶. A lógica do documento é, em coerência com os objectivos de prevenção e uso ambientalmente adequado, evitar a destruição ou deterioração de zonas húmidas, em razão do seu potencial ecológico; no entanto, aceitando a inevitabilidade de algumas intervenções e numa perspectiva realista (de resto, confirmada pela afirmação da soberania do Estado sobre as zonas classificadas, apesar da classificação: artigo 2/3) prevê que o sacrifício de uma zona possa acontecer, excepcionalmente e com fundamento em imperiosos motivos de interesse nacional, em troca da criação de novas zonas húmidas. Na formulação do artigo 4 da Convenção,

2. Where a Contracting Party in its urgent national interest, deletes or restricts the boundaries of a wetland included in the List, it should as far as possible compensate for any loss of wetland resources, and in particular it should create additional nature reserves for waterfowl and for the protection, either

¹⁴ Neste sentido, José MARCOS DOMINGUES e Júlia ARAÚJO CARNEIRO, *A compensação SNUC*, [...], cit., p. 236-238.

¹⁵ Sobre a Convenção, cujo nome “oficial” é *Convention on Wetlands of International Importance, especially as waterfowl habitat*, veja-se o site: http://www.ramsar.org/cda/en/ramsar-home/main/ramsar/1_4000_0_

¹⁶ A Convenção, que entrou em vigor em dezembro de 1975, conta hoje com 168 ratificações, e levou à qualificação de 2.143 áreas, num total de 205,530,026 hectares. Teve duas alterações, em 1982 (Protocolo de Paris) e 1987 (Emendas Regina), que não incidiram sobre a solução da compensação.

in the same area or elsewhere, of an adequate portion of the original habitat.

Mesmo tendo em consideração a natureza flexível que uma convenção multilateral internacional deve revestir – tanto mais acentuada quanto a preocupação com a protecção ambiental em 1971 estava a despontar –, não podemos deixar de assinalar dois aspectos desta norma que nos parecem negativos: por um lado, o facto de a obrigação de compensação ser “*as far as possible*”, abrindo uma ampla margem de ajustamento por parte dos Estados (e operadores económicos) – melhor teria sido utilizar “*as whole as possible*”; por outro lado, o facto de o dispositivo ser excessivamente aberto no que toca à localização da zona de compensação (“... *either in the same area or elsewhere...*”), descuidando a observância de uma regra de ouro na conservação da biodiversidade: o respeito pelo *continuum naturale*.

1.2.2 NAS DIRECTIVAS AVES E HABITATS

O Direito da União Europeia não é imune ao instituto da compensação *ex ante*, embora a primeira expressão apenas tenha surgido em 1992, com a directiva habitats. Na verdade, a Directiva nº 79/409/CEE, do Conselho, de 2 de abril, relativa à conservação das aves selvagens, já previa uma cláusula derogatória das restrições e proibições de venda e captura das aves listadas, embora não contivesse qualquer referência a compensação por afectação de habitats das mesmas (expressamente merecedores de protecção, nos termos do artigo 4 da directiva). Curiosamente, o artigo 4/2 da Directiva nº 79/409/CEE contém uma alusão clara ao regime da Convenção de Ramsar, mas apenas no sentido da articulação da classificação entre habitats protegidos e zonas húmidas¹⁷.

Só mais de uma década transcorrida, com a directiva habitats (Directiva nº 92/43/CEE, do Conselho, de 21 de maio), viria a figura da compensação *ex ante* a tomar forma no ordenamento jurídico europeu. O artigo 6/4 acolhe-a. A centralidade deste artigo 6 na operacionalidade do sistema de protecção gizado pela directiva justifica a sua citação integral:

¹⁷ Sublinhe-se que a União Europeia não é parte na Convenção de Ramsar, embora tenha ratificado outros instrumentos de tutela internacional da biodiversidade. Cfr. o Anexo III da Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento e ao Comité Económico e Social *Integrar o ambiente e o desenvolvimento sustentável na política de cooperação económica e para o desenvolvimento. Elementos de uma estratégia global*, COM(2000) 264 final, 18 de maio de 2000, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2000:0264:FIN:PT:PDF>

1. *Em relação às zonas especiais de conservação, os Estados-membros fixarão as medidas de conservação necessárias, que poderão eventualmente implicar planos de gestão adequados, específicos ou integrados noutros planos de ordenação, e as medidas regulamentares, administrativas ou contratuais adequadas que satisfaçam as exigências ecológicas dos tipos de habitats naturais do anexo I e das espécies do anexo II presentes nos sítios.*

2. *Os Estados-membros tomarão as medidas adequadas para evitar, nas zonas especiais de conservação, a deterioração dos habitats naturais e dos habitats de espécies, bem como as perturbações que atinjam as espécies para as quais as zonas foram designadas, na medida em que essas perturbações possam vir a ter um efeito significativo, atendendo aos objectivos da presente directiva.*

3. *Os planos ou projectos não directamente relacionados com a gestão do sítio e não necessários para essa gestão, mas susceptíveis de afectar esse sítio de forma significativa, individualmente ou em conjugação com outros planos e projectos, serão objecto de uma avaliação adequada das suas incidências sobre o sítio no que se refere aos objectivos de conservação do mesmo. Tendo em conta as conclusões da avaliação das incidências sobre o sítio e sem prejuízo do disposto no n.º 4, as autoridades nacionais competentes só autorizarão esses planos ou projectos depois de se terem assegurado de que não afectarão a integridade do sítio em causa e de terem auscultado, se necessário, a opinião pública.*

4. *Se, apesar de a avaliação das incidências sobre o sítio ter levado a conclusões negativas e na falta de soluções alternativas, for necessário realizar um plano ou projecto por outras razões imperativas de reconhecido interesse público, incluindo as de natureza social ou económica, o Estado-membro tomará todas as medidas compensatórias necessárias para assegurar a protecção da coerência global da rede Natura 2000. O Estado-membro informará a Comissão das medidas compensatórias adoptadas.*

No caso de o sítio em causa abrigar um tipo de habitat natural e/ou uma espécie prioritária, apenas podem ser invocadas razões relacionadas com a saúde do homem ou a segurança pública ou com consequências benéficas primordiais para o ambiente ou, após parecer da Comissão, outras razões imperativas de reconhecido interesse público.

O artigo 6/4 da directiva espelha a lógica da Convenção de Ramsar, mas é igualmente insuficiente no que tange os critérios de compensação e aos locais de compensação (sem embargo da referência à “coerência global da rede Natura 2000”). A norma é muito aberta e tem sido objecto de algumas decisões do TJUE, mas nem estas deixaram mais claros os aspectos apontados. Certo, da jurisprudência do TJUE resulta a excepcionalidade da compensação a qual, na maioria das hipóteses, corresponderá a uma desafectação da zona integrada na rede Natura, quebrando-se assim o *continuum naturale*, ou a coerência da rede¹⁸ – mas nada se avança quanto à metodologia de compensação por elemento equivalente, nem quanto ao perímetro geográfico a ter em conta na intervenção compensatória.

Foi a Comissão que, em 2007, num documento de orientação, estabeleceu algumas premissas quanto à implementação de medidas compensatórias nas áreas de rede Natura 2000¹⁹. Vale a pena determo-nos um pouco na sua análise.

A Comissão começa por sublinhar, no *Guidance document* (ponto 1.2.1.), que a autorização de projectos que possam causar impactos significativos em sede de rede Natura 2000 é excepcional, devendo ser justificada por apelo, primeiro, ao supremo interesse nacional na concretização do projecto e, segundo, à total ausência de alternativas viáveis (a jurisprudência do TJUE contribuiu para esta afirmação de princípio). Estabelecidas estas bases, cumpre ainda verificar se a severidade do dano não é minimizável – degradando-o em não significativo e dispensando assim as medidas compensatórias. Por fim, atestada a inevitabilidade do dano – certo ou não excluível com base na melhor informação disponível –, as razões de imperioso interesse público que devem prevalecer sobre os interesses ecológicos hão-de ser especial e fundamentadamente apresentadas, bem como

¹⁸ Cfr. o caso C-57/89 (*Comissão contra a Alemanha*), acórdão do TJUE de 28 de Fevereiro de 1991.

¹⁹ Cfr. *Guidance document on Article 6(4) of the ‘Habitats Directive’ 92/43/EEC: “Managing Natura 2000 sites. The provisions of Article 6 of the ‘Habitats’ Directive n° 92/43/EEC” (2007-2012) – Clarification of the concepts of: alternative solutions, imperative reasons of overriding public interest, compensatory measures, overall coherence: Opinion of the Commission*, Versão revista em 2012, disponível em http://ec.europa.eu/environment/nature/natura2000/management/guidance_en.htm

descritas as medidas compensatórias que visam colmatar o prejuízo ecológico superveniente.

Fundamental para a correcta percepção do âmbito e conteúdo das medidas compensatórias é a adequada avaliação de impacto ambiental. Por outras palavras, a “leitura” biológica, com base na melhor informação disponível, do estado do sítio no qual se fará a intervenção é pressuposto essencial à aferição dos previsíveis danos, cuja eclosão deve demonstrar-se ser inevitável, quer em termos de isolamento daquela alternativa como única viável, quer no plano da sua minimização e redução ao mínimo indispensável. O *Guidance document* dá claras indicações para a composição de uma “avaliação adequada” (ponto 1.3.), na qual se deverá abordar:

- A estrutura e função do sítio e dos respectivos componentes biológicos;
- A área, representatividade e estado de conservação dos habitats, prioritários e não prioritários;
- O tamanho da população, o estado de isolamento, o ecotipo, grupo genético, idade e estrutura da classe, e o estado de conservação das espécies do Anexo II da directiva habitats e do Anexo I da directiva aves presentes;
- A importância do sítio para a região biográfica e para a coerência da rede Natura 2000;
- Quaisquer outros componentes ecológicos presentes e suas funções.

Como veremos, a similitude destes factores com os dados requeridos no âmbito da reparação de danos ecológicos (à biodiversidade) no contexto do RPRDE é grande. Compensar *ex ante* traduz-se em reparar um dano por equivalente, o que justifica a aproximação. Este dano, no entanto, por ser imperativo evitar a todo o custo mas que um superior interesse pode justificar, deve ser suportado por uma segunda ponderação, conforme sublinha a Comissão. Ou seja, à primeira avaliação, que redundava num juízo negativo, deve suceder-se uma segunda ponderação, agora numa vertente estrita de indispensabilidade da realização do projecto em face de concretos interesses públicos superiores e

na redemonstrada ausência de alternativas, contra a implementação de medidas compensatórias²⁰.

As medidas compensatórias devem ser decretadas no contexto da “coerência global da rede Natura 2000”, uma fórmula que a Comissão tenta circunscrever no ponto 1.4.2. do *Guidance document*. Para atingir este desiderato, as medidas compensatórias devem: aplicar-se, em proporções comparáveis ao dano provocado, a espécies e habitats similares aos afectados e promover funções idênticas àquelas que justificaram a classificação das espécies e habitats lesados, tendo em especial consideração a localização geográfica. A Comissão enfatiza que a contiguidade geográfica pode não ser requisito essencial para a realização adequada das medidas desde que o sítio a recuperar ou incrementar tenha características similares ao sacrificado, mesmo que em zona geográfica diversa.

A Comissão estabelece sete tipos de critérios que devem presidir ao decretamento de medidas compensatórias (cfr. o ponto 1.5. do *Guidance document* em apreço):

- a) Que seja orientada para a reposição da integridade biológica dos componentes afectados noutra local²¹. A Comissão realça a preferência absoluta por prestações de *facere* imediatas e a excepcionalidade de constituição de fundos, mesmo que afectos à realização de medidas compensatórias futuras;
- b) Que seja efectiva. Ficando a concretização do projecto na dependência da contrapartida ecológica do custo provocado, a compensação tem que ser real e não puramente teórica, devendo estudar-se várias alternativas

²⁰ «Specifically, the logic and rationale of the assessment process requires that if a negative impact is foreseen then an evaluation of alternatives should be carried out as well as an appreciation of the interest of the plan/project in relation to the natural value of the site. Once it is decided that the project/plan should proceed, then it is appropriate to move to a consideration of compensation measures. This approach has also been confirmed in the opinion given by the advocate general in the case C 239-/04 (paragraph 35)» (ponto 1.4.1.).

²¹ Com vista à consecução deste objectivo, a Comissão ressalta a importância de identificar (ponto 1.5.1.):

- «the total numbers of species affected;
- the principle species affected and the broad proportion of the total population(s) that these occur in;
- the principle function(s) of the habitats that will be adversely affected that the species depend on e.g. feeding, roosting, etc;
- the likely populations of species and the habitat functions at favourable conservation status;
- the measures needed to offset the damage to the habitat functions and species affected so that they are restored to a state that reflects the favourable conservation status of the area affected».

- e escolher-se a que demonstrar melhores possibilidades de sucesso. Isto significa que a execução das medidas deve ser monitorizada e garantida a sua boa *performance* do ponto de vista ecológico;
- c) Que seja tecnicamente viável. Cada conjunto de medidas compensatórias deve obedecer a estudos baseados na melhor informação técnico-científica disponível e seguir uma metodologia de abordagem do caso concreto, em toda a sua especificidade;
- d) Que seja suficiente. O *Guidance document* realça a necessidade de a proporção da compensação ser aferida caso a caso, pois a hipótese de sucesso das medidas varia muito consoante os componentes ambientais em jogo, a sua raridade, as suas interações. Em regra, a compensação adequada deverá ser sempre superior ao ratio 1:1, pois as possibilidades de insucesso na realocização de espécies e habitats e na reprodução de condições de existência únicas são altas;
- e) Que seja adequadamente localizada. Já se referiu que a contiguidade geográfica não é uma exigência absoluta mas a continuidade biogeográfica é uma condição inequivocamente preferencial. A Comissão sublinha também que as medidas hão-de recair sobre uma zona com idêntico potencial de desenvolvimento à zona afectada, podendo ser já integrada na rede Natura 2000 ou vir a integrá-la, após a realização das medidas. Em contrapartida, não devem realizar-se medidas compensatórias que minimizem os valores de áreas de rede Natura 2000 já existentes;
- f) Que seja temporalmente adequada. A perspectiva do *Guidance document* é a de que as medidas compensatórias devem, de preferência, estar concluídas – pelo menos no que toca ao início de execução e existência de plano de gestão – no momento em que o projecto tem início, para que não haja sequer perdas interinas. Os diferentes tempos da natureza e do Homem podem, no entanto, levar a que a compensação se prolongue no tempo e ultrapasse até a fase de instalação do projecto, pelo que pode haver lugar á fixação de medidas compensatórias das perdas interinas;
- g) Que seja revisível em face de novas circunstâncias. A implementação de longo curso implica, segundo o *Guidance document*, uma articulação entre o regime de fiscalização das medidas compensatórias e o regime de reparação do dano ecológico – ou seja, o facto de elas serem fixadas e cumpridas não significa que, em razão de circunstâncias supervenientes,

não devam ser actualizadas, sob pena de penalizações aos Estados e imputação de responsabilidade por danos “a descoberto”.

1.2.3 NA LEGISLAÇÃO NACIONAL SOBRE PROTECÇÃO DA NATUREZA

Portugal incorporou o tecido normativo relativo à rede Natura 2000 através do RRN, cujo artigo 10º/12 refere a figura das medidas compensatórias. O regime aponta para a sua natureza excepcional e de *ultima ratio*: em princípio, intervenções em áreas de rede Natura 2000 (ou contíguas, desde que o impacto lesivo se estenda a estas) são proibidas, sempre que se não reflectam imediatamente em infra-estruturas ou equipamentos de apoio e possam ter efeitos nefastos na manutenção do equilíbrio ecológico da zona protegida. Excepcionalmente, por razões “imperativas de reconhecido interesse público, incluindo de natureza social ou económica”²², devidamente reconhecidas ao nível ministerial, e depois de constatada a absoluta ausência de alternativas, uma intervenção com efeitos adversos significativos poderá ser autorizada²³, desde que acompanhada da prescrição de medidas compensatórias “necessárias à protecção da coerência global da rede Natura 2000” (artigo 10º/10 e 12)²⁴. Caso a lesão projectada incida sobre espécies e/ou habitats prioritários (ou seja, especialmente frágeis), as condições de autorização excepcional agravam-se, devendo a intervenção basear-se exclusivamente ou na salvaguarda da segurança e saúde públicas; ou numa contrapartida “primordial” para o ambiente; ou em outras razões, igualmente imperativas de interesse público, que deverão ser reconhecidas ao nível da União, através de parecer prévio da Comissão Europeia (artigo 10º/11

²² Conforme explicita a Comissão no *Guidance document* referenciado, estas razões devem revestir manifesto interesse público, independentemente de o projecto ser prosseguido por entidades públicas ou privadas (ponto 1.3.). O documento sublinha os dois pólos de relevância do interesse: ser «overriding» (no sentido de poder prevalecer sobre a magnitude de um interesse ecológico que se traduz numa «Community’s natural heritage»), e ser «long term» (na perspectiva de duração do retorno do projecto contra a durabilidade do efeito ecológico que se sacrifica).

²³ Sobre esta possibilidade de derrogação do efeito preclusivo da DIA (desfavorável), veja-se Tiago ANTUNES, *Singularidades de um regime ecológico. O regime jurídico da rede Natura 2000 e, em particular, as deficiências da análise de incidências ambientais*, in *No Ano Internacional da Biodiversidade. Contributos para o estudo do Direito da protecção da biodiversidade*, coordenação de Carla Amado Gomes e Tiago Antunes, e-book publicado pelo ICJP, disponível in http://www.icjp.pt/system/files/files/e-book/ebook_completo/e-book_biodiversidade2.pdf - ISBN: 978-989-97410-2-7, p. 147 ss., 208 ss.

²⁴ Pascale STEICHEN (*La responsabilité environnementale dans les sites Natura 2000*, in *REDE*, 2009/3, p. 247 ss., 261) aponta o exemplo destas intervenções absolutamente excepcionais como a única derrogação à aplicação do regime de responsabilidade civil por dano ecológico em zona de rede Natura 2000.

e 12). Em qualquer caso, as medidas adoptadas deverão ser comunicadas à Comissão Europeia.

No RCNB, abre-se identicamente espaço às medidas compensatórias, no artigo 36º (cuja epígrafe é: *Instrumentos de compensação ambiental*)²⁵, que passamos a transcrever:

1 – A conservação da natureza e da biodiversidade pode ser promovida através de instrumentos de compensação ambiental que visam garantir a satisfação das condições ou requisitos legais ou regulamentares de que esteja dependente a execução de projectos ou acções, nomeadamente decorrentes do regime jurídico da avaliação de impacte ambiental ou do regime jurídico da Rede Natura 2000.

2 – Sem prejuízo do disposto no número seguinte, a compensação ambiental concretiza-se pela realização de projectos ou acções pelo próprio interessado, previamente aprovados e posteriormente certificados pela autoridade nacional, que produzam um benefício ambiental equivalente ao custo ambiental causado.

3 – Mediante iniciativa e financiamento pelo interessado, dependente de acordo com a autoridade nacional, a compensação ambiental pode também ser concretizada através da realização de projectos ou acções pela autoridade nacional.

4 – Sempre que nos termos do número anterior haja lugar a financiamento pelo interessado de projectos ou acções a realizar pela autoridade nacional, os pagamentos em causa ficam obrigatoriamente adstritos às finalidades de compensação ambiental que lhes subjazem.

Este dispositivo, diferentemente do artigo 10º *supra* citado, dirige-se a particulares, embora, como se estabelece nos nº 3 e 4, a realização da intervenção compensatória possa ser realizada por entidade pública e custeada pelo promotor da intervenção lesiva – imagina-se que esta hipótese se destina a possibilitar a

²⁵ Assinale-se que a Rede Regional de Áreas Protegidas dos Açores, criada pelo DLR 15/2007/A, de 25 de junho, não contemplava qualquer disposição semelhante ao artigo 36º do RCNB. O novo regime, aprovado pelo DLR 15/2012/A, de 2 de abril, apenas as contempla em sede estrita de protecção de áreas incluídas na rede Natura 2000 – cfr. o artigo 23º/3 e 4.

intervenção quando esta recair em espaço cujo domínio (*maxime*, titularidade) o interessado não detém (podendo ser público ou privado²⁶). Continua, no entanto, a não avançar quaisquer critérios que possam nortear a Administração na fixação destas medidas, que deverão ser aprovadas e certificadas pelo Instituto da Conservação da Natureza e das Florestas, I.P. (autoridade nacional, nos termos do artigo 8º/1/a) do RCNB²⁷ = ICNF), apenas se limitando a afirmar que devem produzir “um benefício ambiental equivalente ao custo ambiental causado”.

A *fonte de inspiração* para ir beber tais critérios seria, decerto, o RRN – que os omite. O nº 1 deste artigo 36º bem para ele remete, mas o esforço é inglório. Mais estranha é a remissão para o regime da avaliação de impacto ambiental, pois que se trata de um mecanismo de aplicação geral, a impactos de todas as ordens e não especificamente os relativos à biodiversidade. Acresce que o artigo 40º do DL 69/2000, de 3 de Maio, revisto e republicado pelo DL 197/2005, de 8 de novembro (regime da avaliação de impacto ambiental = RAIA), em cuja epígrafe se lê “Medidas compensatórias”, se reporta à compensação *ex post*, na sequência de uma infracção cujos efeitos lesivos o agente não consegue restaurar *in natura*. Ora, sendo o RAIA anterior ao RPRDE (quer na versão original, quer na revista), a articulação que o legislador teve em mente foi certamente com a LBA – e esta aponta para uma compensação *in pecunia*, bem diferente daquela a que o RRN ou o RCNB se reportam.

O artigo 36º do RCNB representa, no entanto, um avanço na uniformização da obrigação de compensação do dano à biodiversidade, pois equipara o regime de compensação na rede Natura 2000 às restantes áreas, eliminando assim a possibilidade de gradações entre espécies de fauna e flora e respectivos habitats consoante a sua natureza, puramente interna ou também europeia. Descartando

²⁶ Normalmente, tenderá a ser público uma vez que as operações de compensação ecológica constituem uma valorização do imóvel se traduzem num enriquecimento do seu titular, cujo ainda que involuntário locupletamento não pode rebater-se junto de nenhuma entidade.

²⁷ Refira-se que o Instituto da Conservação da Natureza e da Biodiversidade, I.P., foi substituído, na nova orgânica do Ministério da Agricultura, Mar, Ambiente e Ordenamento do Território, adoptada pelo DL 7/2012, de 17 de Janeiro, pelo Instituto da Conservação da Natureza e das Florestas, I.P. [artigo 5º/1/b)]. O DL 119/2013, de 21 de agosto, ao aprovar a nova orgânica do XIX Governo constitucional decorrente das remodelações ministeriais de julho de 2013, cindiu o Ministério da Agricultura, Mar, Ambiente e Ordenamento do Território em dois – e afectou a política de Energia ao Ministério do Ambiente. Assim, temos hoje, por um lado, o Ministério do Ambiente, Ordenamento do Território e Energia, e o Ministério da Agricultura e Mar, por outro lado. Conjuntamente, estes dois Ministérios exercem a tutela sobre o ICNF, I.P. (cfr. o artigo 16º-A/4 do DL 119/2013) – uma repartição que certamente agravará a complexidade de resolução das questões relacionadas com a tutela da biodiversidade.

a metodologia das autorizações que envolvam sacrifício de espécies e habitats prioritários no seio da rede Natura 2000 por razões de interesse público diversas das indicadas nas alíneas a) e b) do n.º 11 do artigo 10.º do RRN – que envolverá uma fundamentação específica, com invocação de motivos restritos, e ficará sujeita a tutela integrativa *a priori* da Comissão Europeia, através de parecer prévio –, o regime das medidas compensatórias (seja lá o que for) valerá para ambos os sistemas de protecção (que, aliás, se reconduzem ao Sistema Nacional de Protecção da Natureza). Sendo certo, porém, que as medidas compensatórias aplicadas no seio do subsistema Natura 2000 deverão ser comunicadas à Comissão Europeia.

Ou seja, só “razões imperativas de reconhecido interesse público” – nos termos do artigo 10.º/10 do RRN – poderão justificar uma intervenção em área protegida, cuja validade fica dependente da aprovação e certificação das medidas compensatórias que dela são “contrapartida” pela Autoridade Nacional, quando estas não sejam levadas a cabo pela própria Autoridade (artigo 36.º/2 do RCNB). Sublinhe-se a bipolaridade deste procedimento: por um lado, temos um reconhecimento de valores, em concreto e no contexto socioeconómico, de natureza essencialmente política, que há-de ser realizado pela entidade que classificou a área protegida em causa (uma vez que a intervenção a que o reconhecimento desses valores dará azo implicará uma desafecção/desclassificação implícita da parcela em causa, por destruição e/ou degradação dos valores ambientais sustentáculo da classificação)²⁸. Questionável é saber se tal

²⁸ Nos termos dos artigos 9.º ss. do RCNB, o Sistema Nacional de Áreas Protegidas é composto por áreas de rede Natura 2000, por áreas decorrentes de classificações estabelecidas em instrumentos internacionais dos quais Portugal é signatário, e ainda por áreas protegidas nacionais.

No território continental, estas podem revestir a forma de parque nacional, parque natural, reserva natural, paisagem protegida e monumento natural. À excepção das primeiras, todas as outras podem ser regionais ou locais (cfr. o artigo 11.º do RCNB). As áreas de âmbito nacional são classificadas por decreto-regulamentar (artigo 14.º/3 do RCNB); as de âmbito regional por acto do órgão deliberativo da associação de municípios (artigo 15.º/2 do RCNB) e as de âmbito local, pela assembleia municipal (artigo 15.º/2 do RCNB), todas antecedidas de consulta pública, anunciada com uma antecedência mínima de 10 dias, em aviso a publicar no Diário da República ou nos locais de estilo, não devendo ter duração inferior a 20 nem superior a 30 dias (artigo 15.º/3 do RCNB).

Para a Madeira, vejam-se, sobretudo, o Decreto Regional n.º 14/82/M, de 10 de Novembro (cria o Parque Natural da Madeira), e o DLR 11/85/M, de 23 de Maio (define as medidas preventivas, disciplinares e de preservação do Parque Natural da Madeira) – veja-se também o DLR 14/90/M, de 23 de maio (cria a Área de protecção especial das Ilhas Selvagens, aletrado pelo DLR 9/95/M, de 20 de Maio) e o DLR 32/2008/M, de 13 de agosto (cria a rede de áreas protegidas marinhas de Porto Santo e respectivo regime jurídico); para os Açores, o recente DLR 15/2012/A, de 2 de abril. Sobre o anterior sistema de protecção regional da biodiversidade açoriana, veja-se Rui CORDEIRO, *Os desafios da tutela da biodiversidade na região autónoma dos Açores: um trilho a seguir?*, in *No Ano Internacional da*

desclassificação opera através do mesmo ritual procedimental, nomeadamente se envolve prévia discussão pública. Cremos que isso deveria acontecer, mas tal não decorre do texto da lei – dir-se-ia que a lei aligeira a “desclassificação”, remetendo para a Autoridade Nacional a avaliação periódica das áreas protegidas de âmbito regional e local, podendo integrá-las em áreas nacionais ou excluí-las do Sistema Nacional, ou seja, desclassificando-as por perda dos valores relevantes de biodiversidade que justificaram a integração (cfr. o artigo 15º/5 e 6 do RCNB).

Uma vez reconhecido o interesse – económico, social ou mesmo ambiental – relevante justificativo da intervenção lesiva, pública ou privada, deverão ser fixadas as medidas de compensação a aplicar, a decidir pela Autoridade Nacional²⁹. Deter-nos-emos sobre esta fixação e sobre a sua relação com o acto autorizativo no ponto seguinte mas, por ora, gostaríamos de chamar a atenção para que pode haver medidas de compensação fixadas por outras entidades e sujeitas a pressupostos mais restritivos, desde que a lei expressamente assim determine. Um exemplo encontra-se no repristinado DL 169/2001, de 25 de maio [por força da revogação do DL 254/2009, de 24 Setembro (o nado-morto Código Florestal), pela Lei nº 12/2012, de 13 de março], que admite a fixação de medidas compensatórias de corte de sobreiros e azinheiras sob invocação de razões de “imprescindível utilidade pública e de relevante e sustentável interesse para a economia local” (no caso de empreendimentos agrícolas). Vale a pena reportar aqui o conteúdo da norma (artigo 8º)³⁰, confrontando-a com o artigo 36º do RCNB:

Artigo 8º (Manutenção da área de sobreiro e azinheira)

1 – O Ministro da Agricultura, do Desenvolvimento Rural e das Pescas [hoje, Ministério do Ambiente, do Ordenamento do Território e da Energia] condicionará a autorização de corte ou arranque de sobreiros e azinheiras em povoamentos,

Biodiversidade. Contributos para o estudo do Direito da protecção da biodiversidade, coordenação de Carla Amado Gomes, e-book publicado pelo ICJP, disponível in http://www.icjp.pt/system/files/files/e-book/ebook_completo/e-book_biodiversidade2.pdf - ISBN: 978-989-97410-2-7, p. 113 ss.

²⁹ Hoje extinta, na sequência da remodelação do Ministério do Ambiente e com as competências transitadas para a esfera do Instituto da Conservação da Natureza e das Florestas, I.P. (cfr. o artigo 34º/3/h) do DL 7/2012, de 17 de Janeiro).

³⁰ Assinale-se que o corte carecia sempre de autorização prévia, muito embora fora dos casos previstos no artigo 45º fosse necessário, acrescidamente, fazer declarar a imprescindível utilidade pública dos cortes, nos termos do artigo 113º do Código.

determinando como forma compensatória, sob proposta da Direcção-Geral das Florestas [hoje, ICNF]³¹, medidas específicas para a constituição de novas áreas de povoamento ou beneficiação de áreas existentes, devidamente geridas, expressas em área ou em número de árvores.

2 – A constituição de novas áreas de sobreiros ou azinheiras ou a beneficiação de áreas preexistentes devem efectuar-se em prédios rústicos pertencentes à entidade proponente, com condições edafo-climáticas adequadas à espécie e abranger uma área nunca inferior à afectada pelo corte ou arranque multiplicada de um factor de 1,25.

3 – Para a elaboração da proposta a apresentar à tutela, a Direcção-Geral das Florestas [ICNF] deve solicitar à entidade promotora do empreendimento a apresentação de um projecto de arborização e respectivo plano de gestão e proceder, conjuntamente com a direcção regional de agricultura competente, à sua análise e aprovação.

4 – Para efeitos do disposto no nº 1, pode ainda ser exigida à entidade promotora a constituição de garantia bancária, a favor da Direcção-Geral das Florestas [ICNF], com o objectivo de assegurar o cumprimento das medidas nele previstas.

Sublinhe-se o detalhe do nº 2, indicando tanto o tipo de solo no qual devem ser implantadas as novas árvores ou beneficiadas as existentes, como a continuidade natural com a área afectada, e ainda a proporção da compensação (a multiplicar por 1.25 relativamente à área afectada)³². Acrescente-se ainda a possibilidade de exigência de uma garantia bancária ao promotor e a monitorização da operação de compensação por este. A constituição da garantia bancária poderia funcionar como penhor da boa conclusão da operação de compensação, faltando talvez uma referência mais explícita à execução

³¹ A Direcção-Geral das Florestas foi posteriormente qualificada como Autoridade Florestal Nacional, actualmente extinta, na sequência da remodelação do Ministério do Ambiente. As suas competências transitaram para a esfera do Instituto da Conservação da Natureza e das Florestas, I.P. (cfr. o artigo 34º/3/h) do DL 7/2012, de 17 de Janeiro).

³² Sublinhe-se que o artigo 8º/2 do DL 254/2009, agora revogado, impunha uma compensação em proporção superior: 1,5.

subsidiária pela Direcção-Geral, hoje ICNF, em caso de incumprimento pelo promotor ou pelo terceiro ao seu serviço.

Uma última nota respeita a saber se, nos espaços do sistema nacional de protecção da Natureza sujeitos também ou exclusivamente a normas de protecção oriundas de instrumentos internacionais (*vide* o artigo 27º do RCNB, referindo-se a “áreas abrangidas por designações de conservação de carácter supranacional”), que não-de desejavelmente ser absorvidas pelos instrumentos de gestão territorial que lhes forem aplicáveis (*vide* o n.º 3 do artigo 27º do RCNB), poderá aplicar-se a técnica da compensação *quando tal instrumento internacional a não consagre*³³. Entendemos que não, dado que a solução da compensação *ex ante* deve ser entendida restritivamente, pois claramente atenta contra a regra de ouro na matéria, que é a prevenção. Assim, não existindo norma habilitativa da utilização do instrumento, ele não deve ser aceite, depreendendo-se daí uma consideração do alto grau de infungibilidade que os Estados consideraram revestir os bens naturais sujeitos à regulação.

1.2.4 A FIXAÇÃO DE MEDIDAS COMPENSATÓRIAS E A DECISÃO AUTORIZATIVA

A previsão da figura das medidas compensatórias na textura normativa da rede Natura 2000 parece apontar para que apenas os Estados podem ficar adstritos à implementação destas – um tanto por força da presunção de que os empreendimentos a requisitá-las, na sua maioria, se traduzem em grandes intervenções, necessariamente públicas, e outro tanto porque, mesmo desenvolvidas por privados, são os Estados que, perante a União Europeia, têm o dever de cumprir e fazer cumprir as obrigações decorrentes das directivas. Tal primeira impressão falece, todavia, pois ainda que a actividade da qual decorre a compensação seja levada a cabo por privados, ela deve ser autorizada pelas entidades nacionais competentes, de acordo com os constrangimentos advenientes das vinculações eurocomunitárias. Acresce que em todas as áreas protegidas não sujeitas ao regime da rede Natura 2000, as medidas compensatórias serão igualmente exigidas, nos termos do artigo 36º da RNCB, quer a entidades públicas quer a privados.

³³ Da lista de instrumentos constante do n.º 2 do artigo 27º, apenas a Convenção de Ramsar consagra a técnica da compensação ecológica, como vimos *supra*.

No esquema da compensação *ex ante*, o instrumento onde se acolhem as medidas compensatórias parece ser, por excelência, a declaração de impacto ambiental³⁴. Deve sublinhar-se, todavia, o entendimento de que no caso de serem decretadas medidas compensatórias, tal competência pertence ao ICNF³⁵, que deverá intervir no procedimento de avaliação de impacto lavrando um parecer vinculativo – situação que não resulta líquida do regime geral de AIA³⁶, mas que se revela inquestionável em razão do disposto no artigo 36º/1 do RCNB. Com efeito, e na sequência do regime da directiva habitats *supra* descrito, a autorização de projectos que envolvam danos significativos em zonas protegidas nacionais e de rede Natura 2000 está “dependente” da aprovação e realização de medidas compensatórias adequadas e suficientes, “que produzam um benefício ambiental equivalente ao custo ambiental causado” (artigo 36º/2 do RCNB), a determinar pelo ICNF.

Por outras palavras e ainda que a competência de emissão da DIA seja do Ministro responsável pela pasta do Ambiente, configura-se aqui uma situação de competência conjunta no que toca à determinação das medidas compensatórias, dimensão decisória esta que constitui, na verdade, uma cláusula acessória, modal, do acto autorizativo parcial em que se traduz a DIA (ou equivalente³⁷). Acresce que o cumprimento das obrigações em que se traduz esta cláusula deverá ser certificado pelo ICNF – em momento e com efeitos que a lei não explicita.

³⁴ Nos casos de dispensa do procedimento de AIA (artigo 3º do RAIA), e em todos os casos de insubmissão a AIA (por não aplicação de qualquer um dos n.ºs do artigo 1º do RAIA), a serem decretadas medidas compensatórias, elas deverão constar da modalidade de ponderação alternativa que no caso se aplicar.

³⁵ Ressalte-se que o estudo de impacto ambiental apresentado pelo operador pode já contemplá-las, não escamoteando os danos futuros. Porém, esta é tendencialmente uma visão não imparcial, necessitando de ser confirmada/aditada/corrigida pelo ICNF, no âmbito do procedimento de AIA, quanto aos danos à biodiversidade. Recorde-se o paralelo da reparação do dano ecológico, no âmbito do qual a APA, nos termos do artigo 16º do RPRDE, pode – e deve – pronunciar-se sobre o plano de reparação apresentado pelo agente (caso este o tenha elaborado).

³⁶ Muito menos resulta líquida do excepcional procedimento de dispensa de AIA, que refere apenas as medidas de minimização (artigo 3º do RAIA). Cremos, todavia, que a dispensa de AIA não acarreta, em razão da sua excepcionalidade, a dispensa de medidas compensatórias quando imprescindíveis à reposição, na medida de ecologicamente possível, do *continuum naturale*.

³⁷ No Acórdão do TCA-Sul de 14 de setembro de 2010 (Proc. 05424/09), o Tribunal pronunciou-se sobre medidas compensatórias de abate de sobreiros (replântio) como fórmula particular de ponderação de interesses, no âmbito de um pedido de suspensão de eficácia de autorização de corte de 50 sobreiros com vista a loteamento urbano com finalidade de habitação social que não estava sujeito a AIA, por não recondução aos casos do artigo 1º/3 do RAIA. Neste caso, a fixação de medidas compensatórias foi feita na declaração de utilidade pública do empreendimento, que permitiu o abate sob condição de replântio.

Especialmente problemático é saber em que *momento* e *documento* se inscrevem as medidas compensatórias em caso de intervenção em zona de rede Natura 2000. Isto porque o regime traçado no RRN é altamente equívoco, dando azo a querelas doutrinárias e a insegurança jurídica, num domínio em que a fragilidade e importância dos valores envolvidos reclamaria maior clareza³⁸.

À primeira vista, a resposta vai no sentido de que aquelas medidas constam do instrumento que, em concreto, e nos termos do artigo 10º/2 do RRN, procede à avaliação de incidências ambientais. Porém, o regime legal aponta para um procedimento bifásico e misto em caso de avaliação desfavorável ou condicionalmente favorável (porque esta implica um risco, maior ou menor, de impacto ou mesmo dano, ou seja, é à partida desfavorável, com possibilidade de minimização/compensação da desfavorabilidade – logo, inviabiliza o empreendimento projectado), que se traduz em fazer prevalecer um juízo político de superioridade de interesses diversos do ambiental (*maxime*, económicos) que não os da preservação da biodiversidade. Ora, esta prevalência deve ser demonstrada através de uma declaração ministerial que envolve o Ministro do qual emana a avaliação ambiental negativa e do(s) ministro(s) que tutelam os outros interesses em conflito, na qual se afirme a relevância de tais interesses, se confirme a inexistência de alternativas viáveis e se decrete medidas compensatórias para “neutralizar” o dano aos valores de biodiversidade em risco.

Por outras palavras, a intervenção do ICNF, que num procedimento de avaliação de impacto *fora* de rede Natura 2000 relativo a um projecto do qual possam resultar danos ecológicos, acontecerá a pedido da Autoridade da AIA e se traduzirá num parecer vinculativo para o Ministro do Ambiente, deverá surgir, necessariamente, *dentro* de um procedimento de avaliação de impactos/incidências ambientais relativo a um projecto em rede Natura 2000 cuja primeira avaliação seja desfavorável ou condicionalmente favorável, como *formalidade essencial* do procedimento de ponderação que redundará no acto político que “trunfa” a avaliação ambiental que desaconselha a intervenção. Sublinhe-se que o ICNF até pode ter intervindo no momento avaliativo “puramente” ambiental – mas tal intervenção deverá ser repetida uma vez que pode ter que ser revista (de uma negativa para uma positiva) ou, ainda que mantida, confirmada, em face da “desvitalização” da avaliação ambiental provocada pela decisão política de

³⁸ Para mais desenvolvimentos, veja-se Carla AMADO GOMES, *Introdução ao Direito do Ambiente*, Lisboa, 2012, p. 133-138.

preferência de outros interesses em face do ambiental. É este acto de ponderação de interesses, do qual as medidas compensatórias constituem (nos termos do artigo 10º/11 do RRN) elemento essencial³⁹, que vai absorver todos os passos procedimentais anteriores e constituir a pauta de actuação do proponente.

A interpenetração das medidas compensatórias com a autorização do projecto levanta várias questões, de entre as quais identificaríamos:

a) O efeito conformativo da cláusula inserta na DIA não só relativamente à fase de instalação do projecto como também à fase de funcionamento e mesmo desmantelamento, por força da projecção das directrizes da DIA nos actos autorizativos, parciais e finais, subsequentes (cfr. o artigo 20º do RAIA).

Temos aqui em mente a possibilidade da eventual extensão da obrigação de realização de medidas compensatórias em razão de danos futuros e certos decorrentes da utilização da infra-estrutura implantada (*v.g.*, em casos de instalações sujeitas a licença ambiental, renováveis a cada renovação desta em virtude da contínua afectação de valores de biodiversidade⁴⁰). Repare-se que aceitar esta modalidade de compensação pelo funcionamento implica estabelecer uma derrogação à aplicação do regime da compensação *ex*

³⁹ A essencialidade das medidas compensatórias num domínio de alta vulnerabilidade como as áreas de rede Natura 2000 (insista-se nas leituras da Comissão Europeia e do TJUE) tornam obrigatória e imprescindível a emissão de pareceres pelo ICNF, bem como apontam para a sua inarredável vinculatividade. Assim, é com profunda perplexidade e preocupação que assistimos à tomada de opções legislativas que *branqueiam* a obrigatoriedade destes pareceres, adoptando a solução do silêncio endoprocedimental positivo (como acontece em sede de licenciamento de centrais electroprodutoras em regime especial, ou seja, a partir de recursos renováveis) – cfr. o artigo 33º-S/8 do DL 172/2006, de 23 de Agosto, alterado e republicado pelo DL 215-B/2012, de 8 de outubro.

⁴⁰ Esta hipótese é expressamente admitida no novíssimo regime de licenciamento ambiental, aprovado pelo DL 127/2013, de 30 de agosto, no tocante às instalações de gestão de resíduos (que se pautam por um modelo simplificado, só necessitando de licença de exploração: artigo 6º/1). O artigo 19º/9/a atribui à APA a competência para alterar a licença de exploração no sentido de impor ao operador «medidas adequadas para minimizar ou compensar os efeitos negativos não previsíveis para o ambiente ou para a saúde pública ocorridos durante a exploração da instalação», e o artigo 78º/2/a reconhece à APA competência de revogação, total ou parcial, da licença de exploração caso se verifique uma impossibilidade de compensar os «efeitos negativos significativos não previsíveis para o ambiente ou para a saúde em resultado da exploração da instalação».

post e abrir lugar a uma nova espécie de poluidor: o poluidor-compensador;

b) A eventual revisibilidade da cláusula modal, em face de circunstâncias supervenientes (cfr. o artigo 29º do RAIA) – com inerente reflexão nos actos autorizativos posteriormente emitidos, *maxime* na decisão final.

A fixação de medidas compensatórias pode sofrer alterações, não só em sede de revisão do projecto de execução em face da DIA previamente emitida sobre o anteprojecto (cfr. o artigo 28º do RAIA), como em razão de circunstâncias ou análises supervenientes do estado dos valores de biodiversidade que sofrerão com a implantação do projecto (cfr. o artigo 29º/3 do RAIA). Note-se que a actualização das medidas compensatórias estabelecidas na DIA pode ocorrer até à certificação do ICNF, quer aumentando as obrigações do operador, quer reduzindo-a;

c) A múltipla fiscalização do operador: pela entidade coordenadora, pela autoridade de AIA e pelo ICNF, no tocante à observância das medidas compensatórias.

Queremos chamar aqui a atenção para que a consequência de incumprimento das medidas compensatórias não está definida na lei – por um lado, porque as normas relativas a contra-ordenações só abrangem, e implicitamente, as medidas de minimização (cfr., por exemplo, o disposto no artigo 37º/1/c) do RAIA) e, por outro lado, porque o efeito natural do incumprimento será a não certificação pelo ICNF. Esta fiscalização (sempre que as medidas sejam desenvolvidas pelo operador; já não se a sua realização for levada a cabo pelo ICNF: cfr. o artigo 36º/3 e 4 do RCNB) deverá ser tão efectiva quanto possível e envolver um contacto próximo com as entidades com competências autorizativas do projecto, em razão da relação de dependência entre a plena compensação do dano e a válida autorização da actividade lesiva.

Ressalte-se que a compensação há-de estar a ocorrer em local diverso daquele onde se realiza a intervenção e obedece a critérios que só o ICNF está em condições de controlar. Por uma questão de estabilidade da posição do operador mas também em homenagem à observância do princípio da responsabilização por dano ecológico, julgamos que o ideal será que as medidas de compensação sejam concretizadas e certificadas *até ao momento da autorização final*, em razão do que referiremos já de seguida.

d) A (in)validade do acto autorizativo final em caso de incumprimento das medidas compensatórias (ou seja, em face da não certificação destas pelo ICNF), uma vez que a realização destas constitui contrapartida inarredável da concretização do projecto.

A contemporaneidade da concretização das medidas compensatórias relativas à fase da instalação – mesmo que os seus efeitos possam protelar-se no tempo – em face do procedimento autorizativo do projecto é fundamental para a sua certificação prévia à emissão do acto autorizativo. Sem esta certificação do pleno cumprimento da cláusula modal por parte do ICNF, a entidade coordenadora não pode, validamente, exercer a sua competência autorizativa – esta dir-se-ia sujeita a uma condição suspensiva. A intrínseca dependência da autorização da prestação da sua contrapartida ecológica coloca o órgão autorizante numa dependência de tutela integrativa material *a priori* em face do ICNF, por ser da mão deste que sai a decisão validante da operação final.

Temos consciência do “fundamentalismo” deste posicionamento que, infelizmente, o ordenamento não confirma – nem desmente, de resto. Porém, a verdade é que, a não se entender assim, o instituto das medidas compensatórias pode ser totalmente frustrado na sua intenção de salvaguarda de valores de biodiversidade – e ressalte-se a sua natureza compromissória com uma ideia de fungibilidade que os mais ecologicamente veristas têm dificuldade em aceitar...

A entender-se – numa lógica de flexibilização que nos parece contrária ao Direito da União Europeia e, portanto, será mais aceitável (apesar do duplo standard que isso implica) fora da rede Natura 2000 – que o cumprimento das medidas compensatórias pode ser posterior ao lançamento da infra-estrutura projectada, e que pode concretizar-se (no que tange a danos imediatos decorrentes

da implantação) eventualmente até ao início da sua utilização/funcionamento, a questão que se coloca é a de saber se o incumprimento certificado posteriormente à emissão do acto autorizativo (que, nesse cenário, deverá ser entendido como condicionado na sua validade ao cumprimento integral da obrigação modal) acarreta a invalidação do acto. Admitiríamos que não, sempre que tal cumprimento configurar prestações fungíveis, que podem ser supridas pela Autoridade Nacional (o ICNF, como se referiu *supra*), a expensas do operador – e em razão do superior interesse do empreendimento. Porém, melhor seria impor a prestação de caução como regra, para não se correr o risco de cobrança difícil e de financiamento de acções lesivas da biodiversidade através de verbas afectas a fundos constituídos para a sua defesa...

Permitimo-nos sublinhar a originalidade do esquema de entrelaçamento destes momentos, num cenário ideal: a fixação de medidas compensatórias na DIA (ou em outro acto, equivalente ou prevalecente) é condição de validade desta; o cumprimento daquelas é condição de certificação das mesmas; a certificação do bom cumprimento das medidas compensatórias é condição de emissão válida do acto autorizativo que permite iniciar a actividade⁴¹; dependendo de que actividade se trate mas sobretudo quando ela envolver emissões poluentes continuadas (que, embora dentro do limite permitido, possam causar dano à biodiversidade em razão da extrema fragilidade de certas espécies), poderão ser decretadas medidas compensatórias posteriores, relativas ao funcionamento, sendo a sua fixação, por seu turno, também condição de manutenção da validade do acto autorizativo (ou de suas renovações).

A incerteza quanto à intensidade do dano pode justificar a constituição de um fundo exclusivamente adstrito a compensação por danos decorrentes da implantação do projecto – como sucedeu com a construção da Barragem do Sabor, no âmbito da qual, além de um vasto pacote de medidas compensatórias *de facere*, a EDP constituiu um Fundo, à ordem do ICNF, com vista a compensar previsíveis danos futuros à biodiversidade derivados da entrada em funcionamento da barragem. Assinale-se que esta afectação de recursos a um fundo permite contornar a eventualidade de as medidas compensatórias certificadas virem a revelar-se aquém das necessárias, em virtude de alteração de circunstâncias ou

⁴¹ Recorde-se o parágrafo 26 da decisão do TJUE no caso C-57/89, *supra* citado, a propósito da afectação de uma zona de protecção especial (de Leybucht e Leyhörn) na sequência da construção de um dique para protecção do acesso a um porto: «a intenção de garantir a sobrevivência do porto de pesca de Greetsiel era susceptível de ser tomada em consideração para justificar a decisão sobre o traçado do novo dique, na condição de existirem as compensações ecológicas acima referidas, e apenas por esta razão» (realçado nosso).

impossibilidade de cálculo pleno dos danos decorrentes do funcionamento da instalação. Caso esta hipótese sobrevenha, e se não houver cobertura *in futurum* (insista-se: desde que atestada a causalidade e a previsibilidade), entendemos que o operador poderá ser responsabilizado *ex post* pelo dano causado e não (antecipadamente) compensado⁴².

1.3 A ARTICULAÇÃO ENTRE A ACRIERIOSA COMPENSAÇÃO EX ANTE (NO DL 142/2008) E OS CRITÉRIOS DA COMPENSAÇÃO EX POST (NO ANEXO V DO DL 147/2008)

O instituto da compensação, central para a harmonização de valores ecológicos e sócio-económicos, encontra-se claramente deficitário de densificação, quer na legislação da União Europeia, quer na nacional. O artigo 36º do RCNB estabelece uma articulação com o RRN, o qual nada esclarece, e o próprio artigo 36º a única premissa que impõe é a de que o custo ambiental seja compensado através de um benefício ambiental equivalente. Ficam por explicitar alguns dos aspectos que identificámos *supra* – relativos às relações entre acto autorizativo e medidas compensatórias –, mas não só: por exemplo e nomeadamente, fica por apurar, da leitura do RCNB, o que é um “custo ambiental”, para efeitos de compensação; em que podem consistir tais medidas (se apenas em obrigações de *facere*, se também em obrigações de *dare*); qual a área onde devem preferencialmente ser implementadas tais medidas – e a excepcionalidade que deve revestir a sua realização em locais diversos dos indicados.

Este alheamento do legislador pode explicar-se pela novidade da matéria, em razão da circunscrição desta figura ao domínio estrito da tutela da biodiversidade, devido à forte componente técnica (biológica e biofísica) que envolve esta temática, até ao carácter excepcional que as medidas devem revestir. Porém, é precisamente este carácter excepcional que reclama uma regulamentação mais detalhada, sob pena de abuso. Com efeito, a vaguidade que a legislação denota acarreta sérias consequências para a coerência do princípio da responsabilização o qual é posto em causa através de um mau uso ou ignorância, mesmo, do instituto das medidas compensatórias.

Esta indiferença torna-se mais preocupante se pensarmos na unidade de fundamento entre compensação *ex ante* e *ex post* – a segunda, com um regime bastante desenvolvido no RPRDE. O RCNB (e o RRN) e o RPRDE estão de costas

⁴² Neste sentido, também Marie-Pierre CAMPROUX-DUFFRÈNE, *La création d'un marché d'unité de biodiversité, est-elle possible?*, in RJE, 2009/1, p. 69 ss., 76-77.

voltadas, pois a Directiva nº 2004/35/CE, na qual o RPRDE é filiado, não opera qualquer remissão ou articulação com o regime da directiva habitats, sede das medidas compensatórias no âmbito do Direito da biodiversidade da União Europeia no qual, por seu turno, vai entroncar – pelo menos implicitamente – o instituto da compensação a que alude o artigo 36º do RCNB. No entanto, o problema pode apontar a solução, ou seja, a forma de minimizar o défice resultante das lacunas do artigo 36º pode ser o recurso ao regime do RPRDE – em face da identidade de fundamento.

O RPRDE pode trazer valiosos contributos, tanto materiais como procedimentais. No entanto, cumpre assinalar desde já que o facto de se considerar que este regime deve constituir o epicentro normativo do instituto das medidas compensatórias não exime o legislador de rapidamente intervir nesta sede, com o intuito de clarificar os pressupostos, os procedimentos, os critérios e os conteúdos das medidas compensatórias. Em bom rigor, o facto de a compensação ser, não só uma modalidade de reparação do dano *ex post* como um penhor da legitimação de um dano *ex ante* recomendaria, porventura, a autonomização do seu regime em diploma autónomo. Na sua ausência, cumpre buscar paliativos para que a compensação possa ser levada a sério como um instrumento de tutela da biodiversidade e não como um factor de incentivo à sua degradação.

No RPRDE, a compensação é uma modalidade de reparação. Isso é desde logo patente na definição de medidas de reparação que consta do artigo 11º/1/n), que a desenha como visando “fornecer uma alternativa equivalente” a recursos ou serviços (desses recursos), nos termos do Anexo V. Note-se que a implementação da reparação, em qualquer modalidade, está dependente da possibilidade de avaliação do estado do recurso e seus serviços antes de o dano ocorrer, aferindo o seu estado de conservação com base na melhor informação disponível, tal como descrito nas alíneas h) e i) do mesmo artigo 11º/1⁴³ e explicitado nos nºs 2 e 3 do artigo 11º, que passamos a transcrever:

⁴³ “Artigo 11º/1, alíneas h) «Estado de conservação de um *habitat* natural» o somatório das influências que se exercem sobre um *habitat* natural e sobre as suas espécies típicas e que podem afectar a respectiva distribuição natural, estrutura e funções a longo prazo, bem como a sobrevivência a longo prazo das suas espécies típicas na área de distribuição natural desse *habitat*; e i) «Estado de conservação de uma espécie» o somatório das influências que se exercem sobre uma espécie e que podem afectar a distribuição e a abundância a longo prazo das suas populações, na área de distribuição natural dessa espécie”.

2 - Para efeitos do disposto na alínea *h*) do número anterior, o estado de conservação de um *habitat* natural é considerado favorável quando:

- a) A sua área natural e as superfícies abrangidas forem estáveis ou estiverem a aumentar;
- b) A estrutura e funções específicas necessárias para a sua manutenção a longo prazo existirem e forem susceptíveis de continuar a existir num futuro previsível;
- c) O estado de conservação das suas espécies típicas for favorável, tal como definido no número seguinte.

3 - Para efeitos do disposto na alínea *i*) do número anterior o estado de conservação de uma espécie é considerado favorável quando:

- a) Os dados relativos à dinâmica populacional da espécie em causa indiquem que esta se está a manter a longo prazo enquanto componente viável dos seus *habitats* naturais;
- b) A área natural da espécie não se esteja a reduzir e não seja provável que se venha a reduzir num futuro previsível;
- c) Exista, e continue provavelmente a existir, um *habitat* suficientemente amplo para manter as suas populações a longo prazo.

Esta noção de “favorabilidade” do estado da espécie ou habitat, estritamente tributário de critérios biológicos, é importante em sede de medidas compensatórias, a dois títulos: por um lado, é o patamar a usar para aferir a medida da obrigação do lesante (*ex post*) reparatória e/ou compensatória (do lesante *ex ante*); por outro lado, é o patamar ideal que o ICNF deve indicar ao operador-compensador (lesante *ex ante*) nas operações de compensação que este tiver que realizar, em local diverso, para colmatar o custo ambiental que provocou. Acresce que a aferição do estado não favorável do habitat pode ainda relevar para operações de recuperação levadas a cabo por privados, na sequência de degradações provocadas por pragas naturais ou outros eventos que lhes não sejam imputáveis, tendo em vista a recompensa destas melhorias, em dinheiro

(por exemplo, através do Fundo para a conservação da biodiversidade) ou em títulos transaccionáveis.

Questionável é saber se um estado de conservação não favorável pode dispensar o operador de promover quaisquer medidas compensatórias, uma vez que nada haverá, de positivo, a compensar. Dever-se-á apurar a que se deveu a degradação e mesmo que tenha sido provocada por incúria de anterior proprietário, impor ao novo o ónus de reabilitação? Mas com que ponto de referência temporal no tocante à aferição do *status quo ante*?

Do Anexo IV do RPRDE resultam mais dados importantes nesta sede, nomeadamente a noção de “dano significativo”, que pode ser aferido através de elementos indiciários como o número de indivíduos, densidade e área ocupada; o papel dos indivíduos em causa ou da zona em relação à espécie ou aos habitats, bem como a raridade da espécie ou dos habitats; a capacidade de propagação da espécie ou a capacidade de regeneração natural do habitat; e a capacidade de recuperação do meio – espécie ou habitats – num curto prazo, através da sua dinâmica própria⁴⁴. O mesmo Anexo explicita, em contrapartida, o que não tem de se considerar dano significativo:

As variações negativas inferiores às flutuações naturais consideradas normais para a espécie ou habitat em causa;

As variações negativas devidas a causas naturais ou resultantes de intervenções ligadas à gestão normal dos sítios, tal como definidas nos registos do habitat ou em documentos de fixação de objectivos, ou tal como eram anteriormente efectuadas por proprietários ou operadores;

Os danos causados a espécies ou habitats sobre os quais se sabe que irão recuperar, dentro de um prazo curto e sem intervenção, até ao estado inicial ou que conduza a um estado que, apenas pela dinâmica das espécies ou

⁴⁴ Todos estes factores devem ser vistos tanto numa perspectiva geracional como intergeracional, nomeadamente quanto ao valor da perda da integridade do existente, com as virtualidades eventualmente associadas e ainda não plenamente conhecidas – chamando a atenção para este ponto na avaliação da (ir)reversibilidade das perdas, Myriam FRITZ-LEGENDRE, *Biodiversité et irréversibilité*, in RJE, 1998, n. especial, p. 79 ss., 90-93.

do habitat, seja considerado equivalente ou superior ao estado inicial.

Estes conceitos, que só os profissionais da biologia podem preencher, permitem aferir as situações de impacto⁴⁵ no meio que não devem considerar-se “dano significativo” e, destarte, não implicarão medidas compensatórias. Reversamente, é também de uma qualificação técnico-científica que resulta a delimitação de dano significativo – neste regime, sublinhe-se, a realizar pela Agência Portuguesa do Ambiente, I.P. (APA, I.P.)⁴⁶.

O Anexo V vem explicitar o que são medidas compensatórias – a que chama, incorrectamente, medidas complementares. Os objectivos da reparação “complementar” traduzem-se em “proporcionar um nível de recursos naturais e ou serviços, incluindo, quando apropriado, num sítio alternativo, similar ao que teria sido proporcionado se o sítio danificado tivesse regressado ao seu estado inicial. Sempre que seja possível e adequado, o sítio alternativo deve estar geograficamente relacionado com o sítio danificado, tendo em conta os interesses da população afectada” (ponto 1.1.2.). Nos pontos 1.2.2. e 1.2.3., o RPRDE estabelece ainda critérios de identificação das medidas complementares (= compensatórias) e compensatórias (= complementares de perdas transitórias):

1.2.2 – Ao determinar a escala das medidas de reparação complementar e compensatória, considerar-se-á em primeiro lugar a utilização de abordagens de equivalência recurso-a-recurso ou serviço-a-serviço. Segundo esses métodos, devem considerar-se em primeiro lugar as acções que proporcionem recursos naturais e ou serviços do mesmo tipo, qualidade e quantidade que os danificados.

Quando tal não for possível, podem proporcionar-se recursos naturais e ou serviços alternativos. Por exemplo, uma redução da qualidade pode ser compensada por um aumento da quantidade de medidas de reparação.

⁴⁵ De acordo com o RAIA, impacto ambiental traduz-se no “conjunto das alterações favoráveis e desfavoráveis produzidas em parâmetros ambientais e sociais, num determinado período de tempo e numa determinada área, resultantes da realização de um projecto, comparadas com a situação que ocorreria, nesse período de tempo e nessa área, se esse projecto não viesse a ter lugar” [artigo 2º/j)].

⁴⁶ Cfr. o DL 56/2012, de 12 de março, que estabelece a nova orgânica da Agência, resultante da aprovação da nova orgânica do Ministério da Agricultura, Mar, Agricultura e Ordenamento do Território (actualmente, Ministério do Ambiente, do Ordenamento do Território e da Energia).

1.2.3 - Se não for possível utilizar as abordagens de equivalência de primeira escolha recurso-a-recurso ou serviço-a-serviço, serão então utilizadas técnicas alternativas de valoração. A autoridade competente pode prescrever o método, por exemplo, valoração monetária, para determinar a extensão das medidas de reparação complementares e compensatórias necessárias. Se a valoração dos recursos e ou serviços perdidos for praticável, mas a valoração dos recursos naturais e ou serviços de substituição não puder ser efectuada num prazo ou por um custo razoáveis, a autoridade competente pode então escolher medidas de reparação cujo custo seja equivalente ao valor monetário estimado dos recursos naturais e ou serviços perdidos.

As medidas de reparação complementar e compensatória devem ser concebidas de forma a permitir que os recursos naturais e ou serviços suplementares reflectam as prioridades e o calendário das medidas de reparação. Por exemplo, quanto maior for o período de tempo antes de se atingir o estado inicial, maior será o número de medidas de reparação compensatória a realizar (em igualdade de circunstâncias).

De ressaltar é a proibição que o RPRDE decreta no sentido de destas medidas reparatórias nunca dever resultar a atribuição de quantias aos membros do público – na expressão fiel do diploma, “não consiste numa compensação financeira para os membros do público” (Anexo V, 1/d) e 1.1.3.). Esta ressalva, a que já noutras ocasiões nos reportámos, parece-nos constituir fundamentalmente uma vedação do locupletamento à custa alheia de eventuais denunciante da situação de dano colectivo, quer a título de “recompensa”, quer de indemnização (por dano moral ambiental)⁴⁷. No entanto, tal expressão não inviabiliza, em nossa opinião, o pagamento de quantias pecuniárias a afectar ao Fundo de Intervenção Ambiental – em sede de protecção da biodiversidade, ao Fundo para a conservação da natureza e da biodiversidade, nos termos do artigo

⁴⁷ São as “vítimas institucionais” de que fala Marie-Pierre CAMPROUX-DUFFRÈNE (*Plaidoyer civiliste pour une meilleure protection de la biodiversité*, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, v. 60, 2008, p. 1 ss., 20).

37º do RCNB e, mais concretamente, do artigo 7º/1/e) do FCNB – por parte do lesante, caso nenhuma solução de reparação esteja imediatamente disponível ou seja suficiente⁴⁸.

Porque o RPRDE visa a administrativização do procedimento de reparação do dano ecológico (ou a desjudicialização do mesmo), tentando agilizar a recuperação do meio através da concertação das operações de reparação directamente com o lesante, com a participação dos denunciante e de eventuais interessados directos e indirectos, sob a coordenação da APA, o artigo 16º do diploma assume uma importância nuclear. Aí se prevê o procedimento de obtenção do acto/acordo administrativo de reparação, da iniciativa do lesante mas plenamente modificável, no sentido da maior ou menor carga de obrigações, idênticas ou diversas das propostas, sob a batuta da APA. A falta de iniciativa do lesante deverá ser suprida pela APA, que, no limite (na falta de comparência daquele), poderá decidir à sua revelia e mesmo substituir-se-lhe na realização das operações de reparação, que depois recuperará junto do lesante, num prazo máximo de 5 anos a contar da data de conclusão das mesmas (cfr. o artigo 19º/3 do RPRDE).

Julgamos que haveria toda a conveniência de harmonização de regimes, a partir do RPRDE, concentrando a fixação das medidas compensatórias dos danos significativos à biodiversidade, *ex ante* e *ex post*, no ICNF e promovendo um procedimento idêntico ao descrito no RPRDE (salvo, eventualmente, quando a reparação do dano incidir maioritariamente sobre outro componente ambiental e o dano à biodiversidade for de menor relevância – mas ainda assim, julgamos que o ICNF deverá ser consultado pela APA, como de resto é nitidamente aceite pelo artigo 16º/4 do RPRDE). Nomeadamente, na compensação *ex ante* – como na compensação *ex post* –, o lote de medidas compensatórias deverá ser, o mínimo previamente comunicado e, no máximo, consensualizado com o operador, numa tentativa de incrementar os níveis de cumprimento. Sem embargo de estarmos perante cláusulas acessórias, estas são modais – implicam obrigações autónomas que constituem restrições (fundamentadas) à liberdade de iniciativa económica e/ou ao direito de propriedade do interessado –, donde não-de seguir o mesmo trâmite de audiência prévia que os actos ablativos, nos termos do CPA (cfr. os artigos 100º e ss.).

⁴⁸ Cfr. Carla AMADO GOMES, *De que falamos quando falamos de dano ambiental? Direito, mentiras e crítica*, in *Actas do Colóquio A responsabilidade Civil por dano ambiental*, e-book disponível no site <http://www.icjp.pt/publicacoes>, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 18, 19 e 20 de Novembro de 2009, coord. de Carla Amado Gomes e Tiago Antunes, Lisboa, 2010, p. 153 ss., 165 ss.

Esta harmonização não deve esquecer, contudo, algumas indicações transitadas do RRN, concretamente a questão de fazer “abater” ao custo ecológico da intervenção projectada o eventual benefício ambiental da mesma. Esta equação é particularmente relevante em casos de autorizações relativas a centrais electroprodutoras de energia a partir de fontes renováveis, dada a contrapartida ambiental – nomeadamente, em termos de redução de emissão de gases com efeito de estufa – que veiculam. Estas situações não esgotam, decerto, a necessidade de introdução do factor “consequências benéficas” para o ambiente, no seu todo.

2 OS MERCADOS DE BIODIVERSIDADE: “A RARIDADE APELA À PROPRIEDADE”

De “provisão”, “reguladores”, de “suporte” ou “culturais”, para empregar as quatro categorias identificadas no *Panorama da Biodiversidade Global* 3⁴⁹, os diferentes serviços ecossistémicos conhecidos e aqui enunciados acabam por partilhar entre si uma característica que, correndo o risco de soar coloquial, dir-se-á ser o reflexo de um “modo de estar na vida”: a sua crescente escassez. Na verdade, mesmo sendo divulgada e de fácil percepção (pense-se nas espécies que têm sido elevadas a símbolo da causa conservacionista, como o panda, o tigre ou o lince ibérico⁵⁰), tal característica acaba por ceder aos hábitos de consumo de bens e serviços tidos por adquiridos:

When we bite into a juicy apple we may think of soil and water, but not of the natural pollinators that fertilize the apple blossom so the fruit can set. When we drink a cool glass of water from the tap we may think of the local reservoir, but the real source of the water quality lies many miles upstream in the wooded watershed that filters and cleans the water as it flows downhill...⁵¹

O desinteresse explica-se, embora não exclusivamente, pelo actual regime de acesso à biodiversidade. Se estes bens e serviços são de livre acesso, ou de

⁴⁹ Publicado pelo Secretariado da CDB e disponível para consulta em <http://www.cbd.int/doc/publications/gbo/gbo3-final-pt.pdf>.

⁵⁰ Mais desenvolvidamente, alertando para a existência de uma elite biológica que tem vindo a merecer uma atenção e protecção reforçadas, ver Paulo de BESSA ANTUNES, *Direito Ambiental*. 12. ed. Rio de Janeiro, 2010, p. 339-340.

⁵¹ James SALZMAN, *Creating markets for Ecosystem Services: notes from the field*, 2005, p. 871 – Disponível para consulta em: <http://www.obwb.ca/fileadmin/docs/NYU302.pdf>.

acesso só dificilmente restringível (entenda-se, se constituem recursos comuns), o *animus* de cada utilizador será o de aproveitamento máximo, em concorrência com os demais utilizadores e sem perspectivas de sustentabilidade a longo-prazo – para o bom samaritano, aquele que se abstenha de aderir a este *animus*, a recompensa será puramente espiritual (um sentimento de rectidão desprovido de uma qualquer recompensa material). Tudo estaria bem se continuássemos a viver em comunidades isoladas, de reduzida dimensão e abençoadas com uma abundância de recursos naturais. Mas o cenário presente é exactamente o oposto: o de uma comunidade global, sobrepovoada, de recursos cada vez mais depauperados e, não obstante, em incessante disputa. Para evitar o pior – e a janela de oportunidade é cada vez menor –, as entidades reguladoras são chamadas a intervir e a adoptar medidas correctivas das tendências ou dos comportamentos individuais.

Habitualmente, governos e autoridades públicas recorrem a um dos cinco “P’s”: 1) “*prescription*”, através da emissão de comandos normativos que condicionam as condutas nocivas, impondo restrições de uso/de acesso e fixando sanções para o seu incumprimento; 2) “*penalties*”, recorrendo a instrumentos de natureza fiscal, como as taxas e os impostos, por forma a encarecer o consumo e a desencorajar excessos; 3) “*persuasion*”, implementando acções de informação e de sensibilização, disponibilizando práticas alternativas; 4) “*payment*”, sob a forma de subsídios, através de pagamentos directos ou da concessão de benefícios fiscais; e, 5) “*property rights*”, apostando na privatização de recursos e serviços, ou na venda e reconhecimento de um acesso exclusivo (*v.g.*, uma quota-parte da captura de peixe ou da emissão de poluentes)⁵².

Os mercados de biodiversidade representam uma construção artificial que encontra o seu suporte numa das principais lições da história da civilização: “*la rareté demande propriété*”⁵³. Do que se trata, para quem sufraga este modo de pensar, é de “colocar o mais depressa possível no mercado, a terra, a água, o ar, os animais em perigo e as espécies raras”⁵⁴. Não que a tarefa seja fácil – longe disso!

⁵² James SALZMAN, *Creating markets...*, cit., p. 884 e ss.

⁵³ Henri LEPAGE, *Pollution: l’approche économique, Écologie et Liberté – une approche de l’environnement*. Paris, 1992, p. 198.

⁵⁴ François OST, *A Natureza à margem da Lei: a ecologia à prova do Direito, s/local*, 1995, p. 157. De notar, desde já, que nos mercados de biodiversidade existe um corte claro relativamente à lógica que preside aos mercados de créditos de carbono e de quotas pesqueiras: ali, segundo Íñigo SANZ RUBIALES e Isabel CARO-PATÓN CARMONA, “*la creación del mercado nunca determina la privatización de la titularidad colectiva o pública de los recursos naturales que siempre se conserva [...]*. Lo que persigue el

Embora as virtualidades desta nova forma de protecção do meio ambiente, em geral, e da biodiversidade, em especial, sejam objecto de um consenso crescente (pelo menos, em teoria), as transacções estão longe de se assimilarem às que, diariamente, realizamos. *Primo*, porque a realidade ecológica é complexa e a sua valorização monetária constitui uma incógnita – será que o preço atribuído a um bem ou serviço é suficientemente elevado para compensar integralmente quem o assegurou e garantir a sua substituição? *Secundo*, na medida em que as trocas que incidam sobre bens ou serviços de origem natural (por oposição aos produtos da criação humana) nem sempre serão transparentes: dada a sua unicidade, é legítimo equacionar se o que se vende pode ser devidamente compensado ou se, como a prática tem vindo a demonstrar, alguns bens e serviços acabam negligenciados pela simples razão de que a sua comercialização acarreta riscos superiores (de exequibilidade, de procura, de retorno).

Uma coisa é certa: a dificuldade da tarefa não arreda a sua necessidade, ao ponto de serem cada vez mais as vozes que se pronunciam a favor de um novo dever jurídico, de valorar⁵⁵ – que os ordenamentos jurídicos começam a acolher e cujo conteúdo se vai reforçando à medida que o debate se orienta para a conciliação da protecção ambiental com o crescimento. Os mercados de biodiversidade são, dentro das modalidades de compensação existentes, uma forma de assegurar essa valorização.

2.1 O MODELO NORTE-AMERICANO – O BERÇO DO HABITAT BANKING

Nos EUA, o declínio generalizado das zonas húmidas (um dos ecossistemas que ocupam maior percentagem do território, com elevada riqueza biológica) motivou a adopção de uma estratégia nacional de “*no net loss*”, formalizada pelo *Memorando de Entendimento* firmado, em 1990, pelas duas principais agências de protecção e gestão dos recursos aquáticos: a EPA (*Environmental Protection Agency*) e o ACE (*Army Corps of Engineers*). Agora, os danos não são proibidos à

mercado es la creación o atribución de derechos de uso (bien sobre cuotas o porciones de bienes colectivos o bien sobre la contaminación” – Los mercados artificiales de recursos naturales, in Libre mercado y protección ambiental. Intervención y orientación ambiental de las actividades económicas, org. F. Javier Sanz Larruga, Marta García Pérez e J. José Pernas García, INAP, 2013, p. 463 ss., 466); aqui, essa privatização existe e convive com as experiências de iniciativa e titularidade pública. Há, inclusive, uma cisão entre o direito de propriedade (que permanece na esfera do banqueiro) e o direito de uso e fruição do recurso ou serviço compensado (que é “absorvido” pelo lesante, ao comprar os créditos).

⁵⁵ Sobre este novo dever jurídico, ver Maria Alexandra ARAGÃO, *A natureza não tem preço... mas devia. O dever de valorar e pagar os serviços dos ecossistemas, in Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, IV, Lisboa, 2012, p. 18 ss.*

partida, conquanto neutralizados do ponto de vista do efeito final de rede: no mínimo, o seu causador deve garantir um ganho equivalente à perda registada (“*break even*”).

Em sintonia com esta nova estratégia, o *Clean Water Act* de 1972 (Lei-base de combate à poluição aquática) vem proibir as descargas, salvo autorização da Administração condicionada à verificação cumulativa de um conjunto de critérios ou requisitos estabelecidos pelas referidas agências governamentais [cfr. a Secção 404(a), a saber: uma licença só pode ser concedida se inexistir uma solução alternativa ambientalmente preferível; se for clara a necessidade social do dano (por razões económicas, energéticas, de segurança); e mediante a prévia adopção das medidas de mitigação exigíveis e tidas por adequadas⁵⁶ *in casu*, a par das medidas de compensação que se venham a revelar necessárias⁵⁷.

Em bom rigor, torna-se necessário adoptar medidas de compensação sempre que o dano causado a uma zona húmida não seja plenamente prevenido e/ou mitigado (ao ponto de deixar de representar uma lesão grave e mensurável dos componentes ambientais naturais). Então, caberá a quem lesa demonstrar que estão reunidas as condições para evitar perdas de rede, em virtude de acções de preservação, melhoria, restauração ou criação de bens e/ou serviços equivalentes (em quantidade e em funções), por si ou por via de um terceiro. O Direito norte-americano disponibiliza três vias para o efeito: a compensação directa (“*permittee-responsible mitigation*”), em que a tarefa é assumida pelo próprio lesante, intervindo directamente no meio afectado (compensação *in situ*), ou noutra que contenha bens e/ou serviços funcionalmente equivalentes (compensação *ex situ*) – que o RCNB acolhe, no artigo 36º/2, como a solução-tipo no ordenamento pátrio; os pagamentos compensatórios (“*in-lieu fee mitigation*”), por recurso a um terceiro, a quem o lesante entrega uma determinada quantia pecuniária para que cumpra com a sua obrigação primitiva – que o RCNB acolhe, no mesmo normativo, como alternativa válida e à qual associa, no artigo

⁵⁶ De notar, neste ponto, que as medidas adequadas serão todas aquelas que, do ponto de vista fáctico e técnico, permitam a evitação e mitigação do dano, à luz de uma apreciação objectiva do caso concreto, quer o lesante tenha ou não condições financeiras para as suportar – se não tiver, a licença não é concedida.

⁵⁷ *Part 230 – Section 404(b)(1) Guidelines for specification of disposal sites for dredged or fill material*, cfr. o §230.10, alíneas (a) a (d) – disponível para consulta no site oficial da EPA: <http://www.epa.gov/>. Sobre o carácter vinculante, para muitos, destas orientações ver, na doutrina, Jon SCHUTZ, *The steepest hurdle in obtaining a Clean Water Act Section 404 permit: complying with the EPA’s 404 guidelines’ least environmentally damaging practicable alternative requirement*, in *UCLA Journal of Environmental Law & Policy*, vol. 26, 2006, p. 235-236.

37º, o já mencionado FCNB; e o *habitat banking*, também ele uma modalidade indirecta de compensação – se bem que única pelo facto de admitir a lógica de mercantilização dos bens e serviços naturais, concebendo-os como unidades tangíveis de biodiversidade aptos para a troca.

Com o espírito aventureiro que os caracteriza, os norte-americanos não só acolhem expressamente os mercados de biodiversidade, como vão ao ponto de estabelecer uma preferência (flexível, é certo – sempre de acordo com as particularidades de cada caso) no confronto com as demais modalidades de compensação. Nas palavras de Michael BEAN, Rebecca KIHSLINGER e Jessica WILKINSON, “*we all recognize that traditional approaches to pursuing environmental goals have not been entirely satisfactory, and seek to expand the conservation tool box with market-based mechanisms*”⁵⁸.

2.1.1 SÚMULA E ARTICULAÇÃO DE CONCEITOS FUNDAMENTAIS

A estruturação e o *modus operandi* dos mercados de biodiversidade encerram toda uma panóplia de conceitos próprios, de entre adaptados e originais, cujo sentido (mas, também, a própria articulação) importa pôr em evidência. Não podemos, num trabalho desta natureza, realizar uma abordagem exaustiva do universo terminológico⁵⁹, razão pela qual foram escolhidos apenas os que consideramos essenciais à formação de uma base de compreensão do tema (deixando ao leitor, consoante o interesse que o mesmo lhe suscite, a eventual decisão de aprofundamento).

O *habitat banking* pode ser definido como um mercado no qual créditos gerados por acções com efeitos benéficos para a biodiversidade, sejam elas de preservação, de melhoria, de restauração ou de criação de bens e/ou de serviços funcionalmente equivalentes, podem ser adquiridos a um banco, nos termos fixados no respectivo instrumento de aprovação, para compensar os débitos resultantes de danos causados dentro da sua área de serviço. Por si só, esta primeira noção pouco esclarece – ela serve, fundamentalmente, o fim de condensar toda uma série de outros conceitos e demonstrar a sua constante articulação.

⁵⁸ *Design of U.S. Habitat Banking System to support the conservation of wildlife habitat and at-risk species*, Environmental Law Institute, 2008, p. 6 – disponível para consulta em: http://www.elistore.org/reports_detail.asp?ID=11273.

⁵⁹ Para um panorama mais completo da vasta gama de conceitos que importa dominar quando se fala em mercados de biodiversidade, ver *The use of market-based instruments for biodiversity protection – the case of Habitat Banking*, Technical Report for the European Commission DG Environment, 2010, p. 5-13 – disponível para consulta em: http://ec.europa.eu/environment/enveco/pdf/eftec_habitat_technical_report.pdf.

Em primeiro lugar, convém esclarecer que as diferentes formas de operar a compensação ambiental, no que toca ao tipo de acção ou intervenção, no sítio da lesão (*in situ*) ou dentro da mesma unidade geográfica (relativamente *ex situ*), não são exclusivas do *habitat banking*. Seja a compensação directa ou indirecta (por pagamentos ou recurso aos mercados de biodiversidade), ela é passível de execução, alternativa ou cumulativamente: quer por via de *preservação*, entendida como a intervenção em bens ou serviços ameaçados tendo em vista a remoção da ameaça e a prevenção/agravamento do seu declínio – porventura mediante a aprovação de um estatuto proteccionista; quer através de *melhoria*, mediante a manipulação das características biológicas, físicas ou químicas, dos bens e serviços de substituição, aperfeiçoando uma função preexistente e incrementando o seu valor; quer, ainda, através de *restauração*, que implica uma manipulação similar, com o propósito de reabilitar bens e serviços degradados e funções perdidas; quer, finalmente, recorrendo à *criação*, desenvolvendo um bem ou serviço *ex novo*, para lá do ponto inicial de biodiversidade⁶⁰.

É através destas acções que os bancos geram créditos de biodiversidade⁶¹, que irão disponibilizar no mercado aos interessados em adquiri-los com vista a cumprir a imposição/requisito legal de prévia compensação de um dano. Começa a ganhar forma a lógica de troca por troca: de um débito, que mais não é do que uma unidade de medida à qual se faz corresponder a exacta extensão do dano; por um crédito, também ele uma unidade de medida (métrica, funcional ou mista), que representa o valor acrescentado pelas acções de compensação. Com uma particularidade: a de a experiência norte-americana distinguir entre os “*créditos de habitat*” e os “*créditos de espécies*”, cada qual objecto de um mercado próprio. Trata-se, segundo cremos, de uma decorrência da biodiversidade e da complexidade que em si encerra: se é composta por uma multiplicidade de seres vivos que se organizam, interagem e relacionam numa variedade de lugares, formando um universo dinâmico de comunidades animais e vegetais⁶², dita a razão porque uma lesão de um componente só dificilmente não se repercutirá

⁶⁰ Mais desenvolvidamente, sobre as noções acabadas de referir, cfr. o § 230.92 das “*Guidelines*” da EPA.

⁶¹ Em bom rigor, e à semelhança do que sucede nos mercados de títulos de emissão de gases com efeito de estufa, a materialização dos créditos de biodiversidade está dependente da chancela administrativa. Terá de ser a entidade reguladora a certificar as acções de compensação empreendidas, à luz dos critérios de *performance* previamente estabelecidos.

⁶² Sobre o conceito de biodiversidade ver, entre outros, Michel DUROUSSEAU, *Le constat: la biodiversité en crise*, in *Revue Juridique de l'Environnement – Biodiversité et Évolution du Droit de la Protection de la Nature: Réflexion prospective*, 2008, n. especial, p. 11 ss., 12.

sobre os demais. Destarte, na maioria das vezes, o lesante necessitará, para neutralizar na íntegra (ou tão próximo quanto tecnicamente possível) um dano ambiental, de adquirir os dois tipos de créditos.

Na prática, estabeleceram-se dois mercados complementares: o primeiro, para a compensação de danos causados às zonas húmidas, corresponde ao “*wetland mitigation banking*”, comumente designado por *habitat banking*; o segundo, para a compensação de danos causados a espécies ameaçadas e protegidas, o “*conservation banking*”. Ressalvado o tipo de crédito que cada um comercializa, a par do instrumento legal que lhes serve de base (o *Clean Water Act*, para os bancos de zonas húmidas, e o *Endangered Species Act*, para os bancos de conservação), as diferenças são mínimas. Em cada mercado operam bancos da respectiva especialidade (com a especificação de que os bancos de conservação podem operar na modalidade “*single-species*” ou “*multi-species*”), que mais não são do que agregados ou depósitos de bens e/ou serviços existentes na área de implementação – ali, por reporte a funções aquáticas; aqui, com ênfase nos factores genético e taxonómico⁶³.

Qualquer que seja o banco, a sua criação é um misto de *ius imperii* e de contratualização, uma vez que o instrumento legal de aprovação (o *banking instrument*) é firmado entre intervenientes com capacidades de negociação muito diferentes. Num exemplo dado por Morgan ROBERTSON, que envolve o *Pierce Lakes Bank*, em Rushford – Minnesota, os proponentes estiveram em negociações com as autoridades locais e com as agências reguladoras durante cerca de ano e meio até conseguirem alcançar condições (de preço, localização) que satisfizessem todas as partes envolvidas⁶⁴. Do que se trata, na verdade, é de assegurar que a perspectiva de lucro, para os banqueiros mas, também,

⁶³ Assim, a *Federal Guidance for the Establishment, Use and Operation of Mitigation Banks*, de 1995, define os bancos de zonas húmidas como “*a site where wetlands and/or other aquatic resources are restored, created, enhanced, or in exceptional circumstances, preserved expressly for the purpose of providing compensatory mitigation in advance of authorized impacts to similar resources*” (cfr. o ponto II). Por seu turno, a *Guidance for the Establishment, Use and Operation of Conservation Banks*, de 2003, define os bancos de conservação como “*a parcel of land containing natural resource values that are conserved and managed in perpetuity [...] for specified listed species and used to offset impacts occurring elsewhere to the same resource values on non-bank lands*” (cfr. o ponto I.B.1.). Estas Orientações podem ser consultadas, respectivamente, em: <http://water.epa.gov/lawsregs/guidance/wetlands/mitbankn.cfm>; e http://www.fws.gov/endangered/esa-library/pdf/Conservation_Banking_Guidance.pdf.

⁶⁴ O *Pierce Lakes Bank* surgiu como uma resposta à necessidade crescente de compensar perdas de biodiversidade provocadas pela expansão urbana no condado – cfr. *The work of wetland credit markets: two cases in entrepreneurial Wetland Banking, Wetlands Ecol Manage*, 2009, p. 35, disponível em: <http://www.springerlink.com/content/1187t01u63480784/>.

para as comunidades locais que abduquem da propriedade da terra em troca do direito a uma percentagem das receitas do banco, não compromete as exigências legais em matéria de prevenção de perdas de rede. Assim, a EPA e o ACE vão influenciar ao máximo o teor do instrumento de aprovação, que há-de incluir: os objectivos do banco; a sua dimensão e composição (isto é, o tipo ou tipos de bens e serviços providenciados); a definição da “baseline” ou estado inicial do sítio, que serve de contraponto aos resultados das acções de compensação e permite determinar se foi ou não gerado um ganho (“*additionality*”); os critérios de cálculo dos créditos e débitos bancários; as metas a atingir para que sejam reconhecidos créditos e autorizada a sua venda; as medidas de fiscalização, de monitorização, de contingência...⁶⁵.

Uma vez aprovado um banco, e tendo as medidas de compensação por si implementadas atingido a maturidade (a qual há-de significar a capacidade de assegurar o mesmo nível de funções, em quantidade e em qualidade, que se perderão com a consumação do dano), os créditos e débitos a utilizar serão, *grosso modo*, calculados em função de um *rating* ou intervalo de valoração que, para os primeiros, corresponde à diferença entre as condições estruturais do sítio do banco pós-compensação e pré-compensação e, relativamente aos segundos, traduz a diferença entre as condições estruturais do sítio lesado em momentos pré-dano e pós-dano⁶⁶. Ponto assente, em teoria e na prática, é o de que nem todas as condições estruturais valem o mesmo: se pensarmos nos bancos de zonas húmidas, compreende-se que as condições hidrológicas sejam aquelas de que mais depende o seu sucesso; para os bancos de conservação, deve ser dada maior atenção à remoção de espécies invasivas e à contiguidade de habitats.

De notar, ainda, que mesmo que ecologicamente equivalentes, os créditos vendidos por um determinado banco só podem servir para compensar um dano ambiental se este se circunscrever à respectiva área de serviço. Quer se trate de uma circunscrição puramente administrativa (como sucede com os bancos que são criados especificamente para que uma municipalidade fique com uma reserva de compensação de que se pode aproveitar à medida que for crescendo), quer decorra de limitações físicas ou relacionadas com o tipo de bem ou serviço

⁶⁵ Para um exemplo de um instrumento de aprovação, ver *Mitigation Banking as an Endangered Species Conservation Tool, Report by Environmental Defense in cooperation with Sustainable Conservation, 1999*, Appendix II, p. 23-24 – disponível para consulta em: http://moderncms.ecosystemmarketplace.com/repository/moderncms_documents/146_mb.pdf.

⁶⁶ Eric D. STEIN, Fari TABATABAI e Richard F. AMBROSE, *Wetland Mitigation Banking: a framework for crediting and debiting*, in *Environmental Management*, n. 23, 2000, p. 235 e ss.

que se quer compensar, esta área de serviço representa muito mais do que uma base de cálculo para o banqueiro (das medidas que poderá implementar, do número de créditos que conseguirá produzir, do tipo de procura de que poderá beneficiar). Ela é uma garantia fundamental da exigência de equivalência funcional que preside a qualquer modalidade de compensação ambiental:

[...] if the goal of the credit is to offset the loss of wetland habitat and function in a particular watershed, the credit site should be located in the same impacted watershed. If, however, the goal is to protect an endangered species, the credit site should be located in an area that provides high quality habitat suitable for that particular species⁶⁷.

Em conclusão, ao afirmar-se que a área de serviço de um banco equivale ao espaço geográfico dentro do qual um dano pode ser compensado com um crédito por si gerado e colocado no mercado, o sentido subjacente a esta mesma afirmação ultrapassa o meramente literal. Quer-se, com isto, dar uma garantia de que o interessado não comprará “gato por lebre”, adquirindo um crédito que se vem a revelar incapaz de compensar adequadamente o dano por si causado.

2.1.2 A REJEIÇÃO DE UMA “LICENÇA TO TRASH”: UM MERCADO QUE SE REGE, EM TEORIA, PELAS REGRAS PRÓPRIAS DA COMPENSAÇÃO EX ANTE

A ideia de que os mercados de biodiversidade contribuem para um processo gradual de liberalização dos danos à biodiversidade – como se a aquisição de créditos fizesse surgir, na esfera jurídica do lesante, uma licença para destruir –, está longe de corresponder à realidade. Há, inclusive, uma tendência para se confundir a teoria com a prática ou, se se preferir, os contornos e a natureza de um instituto tal como configurado para operar, e a *batota* introduzida pelos seus utilizadores (por desvio às regras, com ou sem conhecimento e consentimento das entidades supervisoras).

Desde logo, conceda-se que a ser uma licença para destruir, a regulação vigente dificulta ao máximo a sua obtenção. Por força dos requisitos traçados pela EPA, existe um *iter* procedimental rigoroso a seguir: primeiro, o interessado tem de demonstrar que inexistente uma solução ambiental preferível, mediante a realização de um estudo exaustivo e a consideração de todos os efeitos que possam

⁶⁷ *The use of market-based instruments...*, cit., p. 205.

consubstanciar um dano, isolada ou cumulativamente⁶⁸; segue-se o esforço de prova da tolerabilidade do dano, mesmo se compensado (assim, por exemplo, a EPA e o ACE têm entendido, a propósito das zonas húmidas, que determinados tipos de danos nunca podem ser autorizados, tais como a afectação significativa do ciclo de vida das espécies aquáticas e o potencial de auto-regeneração do ecossistema⁶⁹); mais, deve o proponente expor em que medida a autorização do dano serve a satisfação de um interesse público superior, donde o necessário teste de proporcionalidade que inclui todas as facetas do bem sacrificado e do que se oferece em contrapartida (qualquer que ele seja).

Em acréscimo, a compensação ecológica (e o *banking*) segue uma lógica rigorosa de subsidiariedade, semelhante à que encontramos no artigo 6.º da directiva habitats: num primeiro momento, os impactos adversos identificados devem ser evitados, se possível, uma vez mais considerando (exaustivamente) todas as alternativas viáveis; os que não puderem ser evitados, no todo ou em parte, terão de ser minimizados com recurso à “melhor” técnica conhecida e existente; por fim, os impactos insusceptíveis de mitigação e o remanescente que implique um dano serão objecto de medidas de compensação⁷⁰.

Deverá, porventura, perguntar-se se é justo o receio em apreço uma vez que os mercados de biodiversidade, sem excepção, devem obediência à exigência de equivalência funcional. Deixa-se, a propósito, a reflexão de J. B. RUHL, Alan GLEN e David HARTMAN ao tema do “*conservation banking*”:

We will trade you ten acres of lush Texas Hill Country for a 100-yard run of the Columbia River. Sound silly? [...] if we are talking about habitat for wildlife, particularly endangered and threatened species wildlife, our proposed trade violates all sensibilities. What good is a run of the Columbia River to an endangered warbler in Texas? Yet, perhaps it is not out of bounds to think about trading endangered species habitat

⁶⁸ Sobre os contornos e a importância deste primeiro requisito, ver Jon SCHUTZ, *The steepest hurdle in obtaining a Clean Water Act Section 404 permit: complying with the EPA's 404 guidelines' least environmentally damaging practicable alternative requirement*, in *UCLA Journal of Environmental Law & Policy*, v. 26, 2006, p. 235 ss.

⁶⁹ Cfr. o §230.10(c)(1) a (4).

⁷⁰ Sobre a “*three-step mitigation sequence*”, cfr. a *Part 332 – Compensatory Mitigation for losses of aquatic resources*. Em particular, ver a § 332.1(c)(2). Disponível para consulta no site oficial do ACE: <http://www.usace.army.mil/>.

*when the trade is closer to apples for apples than our proposed cross-country swap involves*⁷¹.

Há, por conseguinte, uma preferência inegável pela adopção de medidas de compensação “*in-kind*”, que incidam sobre bens ou serviços da mesma quantidade e qualidade dos que serão alvo da lesão. Os próprios créditos e débitos bancários devem, sempre que possível, ser apurados por referência a medidas funcionais, por forma a garantir que os bens e serviços oferecidos em substituição prestam funções de tipo, qualidade e valor comparável aos que se perderam. Assim, por exemplo, o *Hydrogeomorphic Approach* (HGM) procede à comparação de uma determinada zona húmida com outra semelhante, em estado inalterado, para determinar as funções que presta correntemente e as alterações que irão resultar, previsivelmente, das actividades propostas⁷².

Não se ignora, e convém deixar bem explícito, que perante o elevado grau de conhecimento exigido, a complexidade e mesmo a morosidade associada à execução de critérios funcionais, tem-se traduzido num desvio à regra por parte dos bancos e da própria Administração: com efeito, em sua substituição, e em mais de 60% dos casos, são empregues critérios puramente métricos, por referência exclusiva à área compensada vs. área perdida. O facto de a este problema estar associada a ignorância que continua a caracterizar, em larga medida, a nossa percepção dos ecossistemas, ajuda a explicar a complacência da EPA. Com efeito, não é fácil exigir a alguém que assegure a equivalência funcional por reporte a um bem ou serviço cujas idiosincrasias escapam aos entendidos – há uma impossibilidade técnica. Mas esta não é uma deficiência exclusiva dos mercados de biodiversidade: ao invés, aí, e por nos encontrarmos diante de autênticas *joint ventures*, a taxa de sucesso deve ser maior do que a registada em projectos individuais e isolados. Onde a ciência falhar, manda a cautela que se reforcem os *ratios* de compensação, em benefício da biodiversidade (impondo, em caso de dúvida quanto ao grau de equivalência, *ratios* de 2:1 ou até mesmo superiores, em função da importância do bem ou do serviço).

Os mercados de biodiversidade, pode afirmar-se com segurança, são um mal menor: um escape para as necessidades constantes de crescimento,

⁷¹ *A practical guide to habitat conservation banking Law and Policy, Natural Resources & Environment*, American Bar Association, 2005, p. 1 – disponível para consulta em: <http://www.law.fsu.edu/faculty/profiles/ruhl/2005-HabitatBanking20NRESummer.pdf>.

⁷² Sobre o HGM e outros exemplos de critérios funcionais, ver Michael BEAN, Rebecca KIHSLINGER e Jessica WILKINSON, *Design of U.S. Habitat Banking System...*, cit., p. 44 e ss.

disciplinando-o de forma flexível e salvando a face do princípio da responsabilização. Tal como a prevenção nem sempre é possível, enquanto estratégia de actuação perante um dano iminente, a restauração *in situ* está longe de configurar uma solução onnipotente. Aliás, quando uma das principais ameaças à biodiversidade é a fragmentação de habitats, cada vez mais reduzidos a pequenas manchas do globo terrestre, não será altura de validar a concentração de esforços, se a mesma favorecer a viabilidade de espécies e a sustentabilidade de funções⁷³?

Em todo o caso, a EPA e o ACE não abdicam de uma ligação geográfica entre o objecto das trocas. A localização dos bancos e a implementação dos mercados obedece, na verdade, a regras próprias: para os bancos de zonas húmidas, e sem prejuízo de outros critérios a ter em consideração (condições hidrológicas, do solo, características químicas e físicas do local), vale a regra da bacia hidrográfica – a compensação há-de incidir sobre um sítio que pertence à mesma bacia hidrográfica da área lesada⁷⁴; para os bancos de conservação, é dada preferência à área de aplicação/influência do plano de recuperação ou de protecção da espécie (se existir), e a áreas de especial valor para a conservação das espécies (se não existir)⁷⁵. Assim, se possível, os bancos devem ser adjacentes a áreas ecologicamente relevantes, de habitat idêntico, ou reservadas para a conservação da mesma espécie – se o forem, ainda que de reduzida dimensão, verão aumentar as suas probabilidades de êxito e darão melhor resposta às exigências de tutela do *continuum naturale*⁷⁶.

A fechar, e talvez se pudesse ter principiado por aqui, é com curiosidade que constatamos que os mercados de biodiversidade são, à luz das Orientações da EPA e do ACE, a única modalidade de compensação ambiental onde a actuação *ex ante* é a única admitida. Com efeito, ainda que se preveja, com carácter geral, que as acções de compensação devem ser executadas *antes* da

⁷³ Identificando, justamente, como *ratio* do surgimento dos primeiros bancos de biodiversidade, a reduzida taxa de recobro de bens e serviços nos projectos de compensação *in situ*, ver Matthew H. BONDS e Jeffrey J. POMPE, *Calculating Wetland Mitigation Banking credits: adjusting for wetland function and location*, in *Natural Resources Journal*, v. 43, 2003, p. 962-963. Para uma súmula das principais vantagens do *banking* em comparação com a compensação directa, vejam-se as p. 974-975.

⁷⁴ Cfr. o § 230.92.

⁷⁵ Cfr. o ponto II.B.3. da *Guidance for the Establishment, Use and Operation of Conservation Banks*.

⁷⁶ Recorrendo à definição dada pelo artigo 5º/2/d) da LBA, por *continuum naturale* entende-se o “sistema contíguo de ocorrências naturais que constituem o suporte de vida silvestre e da manutenção do potencial genético e que contribui para o equilíbrio e estabilidade do território”.

ocorrência dos danos a autorizar ou, quando muito, *ao mesmo tempo*, apenas quanto aos bancos se dispõe, de forma obrigatória, que nenhum crédito pode ser vendido sem que antes tenham sido atingidas as metas ou critérios de *performance* fixados no instrumento de aprovação⁷⁷. O mesmo é dizer que, apenas quando o banco tenha já preservado, melhorado, restaurado ou criado bens e serviços em quantidade e qualidade suficientes, pode o interessado na obtenção de uma autorização adquirir os créditos de que irá necessitar para compensar os danos inerentes à actividade em causa. Excepcionalmente, do instrumento de aprovação pode resultar, para o proprietário do banco, o direito a vender uma pequena percentagem do total de créditos projectado para quando o banco for capaz de assegurar plenamente o nível de funções ecológicas pretendido⁷⁸.

Todavia, para que isso suceda, é necessário, por um lado, que as condições essenciais à viabilidade do banco a longo prazo estejam reunidas aquando da libertação antecipada de créditos, a saber: o instrumento de aprovação e as medidas de compensação tenham sido aprovadas; o sítio do banco estar garantido (ter sido adquirido), e terem sido prestadas garantias financeiras⁷⁹. Por outro lado, justificar-se-á a expressa previsão no instrumento de aprovação de que a obrigação de compensação só se tem por definitivamente cumprida, em relação aos bens e serviços compensados com créditos antecipados, quando os bens e serviços que os substituem atingirem a sua maturidade – entenda-se, quando o nível de funções perdidas for plenamente reposto (com uma outra inevitabilidade: a de que todas as perdas interinas ou temporárias terão de ser, também elas, objecto de reparação).

2.1.3 AS PRINCIPAIS DIFICULDADES (E DESAFIOS) DO HABITAT BANKING

A despeito do seu potencial contributo para a preservação da biodiversidade numa perspectiva de rede, a experiência norte-americana dos mercados de biodiversidade tem permitido identificar tendências desviantes e dificuldades características com que os mesmos se deparam. Num estudo sobre a implementação e evolução de oito bancos de zonas húmidas, de 1998, Fari TABATABAI e Robert BRUMBAUGH começam por sugerir que o termo “sucesso” é relativo: um banco até pode ter sucesso do ponto de vista dos

⁷⁷ Cfr. os §§ 230.93(b)(2) e 332.3(b)(2).

⁷⁸ A percentagem de créditos passível de libertação antecipada terá sempre de ser muito reduzida. Na *Federal Guidance for the Establishment, Use and Operation of Mitigation Banks* era de 15%.

⁷⁹ Cfr. o § 230.98(m).

critérios fixados no instrumento de aprovação (isto é, dar cumprimento a todas as imposições da entidade reguladora) e, no entanto, ser um falhanço do prisma ecológico (se essas mesmas imposições ficarem aquém do que seria necessário para gerar a reposição do *status quo ante*). Seguidamente, os autores propõem a distinção entre os “*problemas técnicos*” e os “*problemas administrativos*” que tendem a ser encontrados⁸⁰, categorias que ajudam à arrumação de ideias e de que nos serviremos para deixar aqui alguns exemplos.

Principiando pelos problemas técnicos, assinala-se um de fácil percepção e já aflorado: como é que a entidade reguladora e o banco podem saber qual a exacta extensão do dano e, em função da mesma, fixar a precisa medida da obrigação de compensação? Nas palavras de Philip GIBBONS e de David LINDENMAYER, “*offsetting is based on the assumption that impacts from clearing can be offset if sufficient habitat can be protected, enhanced and/or established elsewhere*”⁸¹ (sublinhado nosso). Não será essa uma suposição, no mínimo, arriscada, perante a infungibilidade dos bens e serviços cuja perda se quer compensar?

A resposta parece-nos evidente: o risco é inevitável sempre que lidamos com realidades que a ciência, no seu presente estágio, se mostra incapaz de apreender integralmente. E a opção só poderá ser: ou a de “*empacotar*” o instituto da compensação ambiental e vetar todas os planos e projectos cujos efeitos nocivos não possam ser plenamente prevenidos e/ou mitigados – o que inclui aqueles que seriam aptos a satisfazer um reconhecido interesse público superior (em bom rigor, estar-se-ia a blindar o interesse ecológico e imunizá-lo contra a aplicação do princípio da proporcionalidade); ou a de encontrar, no seu seio, panaceias – mecanismos que, sem oferecer a perfeição, reduzam o mais possível a margem de erro.

Uma destas panaceias passa pela combinação de diferentes métodos de compensação. Com efeito, nem todos oferecem as mesmas garantias de que será conseguido o ganho (“*additionality*”) de que depende a manutenção do estado da rede. Assim, as Orientação da EPA e do ACE defendem que a preservação de zonas húmidas, enquanto opção para compensar um dano que se quer autorizar ao abrigo do *Clean Water Act*, só pode ser admitida em

⁸⁰ *National Wetland Mitigation Banking study. The early mitigation banks: follow-up review, Institute for Water Resources, 1998, p. 21-22* – disponível para consulta em: <http://www.iwr.usace.army.mil/docs/iwrreports/98-WMB-WP.pdf>.

Fica, todavia, a advertência de que os bancos estudados pelos autores se encontram entre os primeiros existentes, remontando a uma altura em que ainda não existiam as Orientações da EPA e do ACE.

⁸¹ Philip GIBBONS e de David LINDENMAYER, *Offsets for land clearing: no net loss or the tail wagging the dog?*, *Ecological Management & Restoration*, vol. 8, 2007/1, p. 26 ss., 27.

circunstâncias excepcionais, dada a sua menor capacidade de gerar ganhos de rede⁸², *maxime* porque, ao preservar, apenas se mantém uma condição – logo, evita-se a deterioração para lá do ponto de intervenção, mas não se recuperam perdas anteriores.

Mais, tratando-se de licenças que recorram à preservação como método de compensação, o *ratio* exigido pelo ACE é superior a 1:1, sendo a diferença aferida em função da gravidade do dano e da importância dos recursos preservados para a manutenção das funções aquáticas⁸³. Apenas como exemplo, no *Saipan Upland Mitigation Bank* (um banco de conservação instalado nas Ilhas Marianna), cujos créditos servem para compensar danos causados ao rouxinol dos caniços com a construção de uma estância turística, foi implementada uma política: (i) de preservação do habitat suficiente para manter um casal de rouxinóis existente no local; (ii) de melhoria do habitat necessário para introduzir um novo casal⁸⁴.

Ainda em sede de problemas técnicos, não há como ignorar que os bens e serviços que um banco coloca no mercado para compensar danos são, pela sua própria natureza, voláteis. É possível garantir que o habitat recriado ou que a espécie introduzida vão perdurar durante o tempo necessário? Esta é uma incerteza que acaba por se reflectir em dois pormenores da regulação. Um, traduz-se na obrigação legal de cada banco apresentar, logo aquando da aprovação, garantias do seu financiamento e gestão a longo prazo, desde títulos e letras de crédito, *escrow accounts*⁸⁵, seguros ou a inclusão, no respectivo instrumento de aprovação, de uma cláusula de transmissão da propriedade (por exemplo, a favor de uma entidade pública). Quanto à sua duração (isto é, ao período de tempo durante o qual o beneficiário pode activar as garantias), a regra é a do balanço temporal entre os danos autorizados e a sua compensação: os de efeitos permanentes devem ser contrabalançados por garantias prestadas em

⁸² Cfr. os §§ 230.93 (h)(1) e 332.3 (h)(1). No mesmo sentido, ver a *Federal Guidance for the Establishment, Use and Operation of Mitigation Banks*, ponto II.B.4.

⁸³ Cfr. o § 332.8 (o)(6).

⁸⁴ *Mitigation Banking as an Endangered Species...*, Appendix I, p. 9 e ss.

⁸⁵ As *escrow accounts* são contas de garantia, através das quais um proprietário, promitente ou obrigado ao cumprimento de uma obrigação, legal ou contratual, confia um determinado bem (em regra, uma quantia pecuniária ou um conjunto de valores) à guarda de terceiro, para que seja mantido e apenas desbloqueado na ocorrência de um evento ou condição pré-fixada (*in casu*, uma qualquer contingência relacionada com o funcionamento do banco).

perpetuidade; e os de efeitos não permanentes, sê-lo-ão através de garantias que sejam, no mínimo, de duração equivalente à estimada para a sua subsistência.

O outro pormenor traduz-se na promoção de um modelo de “*adaptive management*” que incorpore no instrumento de aprovação medidas de contingência⁸⁶. Por outras palavras, se os relatórios de monitorização ou se os dados livremente fornecidos pelo banco denotarem um fraco progresso, deve reagir-se o mais rapidamente possível e corrigir a falha (ou falhas) – eventualmente, revendo a sua localização, as medidas de compensação em prática ou o *ratio* de compensação usado.

A propósito dos problemas administrativos, um alerta frequente é o de que os casos de sucesso “*do not simply fall out of the sky*”. Investir num banco (pelo menos, de forma racional), exige que se domine a lógica de mercado inerente ao seu funcionamento. Olhando para a história do *Hickory Pass Ranch Conservation Bank*, em Austin – Texas, que recria o *habitat* natural do rouxinol de bochecha dourada, a sua criação foi precedida de um estudo intensivo das condições do mercado local, sem com isso descurar os aspectos ecológicos⁸⁷:

- num primeiro momento, o banqueiro começa por estimar o potencial produtivo do banco, comparando o estado inicial do sítio visado com aquele que resultará da sua fixação e da execução das medidas de compensação (isto é, fazendo uma estimativa dos créditos que o banco irá gerar);
- num segundo momento, terá de ponderar o nível da procura, dentro da área de serviço do banco (uma estimativa dos débitos que o banco irá absorver) – o que nem sempre é fácil, dada a natureza subjectiva e imprevisível da regulação, do crescimento urbanístico e do mercado imobiliário;
- num terceiro momento, deverá proceder-se a um ajustamento do preço de venda dos créditos, consoante os custos registados e a relação entre a oferta e a procura;
- num quarto momento, finalmente, o banqueiro terá de comparar o preço a que chegou com o custo, para os potenciais compradores, das alternativas disponíveis naquele mercado (*v.g.*, compensação directa, ou pagamento a Fundos de Conservação).

⁸⁶ Cfr. os §§ 230.97(c) e 332.7(c).

⁸⁷ J. B. RUHL, Alan GLEN e David HARTMAN, *A practical guide to habitat conservation...*, cit., p. 6 e ss.

O mesmo exemplo permite constatar a importância de o banco dispor de apoio científico. A expressão “*joint venture*” pressupõe, na verdade, algo mais do que o contributo do banqueiro, do regulador e/ou das entidades públicas locais. Passo a passo, desde a sua génese, é fundamental que os entendidos sejam chamados a dar o seu contributo, desde os académicos aos biólogos – sendo, por conseguinte, altamente recomendável a constituição de comités de aconselhamento.

Acresce que, se um banco não chegar a ser aprovado, todo este esforço do banqueiro sai frustrado. Ora, para que um banco seja aprovado, já não se exige o simples domínio da lógica de mercado (a sua utilidade vem depois). O banqueiro de biodiversidade tem de saber articular essa lógica com todas as outras que interagem no âmbito destes novos mercados, sendo as principais concorrentes a ecológica e a reguladora. No caso do *Clearwater Bank*, em Hartshorne – Oklahoma, este aspecto ficou bem patente, considerando todas as “*dificuldades*” que os proprietários tiveram de superar para negociar, com sucesso, a sua aprovação. Desde a subcontratação necessária à realização de trabalhos de remoção de terras (para preparação do sítio), passando pela obtenção de licenças, pela coordenação com projectos de construção civil confinantes, e terminando nas exigências do comité de avaliação e do *major*,

*...the bankers achieved the alignment of disparate forces through their own flexibility while not expecting these other interests and climatic forces to conform to a strictly economic calculus*⁸⁸.

“*On top of it all*”, os mercados de biodiversidade carecem de ser vigiados em permanência e com o maior rigor possível, quer através da submissão de relatórios de *performance* às entidades supervisoras (em intervalos compatíveis com a estratégia de gestão acordada, a fim de permitir traçar uma evolução entre diferentes períodos de “*gestação*” das medidas de compensação), quer por via de inspecções ao local – um misto de auto e de hetero-monitorização, à semelhança do que sucede no âmbito da avaliação de impacto ambiental de planos e projectos⁸⁹. Não está apenas em causa o brio da Administração, ou seja, saber se as condições que foram impostas em troca da autorização do banco estão ou não a ser respeitadas. Na verdade, se o banqueiro não for diligente e agir por sua própria iniciativa, é através dos relatórios de monitorização e das acções

⁸⁸ Morgan ROBERTSON, *The work of wetland credit...*, cit., p. 44 e ss.

⁸⁹ Em Portugal, cfr. a Secção V do Capítulo III do RAlA, intitulada “*pós-avaliação*”.

de inspecção que a Administração pode vir a deparar-se com a necessidade de urgente implementação das medidas correctivas: aquelas que constam do instrumento de aprovação ou outras que assegurem a compensação integral dos danos à biodiversidade.

2.2 A REALIDADE EUROPEIA - UMA EXPERIÊNCIA FEITA “DE BAIXO PARA CIMA”

A ligação entre o mercado e a preservação de biodiversidade está longe de ser ignorada no velho continente. Da leitura das Comunicações da Comissão Europeia, e sem prejuízo de não nos podermos deter exaustivamente sobre as mesmas, fica a clara impressão de que, ainda assim, a evolução intelectual fica muito aquém da transformação prática, ao estilo de um muito gradual e cauteloso “*se não podes vencê-los, junta-te a eles*”.

Assim, na Comunicação dirigida ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões sobre o sexto programa de acção da União Europeia em matéria de ambiente, de Janeiro de 2001, com o nome “*Ambiente 2010: o nosso futuro, a nossa escolha*”⁹⁰, pode ler-se que:

A protecção do ambiente coloca-nos simultaneamente perante desafios e oportunidades... A protecção do nosso ambiente não tem de se traduzir numa restrição do crescimento ou do consumo em si mesmos. O nível ambicioso das normas ambientais constitui também um motor para a inovação – criando novos mercados e oportunidades de negócio.

Pouco tempo depois, na Comunicação dirigida ao Conselho Europeu de Gotemburgo, de Maio de 2001, intitulada “*Desenvolvimento sustentável na Europa para um mundo melhor: Estratégia da União Europeia em favor do desenvolvimento sustentável*”⁹¹, reconhece-se expressamente a forma como a sinalização de preços, típica da lógica de mercado, pode servir para corrigir condutas ambientalmente indesejáveis e, ao mesmo tempo, recompensar quem investe em actividades sustentáveis, em detrimento de outros instrumentos económicos como os subsídios públicos:

⁹⁰ A versão integral da Comunicação, publicada em português, pode ser consultada em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52001DC0031:PT:NOT>.

⁹¹ A versão integral da Comunicação pode ser consultada em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52001DC0264:PT:HTML>

«As reformas do mercado destinadas a fixar preços correctos podem gerar novas oportunidades de as empresas desenvolverem serviços e produtos que atenuam a pressão sobre o ambiente e satisfazem necessidades sociais e económicas. Por vezes, isto equivale ao financiamento público de serviços que, caso contrário, não seriam prestados, nomeadamente serviços públicos essenciais em zonas de baixa densidade populacional. Mais frequentemente, o problema consiste em eliminar subsídios que promovem o desperdício de recursos naturais e atribuir um preço à poluição. Este tipo de alteração de preços é um incentivo permanente ao desenvolvimento e utilização de tecnologias e equipamentos mais seguros e menos poluentes, constituindo muitas vezes tudo o que é necessário para fazer pender a balança em seu favor».

O tema específico dos bancos de biodiversidade só viria, ainda assim, a ser introduzido no debate em 2007: primeiro, em Janeiro, por via do já “tratado” *Guidance Document* (cfr. *supra* 1.2.2.); e, em Março, através do *Livro Verde da Comissão, sobre instrumentos de mercado para fins da política ambiental e de políticas conexas*⁹². De seguida, veremos como esta introdução, nos moldes extremamente restritos em que foi feita, pouco representou em termos de um compromisso ao nível da União, ao ponto de as únicas iniciativas conhecidas, desamparadas de uma regulação comum, partirem de cada Estado-membro.

2.2.1 A PERSPECTIVA INSTITUCIONAL E NORMATIVA

Das duas instituições da União Europeia que mais vezes têm sido chamadas a pronunciar-se sobre a disciplina da compensação ambiental *ex ante*, dir-se-á que pouco ou nenhum foi o tempo despendido em reflexão sobre os mercados de biodiversidade.

Relativamente ao Tribunal de Justiça da União Europeia, este alheamento é mais compreensível: enquanto órgão jurisdicional, na maior parte das vezes chamado a intervir por via do reenvio prejudicial ou no âmbito de acções por incumprimento, a sua intervenção encontra-se algo limitada. Nos casos de reenvio, o Tribunal do Luxemburgo vai apreciar apenas as questões concretas

⁹² A versão integral do *Livro Verde*, publicada em português, pode ser consultada em: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/pt/com/2007/com2007_0140pt01.pdf.

que lhe foram colocadas pela jurisdição nacional e que, até hoje, nunca versaram sobre o recurso e/ou contornos dos mercados de biodiversidade. Por seu turno, nas acções por incumprimento, e em homenagem aos princípios da separação de poderes e de salvaguarda da discricionariedade administrativa, o Tribunal debruça-se sobre a suficiência das medidas de compensação adoptadas em cada caso concreto, à luz dos objectivos de conservação traçados pela legislação vigente⁹³. Logo, até que o incumprimento se reporte a uma situação específica que envolva um Estado-membro e uma sua obrigação de compensação ambiental através da criação de um banco ou reserva de biodiversidade, permanece a expectativa de saber qual é o entendimento do guardião da ordem jurídica da União.

Mais difícil é, na verdade, justificar a apatia da Comissão Europeia que, salvo raras excepções, só muito timidamente se pronunciou sobre a nova via de tutela da biodiversidade – e sempre com o cuidado de ressaltar o seu carácter excepcional. No *supra* referido Guidance Document, ao tratar do âmbito geral das medidas compensatórias que podem ser adoptadas ao abrigo do artigo 6º/4 da Directiva Habitats, a abordagem é feita num tom que é tudo menos encorajador:

*A opção de constituir reservas de habitats (habitat banking) como medida compensatória [...] apresenta um interesse bastante limitado, devido aos critérios estritos referidos no respeitante à necessidade de compensação para garantir a protecção da coerência da rede [natura 2000].*⁹⁴

Da mesma forma, no *Livro Verde*, depois de percorrida a Introdução, na qual se dá conta de uma “nova tendência” para privilegiar, progressivamente, os instrumentos económicos e de mercado, e após reconhecer-se que os danos inevitáveis infligidos à biodiversidade podem ser compensados “através da criação de habitats semelhantes noutros locais”, a Comissão enuncia que: (i) “deve ser mantida a equivalência de habitats”; (ii) “devem existir critérios de aferição”, e (iii) “no caso das zonas protegidas, apenas em último recurso devem ser aplicadas medidas compensatórias para a perda de habitats”⁹⁵. Pela nossa parte, cremos que

⁹³ Apenas a título de exemplo, vejam-se os Acórdãos *Marismas de Santoña*, caso C-355/90, de 2 de agosto de 1993, e *Comissão contra a França*, caso C-166/97, de 18 de março de 1999. Ambos ilustram o tipo de controlo exercido pelo Tribunal de Justiça, um controlo de suficiência, perante os objectivos de conservação da biodiversidade, por oposição à escolha das medidas de compensação.

⁹⁴ Cfr. o ponto 1.4.3. do *Guidance Document*.

⁹⁵ Cfr. o ponto 4.3. do *Guidance Document*.

a exigência expressa de equivalência funcional é escusada, dado constituir um pressuposto comum a qualquer modalidade de compensação ambiental (*ex ante* ou *ex post*). Já a restrição do âmbito objectivo da compensação ambiental por recurso a bancos ou reservas de habitat é uma decorrência do contexto específico em que a mesma é ponderada: o de derrogação do regime de conservação de áreas de protecção especial e de áreas especialmente protegidas que preconiza, nos termos do artigo 6º/4 da Directiva Habitats, a manutenção da coerência global da rede Natura 2000⁹⁶.

O problema não é, portanto, *endógeno* (dos mercados de biodiversidade) mas *exógeno* (da configuração da rede de áreas protegidas). Existe, subjacente à ideia de coerência global desta mesma rede, a adstrição da compensação a critérios estritos de concretização, quanto ao seu objectivo, à sua localização e às suas funções. Assim, por exemplo, no quadro da Directiva Aves, a compensação deverá: possuir objectivos idênticos aos da decisão inicial de classificação e de conservação de uma determinada área; desempenhar a mesma função na mesma rota migratória e incidir sobre uma área de fácil acesso às aves que frequentemente, habitualmente, a área classificada. Para a Comissão:

...se uma ZPE com a função específica de proporcionar áreas de repouso para aves migratórias na sua rota para o Norte for afectada significativamente por um projecto, as medidas compensatórias propostas devem incidir na função específica desempenhada pelo sítio. Deste modo, a adopção de medidas compensatórias passíveis de reconstituírem as condições necessárias para o repouso das mesmas espécies numa zona situada fora da rota migratória, ou dentro desta, mas a uma distância considerável, não seria suficiente para assegurar a coerência global da rede...⁹⁷

Haverá, portanto, e na perspectiva da Comissão, um conjunto de serviços ecossistémicos cuja perda não pode ser plenamente compensada fora do sítio original (entenda-se, não é susceptível de compensação *ex situ*), de que constituiu exemplo o suporte migratório assegurado por determinados *habitats*, cuja

⁹⁶ Esclareça-se que, conforme decorre do artigo 7º da Directiva Habitats, o procedimento derogatório ou de desclassificação traçado no artigo 6º é aplicável, igualmente, as áreas de protecção especial, classificadas ao abrigo da Directiva Aves.

⁹⁷ Cfr. o ponto 1.4.2. do *Guidance Document*.

supressão afecta directamente os hábitos de aves migratórias e/ou de ocorrência regular.

Numa perspectiva estritamente normativa, e ainda em relação à Directiva Habitats, as exigências “*like for like*” restringem consideravelmente a eventual procura por créditos de biodiversidade, dentro de cada Estado-membro mas, sobretudo, entre diferentes regiões biogeográficas. Todavia, nem tudo são más notícias. Por um lado, nada impede que os bancos de biodiversidade sejam usados no quadro de um regime obrigatório ligado ao artigo 6º/1. Por exemplo, sempre que se preveja um empreendimento, poderá ser adequado ponderar e integrar no plano de gestão elaborado para o sítio as medidas compensatórias, antes de ser tomada uma decisão final pelas autoridades competentes.

Por outro, fora dos sítios da rede Natura 2000, podem vir a ser usados créditos de biodiversidade para reforçar o nível de protecção, devido às espécies referidas no artigo 12º e listadas no Anexo IV⁹⁸. Sendo certo, frise-se, que num e noutro casos o mercado não é chamado a intervir no âmbito da compensação ambiental *ex ante*.

Olhando, agora, para a Directiva nº 2004/35/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à responsabilidade ambiental em termos de prevenção e reparação de danos ambientais, não vemos razão para rejeitar liminarmente a articulação entre a obrigação de compensação aí consagrada e as novas soluções de mercado. Com efeito, por aplicação conjugada dos artigos 6º/1, alínea b), e 7º/1, o operador, perante a consumação de um dano ambiental, deve identificar e apresentar à autoridade competente (nacional) as medidas de reparação adequadas, seguindo as orientações traçadas no Anexo II. Ora, da leitura do Anexo II resulta, para os danos causados às espécies e habitats naturais protegidos, uma hierarquia de reparação. Na eventualidade de não ser possível a reparação “*primária*” do bem ou serviço afectado, deve proceder-se à reparação “*complementar*”, por “*qualquer medida*” capaz de “*proporcionar um nível de recursos naturais e/ou serviços, incluindo, quando apropriado, num sítio alternativo, similar ao que teria sido proporcionado se o sítio danificado tivesse regressado ao seu estado inicial*”⁹⁹. Do que se trata é, conforme *supra* se expôs a propósito do diploma pátrio de transposição desta Directiva (o DL 147/2008), de reparação por via de compensação. Logo, desde que um banco consiga providenciar o nível de equivalência que se exige, e à falta de indicação legal em contrário, será (mais)

⁹⁸ Neste sentido, cfr. *The use of market-based instruments...*, cit., p. 179.

⁹⁹ Cfr. os pontos 1. b) e 1.1.2. do *Guidance Document*.

uma opção ao dispor do operador. Sendo certo, insiste-se, que nos encontramos fora do âmbito da compensação ambiental *ex ante*.

Como última referência normativa, diremos que não é, sequer, de excluir o recurso aos mercados de biodiversidade (naturalmente, se implementados) no contexto da Directiva 2011/92/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à avaliação dos efeitos de determinados projectos públicos e privados no ambiente (vulgarmente designada por Directiva AIA)¹⁰⁰. De acordo com o artigo 5º/3/b), de entre as informações a fornecer pelo dono da obra (entenda-se, do projecto sujeito a avaliação de impacto ambiental) conta-se “*uma descrição detalhada das medidas previstas para evitar, reduzir e, se possível, compensar os efeitos negativos significativos*”. Não obstante, ainda que o *banking* possa servir para conseguir a atenuação destes efeitos, é certo que nos encontramos perante impactos e não danos ambientais, esses sim o cerne do instituto em apreço.

Eis-nos, pois, chegados a uma conclusão inevitável: a de que existem, no Direito da União, várias pontes de acesso aos mercados de biodiversidade. Infelizmente, para o nosso estudo, poucas são as verdadeiras oportunidades no que toca à compensação *ex ante* de danos causados à biodiversidade.

2.2.2 AS EXPERIÊNCIAS ENCETADAS A NÍVEL NACIONAL

Um pouco por todo o mundo, de iniciativa estatal, regional ou local, pública e/ou privada, a criação de mercados de biodiversidade para dar resposta às crescentes perdas de rede, sem comprometer outras políticas de fundo (como o crescimento económico, alojamento, produção de alimentos, emprego...), é cada vez mais comum. E o Velho continente, conforme ilustração que *infra* se deixa, não escapa à regra.

De França, Estado-membro que elegemos para selecção do primeiro exemplo, chega-nos o projecto-piloto da *Planície de Crau*, situado na região de *Provence-Alpes-Cotes d'Azur*, local onde encontramos o único exemplar de estepe semi-árida existente na Europa Ocidental. Apesar da importância ecológica deste bioma, que constitui o habitat de várias espécies de aves raras e ameaçadas, insectos e plantas, a pressão causada por factores externos (a construção de vias rodo e ferroviárias, implantação de unidades de captura e de produção de energia, a poluição causada pela lixeira municipal de Marselha) era motivo de degradação do estado inicial da biodiversidade. Como resposta, e depois de

¹⁰⁰ Faz-se referência a esta “nova” diretiva AIA, sem prejuízo de a Directiva nº 85/337 (e suas alterações) ser aquela que, para todos os efeitos, se encontra transposta presentemente para o direito interno.

terem sido tentados outros métodos de conservação (como a inserção da *Planície de Crau* na rede Natura 2000 e a classificação de 7.411 hectares como Reserva Natural Nacional), a *CDC Biodiversité*¹⁰¹ optou por adquirir uma parcela da planície (cerca de 357 hectares) para aí implantar um banco de biodiversidade¹⁰². Para localização exacta, a *CDC* escolheu uma parcela adjacente à Reserva Natural Nacional, visando aumentar a coerência ecológica local e a conectividade de habitats. Como objectivo, elegeu-se: a recuperação da cobertura vegetal nativa, perdida após uma conversão da terra para uso agrícola, com recurso a acções de melhoria das condições ecológicas da estepe, pela conversão de pomares e campos abandonados e remoção de equipamentos agrícolas.

Na Alemanha, Sandra NAUMANN, Antje VORWEK e Ingo BRÄUER, dão-nos a conhecer duas experiências com origens e estratégias distintas¹⁰³. Uma, é do *habitat banking* instituído e gerido pelo Município de Mainz, como forma de dispor de uma reserva (“*pool*”) de hectares à qual recorrer perante projectos que careçam de compensação a uma larga escala. De cada vez que um projecto de construção é aprovado, o interessado vê-se obrigado a “*reservar*” uma parcela de terreno, que vai integrar a reserva e servir como uma espécie de “*cintura verde*”. Por vezes, o Município chega a acordo com os privados para trocar a parcela reservada (que permaneceu, para todos os efeitos, na sua propriedade) por uma outra (pública), para conseguir formar uma área de compensação mais abrangente.

Uma outra experiência que os autores citados nos apresentam é a do banco *Hof Hasemann*, criado em fevereiro de 2000, na Baixa Saxónia, totalmente privado. Com um total de 86 hectares, esta antiga quinta é, hoje, capaz de compensar danos causados em sítios distintos e tem como principal cliente a cidade de Bramsche, localizada a cerca de 15 km. É uma parceria que aproveita a ambos: por um lado, ao banco e à fundação que o gere, com as receitas geradas pela venda de créditos; por outro lado, à localidade, que pode reorientar os seus recursos administrativos para outras tarefas, pagando ao banco para compensar

¹⁰¹ Entidade integrada na *Caisse des Dépôts*, uma instituição financeira, sob controlo parlamentar, encarregue da prossecução de interesses públicos, de âmbito geral e territorial.

¹⁰² Mais desenvolvidamente, sobre esta experiência francesa, ver *Les mesures compensatoires pour la Biodiversité*, publicado pelo *Réseau Régional des Gestionnaires d'Espaces Naturels Protégés*, em colaboração com o *CEEP*. Disponível para consulta em: http://www.arpe-paca.org/files/20110509_Mesurescompensatoires4bd.pdf.

¹⁰³ *Compensation in the form of Habitat Banking: short case-study report*, *Remede*, 2008, p. 7- 8; sobre a previsão do *banking* na legislação urbanística e ambiental, ver a p. 3 - disponível em: http://www.envliability.eu/docs/D12CaseStudies/D12_REMEDE_Habitat_Banking_Oct%2008.pdf.

os danos que forem sendo causados pela construção de novos edifícios e/ou infraestruturas.

Em Inglaterra, Rob GILLESPIE e David HILL sugerem que a ideia dos bancos de biodiversidade está muito perto de algumas das práticas que já se conhecem. Um dos exemplos avançados é o das obras no porto de Felixstowe, para aumentar a profundidade em dois metros e acomodar barcos de maior envergadura¹⁰⁴. Com as escavações e a dragagem do fundo do mar, alterou-se o movimento da maré e acelerou-se a erosão da parede costeira. A solução encontrada foi a de criar 16,5 hectares de habitat litoral numa zona agrícola em Trimley, realinhando a parede costeira.

Finalmente, em Espanha, o *El Pais* publicou, recentemente, uma notícia a dar conta do “*Ecoacsa, un banco para la naturaleza*”¹⁰⁵. Contrariamente ao que o título sugere, não se trata de um banco de biodiversidade. O Ecoacsa é um projecto – uma empresa que presta serviços inovadores em matéria de conservação da biodiversidade, um dos quais o “*desarrollo de planes para la puesta en funcionamiento de bancos de conservación de la naturaleza*”¹⁰⁶. É, em bom rigor, um consultor especializado em mercados de biodiversidade e que os promove junto de outras empresas e de proprietários:

Para las empresas, son un modo de obtener visibilidad via responsabilidad corporativa, pues les permite optimizar sus procesos productivos. Para los propietarios de tierras, les permite obtener una rentabilidad que antes no podía darle a un terreno. Lo hacen valorizando los servicios ambientales que genera un ecosistema...

Por detrás de todas estas experiências, encontramos a mesma lógica que subjaz à prática norte-americana dos mercados de biodiversidade: garantir a neutralidade dos planos ou projectos ambientalmente nocivos, sempre que causem danos ambientais insusceptíveis de prevenção e/ou mitigação, pela criação de uma reserva de activos biológicos transaccionáveis, equivalentes aos bens e serviços afectados, e disponível previamente à sua afectação. Não está

¹⁰⁴ Cfr. este e outros exemplos em Rob GILLESPIE e David HILL, *A new look at nature and development mitigation, Town & Country Planning*, v. 76, 2007/4, p. 121 ss., 124.

¹⁰⁵ Esta notícia encontra-se disponível, na íntegra, em: http://economia.elpais.com/economia/2013/04/10/actualidad/1365587726_831386.html.

¹⁰⁶ Cfr. <http://www.ecoacsa.com/servicios.html>.

em causa um direito a destruir, mas sim a procura da melhor solução para cada situação concreta – nuns casos, *in situ*, noutros, *ex situ*.

Porém, ao contrário da prática norte-americana, inexistente ao nível da União um sistema institucionalizado ou um quadro normativo específico (mesmo sem ser vinculativo), o que acaba por aumentar o risco de insucesso pois, se os potenciais benefícios são grandes, também o são os perigos de se registarem perdas de rede se não se proceder com a maior das cautelas. Urge, portanto, na nossa opinião, disciplinar aqueles que são os aspectos essenciais do *banking*: (i) a clarificação das acções de compensação passíveis de gerar um ganho de biodiversidade; (ii) a delimitação dos critérios de localização dos bancos; (iii) a quantificação dos créditos; (iv) a fixação da duração mínima das acções de compensação. Tão breve quanto surjam directrizes claras e uniformes sobre estes pontos, assistiremos certamente à rápida multiplicação dos exemplos que aqui deixamos.

3 BIODIVERSIDADE E MERCADO, UMA RELAÇÃO DESACONSELHÁVEL (?)

Do percurso que vimos trilhando, transparece que a ideia de constituição de mercados de biodiversidade, com origem nos EUA e em duas das principais leis norte-americanas de protecção da biodiversidade – o *Clean Water Act*, de 1972, e o *Endangered Species Act*, de 1973 – se assume como uma terceira via da compensação ambiental de habitats admitida, pela primeira vez, pela Convenção Ramsar. À primeira vista, poderia pensar-se que as diferenças em relação ao já conhecido mercado de títulos de emissões de CO₂, estruturado, na União Europeia por força da ratificação do Protocolo de Quioto, são poucas. Todavia, convém ter presente que a biodiversidade é uma realidade bastante diferente da atmosfera, concretamente no que tange a sua fungibilidade. Com efeito, a substituíbilidade de componentes de flora, fauna e suas interrelações é altamente duvidosa, percepção que desaconselha a “normalização” desta nova técnica da compensação.

Quando, em 1992, a Convenção sobre a Diversidade Biológica qualificou a conservação da biodiversidade como uma “preocupação comum da Humanidade”, já havia dados suficientemente dramáticos sobre a degradação do meio ambiente e a extinção de muitas espécies, animais e vegetais. Dez anos antes, a Carta Mundial da Natureza havia lançado o repto da conservação (“...the supreme importance of protecting natural systems, maintaining the balance and quality of nature and conserving natural resources, in the interests of present and

future generations...” – do Preâmbulo) e, embora sem o seu pendor ecocêntrico, a Convenção da UNESCO sobre o património natural e cultural mundial, de 1972, também deixara o alerta para a imperiosa necessidade de salvaguardar valores meta temporais e meta geracionais de danos irreversíveis (“...*the importance, for all the peoples of the world, of safeguarding this unique and irreplaceable property, to whatever people it may belong...*” – do Preâmbulo). A (in)definição de “diversidade biológica” que decorre da Convenção de 1992 atesta bem a complexidade do objecto: “variabilidade entre os organismos vivos de todas as origens, incluindo, *inter alia*, os ecossistemas terrestres, marinhos, e outros ecossistemas aquáticos e os complexos ecológicos dos quais fazem parte; compreende a diversidade dentro de cada espécie, entre as espécies e dos ecossistemas” (cfr. o artigo 2º) –, e a dificuldade da sua substituição, uma vez severamente danificado.

Conforme sobreleva FRITZ-LEGENDRE, a biodiversidade traduz uma realidade complexa porque ela não é apenas a soma das partes, mas também o resultado das interações entre elas¹⁰⁷. A biodiversidade constitui uma síntese de noções jurídicas (*res communis*, *res nullius*, bens corpóreos, bens incorpóreos)¹⁰⁸ e de componentes bióticos (exemplares de fauna e de flora; habitats e ecossistemas; seus serviços; suas interrelações)¹⁰⁹, composição que pode tornar árdua a tarefa de, uma vez afectado um componente ou factor, proceder à sua reposição ou à sua replicação. Bem assim como avaliar, definitivamente, a reversibilidade ou irreversibilidade de um dano – e o momento em que ele se torna irreversível –, pois os sistemas ecológicos têm resiliências insuspeitadas e podem conseguir recuperar, naturalmente, de certas lesões que à partida pareceriam fatais. Seguro parece ser que tal dinâmica pode evitar ou atrasar a degradação ou extinção mas dela sempre resultará algo diverso do que existia antes da intervenção¹¹⁰ – facto que vem relativizar a noção de “significatividade” ou gravidade do dano, aumentando, correlativamente, a complexidade da tarefa de determinação de medidas compensatórias.

¹⁰⁷ Myriam FRITZ-LEGENDRE, *Biodiversité...*, cit., p. 80.

¹⁰⁸ Para mais desenvolvimentos, veja-se Marie-Pierre CAMPROUX-DUFFRÈNE (*Plaidoyer civiliste...*, cit., p. 9 ss.), acentuando a preponderância de componentes *res communis*.

¹⁰⁹ Cfr. Marie-Pierre CAMPROUX-DUFFRÈNE, *La création d'un marché...*, cit., p. 71-73.

¹¹⁰ Sobre a noção de irreversibilidade aplicada ao dano à biodiversidade, desenvolvidamente, Myriam FRITZ-LEGENDRE, *Biodiversité...*, cit., *passim*. A autora, se bem que aceitando algum relativismo na apreciação da reversibilidade do dano, não deixa de anotar, particularmente, que «*toute disparition a un caractère irréversible de par ses conséquences sur les processus écologiques globaux et [elle] menace l'intégrité de la biosphère. L'idée d'intégrité a un caractère qualitatif et renvoie à un ensemble qui est demeuré intact*» (p. 87).

A Convenção Ramsar, ao abrir a porta à compensação por equivalente em sede de zonas húmidas, destacou uma *caixa de Pandora* na medida em que, e embora por motivos ponderosos, aceitou que a destruição ou diminuição de uma zona húmida pudesse ser colmatada pela recuperação de outra, na mesma zona ou noutra local. Este instituto, que deveria ser encarado a título absolutamente excepcional, acabou por ser o motor da instituição do *habitat banking* nos EUA e animou experiências do género no seio da União Europeia – sob o olhar céptico da Comissão, é certo, mas que vão despontando a nível nacional (cfr. *supra*, 2.).

É certo, dir-se-á, que mais vale destruir, compensando, do que destruir sem contrapartidas. Os danos consentidos pelo regime da rede Natura 2000 e pelo regime nacional da protecção da natureza devem justificar-se numa lógica de harmonização de interesses e da pontual sobrevalorização do interesse sócio-económico ao interesse ecológico – logo, as autorizações não-de reduzir-se ao estritamente essencial e não banalizar-se em nome de um facilitismo nas operações de compensação. Ou seja, deve autorizar-se porque se pode, adequadamente, compensar, e não compensar-se para se poder, arbitrariamente, autorizar.

A compensação é, não se nega, um instituto paradoxal: no rigor dos rigores, deveria ser afastada, sobretudo na perspectiva *ex ante*, uma vez que constitui uma derrogação manifesta do princípio da prevenção de danos ao ambiente; no entanto, ignorar a sua possibilidade, desde que criteriosa e excepcional, seria uma atitude irrealista e, em última análise, ainda mais lesiva para a biodiversidade, que ficaria assim duplamente ferida (por via da acção destrutiva e por via da omissão compensatória). Aceitar a sua existência não implica, contudo, relaxar o grau de exigência, independentemente da forma escolhida para compensar. A mercantilização da biodiversidade nunca pode ser vista e/ou transformada num salvo-conduto do livre arbítrio de uns (que lesam), à custa do sacrifício de outros (que compensam).

Assim, as condições que se exigem para que, simultaneamente, essa meta seja atingida e a frágil aliança entre os mercados e a biodiversidade fique validada, na esteira de autores como Marie-Pierre CAMPROUX-DUFFRÈNE, Phillip GIBBONS e David LINDENMAYER¹¹¹, pressupõem que:

¹¹¹ Cfr., respectivamente, *La création d'un marché...*, cit., p. 75-76; e *Offsets for land clearing...*, cit., p. 29 e 30. Ainda, para um panorama dos principais aspectos que devem ser corrigidos, tal qual denotados pela experiência empírica dos bancos de zonas húmidas nos EUA, ver Jeffrey MATTHEWS e Anton G. ENDRESS, *Performance criteria, compliance success and vegetation development in Compensatory Mitigation Wetlands, Environmental Management*, 2008, p. 135 e ss. – disponível em: <http://link.springer.com/article/10.1007%2Fs00267-007-9002-5>.

- i) a recuperação dos bens e serviços perdidos seja possível *ex situ* e, em caso afirmativo, numa área contígua ou geograficamente ligada à que sofre a lesão, que a prolonga e complementa;
- ii) as operações de compensação se desenrolem, tanto quanto possível, previamente à destruição ou, no mínimo, à medida que esta vai evoluindo, por forma a evitar perdas temporárias;
- iii) exista um controlo e supervisão pública constantes;
- iv) se conceba um plano de contingência que permita a revisão, adaptação e/ou substituição das medidas inicialmente fixadas por outras mais adequadas à evolução natural do sítio e das espécies; e
- v) haja consciência de que certos benefícios (para os lesantes) trazem (para os bancos) um compromisso em perpetuidade, sempre que os efeitos dos danos persistam com o passar do tempo – então, também as medidas de compensação terão de persistir, e os respectivos créditos serão “bloqueados” (isto é, deixam de poder ser novamente usados).

Sublinhe-se que, no nosso sistema, relativamente:

- a) Ao objecto das medidas compensatórias, as expressões da RPRDE são bastante clarificadoras da elíptica fórmula de “custo ambiental” utilizada pelo artigo 36º do RCNB. Recordem-se os critérios presentes nos Anexos IV e V *supra* descritos, bem assim como as considerações expendidas no *Guidance document* da Comissão sobre medidas compensatórias em sede de rede Natura 2000, e rapidamente se constatará a utilidade de unificação de regimes;
- b) Ao tempo das medidas compensatórias, a norma do artigo citado é algo ambígua mas julgamos dever dela depreender-se que as medidas compensatórias da instalação do projecto devem ser fixadas na DIA (ou acto equivalente ou prevacente) e deverão estar concluídas, nos seus passos essenciais – não necessariamente nos seus resultados de equivalência – até à emissão do acto autorizativo final, sob pena de impossibilidade legal de emissão deste (recordem-se os termos

previamente aprovados e posteriormente certificados pela autoridade nacional, constantes do artigo 36º/2 do RCNB). Caso se admita que possam ser concretizadas (total ou parcialmente) em momento posterior à emissão do acto autorizativo, a validade deste ficará pendente da certificação ulterior, em prazo a fixar.

Já quanto às medidas compensatórias de funcionamento, a justificarem-se, a legislação é totalmente omissa, embora tal não implique a impossibilidade da sua fixação, aquando da renovação do acto autorizativo ou em períodos a determinar no acto inicial;

- a) Ao espaço em que serão implementadas as medidas compensatórias, o RPRDE limita-se a apontar para a prioridade de as realizar “num sítio alternativo” o qual, “sempre que possível deve estar geograficamente relacionado com o sítio danificado, tendo em conta os interesses da população afectada” (ponto 1.1.2. do Anexo V).

Vale a pena recordar que, nos termos do artigo 8º do DL 169/2001, de 25 de Maio (reposto em vigor pela Lei nº 12/2012, de 13 de março), o ICNF (hoje) pode ordenar medidas compensatórias de abate de sobreiros e azinheiras, nomeadamente replantio ou recuperação de áreas degradadas, procedendo às inscrições matriciais necessárias – inscrições que podem justificar-se tanto no tocante ao proprietário da área intervencionada, como face a terceiros cujos terrenos confinem com aquele onde foi realizado o abate e nos quais as medidas compensatórias devam ocorrer – com eventual constituição de servidões de interesse público nas parcelas a cultivar. Este regime alerta-nos igualmente para a questão do *ratio* de compensação, que deverá ser sempre superior a 1:1, como se ressalva no *Guidance Document* da Comissão sobre medidas compensatórias em sede de rede Natura 2000 *supra* analisado (cfr. *supra*, 1.2.2.).

Todas estas especificidades atestam, em suma, as dificuldades inerentes à constituição de mercados de biodiversidade. A conversão dos bens e serviços ecossistémicos em unidades de troca que podem ser usadas para cumprir a obrigação legal de compensação de um dano continuará, decerto, a causar estranheza: tanto àqueles a quem repugnar a alegada *banalização de valores insubstituíveis*, como aos que suspeitem de que a desmaterialização, titularização e divisão de um dano ecológico em partes negociáveis não permitirá, efectivamente, lograr a equivalência funcional.

O caminho, bom ou mau, parece estar, ainda assim, traçado. E, uma coisa é certa: há muito espaço para evoluir, sendo o melhor exemplo o do

desdobramento de um mercado geral em sub-mercados cada vez mais especializados na compensação de um determinado tipo de bem ou serviço, de entre a “inesgotável” gama que a Natureza providencia. A “fragmentação” do mercado é, no campo da biodiversidade, um requisito essencial da sua justificabilidade ambiental, dado que tal operação promoverá a *homogeneização* do recurso e a sua mais fácil mensurabilidade para efeitos de “troca”¹¹². Todavia, deve reconhecer-se que sempre haverá menos oferta do que procura, dado que um dano ambiental dificilmente se contém, quanto aos seus efeitos, na lesão estrita de um, dois ou três componentes naturais.

O respeito pelas “regras do jogo” num mercado de biodiversidade pauta-se pela observância da equivalência funcional, facto que pressupõe uma relação estreita entre a lógica de mercado e a lógica de regulação: o mercado só é admissível se for objecto de regulação atenta e cuidada, porque este tipo de mercado não serve objectivos económicos mas ambientais¹¹³. Resistir à lógica de mercado não implica a vedação, pura e simples, da técnica da compensação – apenas inviabiliza a generalização das “trocas” de bens que, na sua imaterialidade, não são transaccionáveis, nem comutáveis nas suas natureza e funções. É aí que a regulação deve actuar.

A defesa da biodiversidade não deve constituir um objectivo blindado à ponderação de interesses, servindo a compensação, justamente, de instrumento de harmonização¹¹⁴. Todavia, o respeito efectivo pelo princípio da responsabilização obriga a que a compensação seja realizada de acordo com o princípio da proporcionalidade, nas vertentes da adequação (do ganho ambiental ao custo ambiental, biológica, espacial e temporalmente falando), da indispensabilidade (o sacrifício dos valores da biodiversidade deve conter-se no estritamente necessário para a realização de outros fins igualmente valiosos) e da salvaguarda do núcleo essencial dos interesses e valores em jogo (nomeadamente, quando estivermos perante perdas irreversíveis – por exemplo, no caso de espécies em

¹¹² Cfr. os requisitos físicos dos mercados de (direitos sobre) recursos naturais elencados por Íñigo SANZ RUBIALES e Isabel CARO-PATÓN CARMONA, *Los mercados artificiales...*, cit., p. 467 ss. (nomeadamente, homogeneidade e mensurabilidade do recurso; escassez do recurso).

¹¹³ Neste sentido, Íñigo SANZ RUBIALES e Isabel CARO-PATÓN CARMONA, *Los mercados artificiales...*, cit., p. 464.

¹¹⁴ Cfr. o Acórdão do TCA-Sul de 14 de setembro de 2010, *supra* citado (nota 34).

vias de extinção –, a compensação deve ser proibida¹¹⁵, salvo se estiver em causa, de forma irrefutável, a vida ou a segurança das pessoas)¹¹⁶.

Lisboa, setembro de 2013.

¹¹⁵ A Comissão, no *Guidance document*, afirma que em caso de perdas irreversíveis com afectação de habitats ou espécies prioritários, a «opção zero» deve ser seriamente ponderada – cfr. o ponto 1.4.3. Mais desenvolvidamente sobre a autorização em sede de habitats e/ou espécies prioritárias, cfr. o ponto 1.8. do *Guidance document*.

¹¹⁶ Chamando a atenção para a centralidade do princípio da proporcionalidade no âmbito da compensação ecológica no sistema brasileiro, Hortênsia GOMES PINHO, *Prevenção e reparação...*, cit., p. 445.

A DECISÃO N° C-830/10 DA CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA E A ANÁLISE SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA PUBLICIDADE DE TABACO E SEUS DERIVADOS

THE CONSTITUTIONAL COURT OF COLOMBIA N° C-830/10 DECISION AND THE EXAMINATION OF THE CONSTITUTIONALITY OF TOBACCO AND DERIVATIVES ADVERTISING

Mariana Menna Barreto Azambuja¹

Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS)

RESUMO: Este trabalho busca analisar a decisão proferida pelo Tribunal Constitucional da Colômbia sobre a constitucionalidade da publicidade de tabaco e seus derivados à perspectiva de direitos constitucionais como o direito à saúde, à liberdade de expressão e à livre iniciativa privada. A decisão examina e pondera os direitos em questão, sem deixar de observar os limites entre o direito público e o direito privado.

PALAVRAS-CHAVE: Publicidade; constitucionalidade; tabaco; direito à saúde.

ABSTRACT: *This paper intends to analyze the Constitutional Court of Colombia*

decision of the constitutionality of tobacco and derivatives advertising forward to the prospects of constitutional rights such as the right to health, freedom of speech and expression and freedom of private initiative. The decision considers the rights in question, while observing the boundaries between public law and private law.

KEYWORDS: *Advertising; constitutionality; tobacco; right to health.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Resumo da decisão; 2 Análise crítica; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Summary of the decision; 2 Critical analysis; Conclusion; References.*

¹ Advogada, Especialista em Direito Civil Aplicado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito do Consumidor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) coordenado pelo Professor Dr. Adalberto Pasqualotto.

INTRODUÇÃO

Uma extensa decisão proferida pela Sala Plena da Corte Constitucional da Colômbia, em 20 de outubro de 2010, chamou atenção do universo jurídico pelo posicionamento adotado pelo julgador. O Magistrado confirmou o disposto na Lei nº 1.335, de 2009, arts. de 14 a 17, proibindo a veiculação de publicidade no que tange a produtos que prejudiquem a saúde dos cidadãos.

A demanda possui o seguinte cabeçalho:

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 14, 15, 16 y 17 de la Ley nº 1.335, de 2009, “disposiciones por medio de la cuales se previenen daños a la salud de los menores de edad, la población no fumadora y se estipulan políticas públicas para la prevención del consumo del tabaco y el abandono de la dependencia del tabaco del fumador y sus derivados en la población colombiana”.

O cidadão Pablo J. Cáceres Corrales ajuizou ação pública, com base no art. 241, ponto 4, da Constituição colombiana², requerendo que a Corte declare inconstitucional o disposto nos arts. 14 a 17 da Lei nº 1.335, de 2009, que versa sobre a proibição de publicidade de tabaco.

Inicialmente, a decisão menciona os dispositivos objetos do processo, merecendo também aqui sua devida transcrição:

ARTÍCULO 14. Contenido en los medios de comunicacion dirigidos al público en general. Ninguna persona natural o jurídica, de hecho o de derecho podrá promocionar productos de tabaco en radio, televisión, cine, médios escritos como boletines, periódicos, revistas o cualquier documento de difusión masiva, producciones teatrales u otras funciones en vivo, funciones musicales en vivo o grabadas, video o filmes comerciales, discos compactos, discos de video digital o medios similares.

² “ARTÍCULO 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: 4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.”

Parágrafo: Los operadores de cable, los operadores satelitales y los operadores de televisión comunitaria que estén debidamente autorizados por la Comisión Nacional de Televisión, a través de licencia, no permitirán la emisión en Colombia de comerciales o publicidad de tabaco producida en el exterior. Las sanciones serán las mismas previstas en la presente ley.

ARTÍCULO 15. Publicidad en vallas y similares. Se prohíbe a toda persona natural o jurídica la fijación de vallas, pancartas, murales, afiches, carteles o similares móviles o fijos relacionados con la promoción del tabaco y sus derivados.

ARTÍCULO 16. Promoción. Prohíbese toda forma de promoción de productos de tabaco y sus derivados.

ARTÍCULO 17. Prohibición del patrocinio: Prohíbese el patrocinio de eventos deportivos y culturales por parte de las empresas productoras, importadoras o comercializadoras de productos de tabaco a nombre de sus corporaciones, fundaciones o cualquiera de sus marcas, cuando este patrocinio implique la promoción, directa o indirecta del consumo de productos de tabaco y sus derivados.

O argumento do demandante é no sentido de que tais proibições violam os arts. 333³ e 334⁴ da Constituição colombiana, que garantem o direito à livre iniciativa econômica e privada e à liberdade de empresa.

³ “ARTÍCULO 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.”

⁴ “ARTÍCULO 334. La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.

1 RESUMO DA DECISÃO

O objetivo da Lei nº 1.335, de 2009, é a garantia dos direitos a saúde dos cidadãos colombianos, especialmente os menores de 18 (dezoito) anos e a população que não fuma, por meio da regulação do consumo, da venda e da promoção de produtos como o cigarro e seus derivados. Também cria programas de saúde e educação que busquem a diminuição do consumo e o abandono da dependência do cigarro. Por fim, a lei traz sanções para os casos de descumprimento de seus dispositivos.

Uma das motivações para criação desta lei foram as previsões da OMS (Organização Mundial da Saúde), que considera o consumo do tabaco e seus derivados um sério problema de saúde pública.

O demandante argumenta ainda que as normas internas sobre a regulação da publicidade de tabaco deveriam respeitar os princípios da livre iniciativa privada e da liberdade de empresa, até porque a venda do cigarro é lícita na Colômbia, e a proibição de divulgação do produto acabaria por violar os referidos princípios.

Refere que, por se tratar a Colômbia de um Estado Social e Democrático de Direito, não pode uma lei violar um preceito constitucional. Além disso, que a jurisprudência colombiana autoriza os empresários a fazerem uso da publicidade como instrumento para promoção de produtos, com fundamento na livre iniciativa econômica.

Por fim, o autor da ação argumenta que a publicidade é ainda mais importante quando se trata de produtos como o tabaco e o álcool, tendo em vista que existem previsões expressas às empresas que informem aos consumidores sobre os possíveis efeitos colaterais pelo uso desses produtos.

Antes do julgamento propriamente dito, foram feitas intervenções pelo Ministério das Tecnologias da Informação e das Comunicações, pelo Ministério da Proteção Social, pelo Ministério da Educação Nacional, pela Comissão Nacional de Televisão, pela Academia Colombiana de Jurisprudência, pela Universidade de Ibagué, pela Universidade Nacional da Colômbia, pela Universidade do Rosário, pela Universidade Externado de Colômbia, pela Associação de Operadores de Televisão por Assinatura e Satélite da Colômbia,

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y la competitividad y el desarrollo armónico de las regiones."

pela Liga Colombiana contra o Câncer, pelo Centro de Estudos de Direito, Justiça e Sociedade - DeJusticia, pela Federação Nacional de Comerciantes - Fenalco, pela Companhia Colombiana de Tabaco - Coltabaco S.A. e, por fim, pelo cidadão Juan Pablo Cardona González. Em sua maioria, os intervenientes quiseram a manutenção dos dispositivos que proíbem a publicidade de tabaco.

O Procurador-Geral da Nação opinou no sentido de que os arts. da Lei n° 1.335 sobre a proibição da publicidade de tabaco não são incompatíveis com o exercício dos direitos a livre iniciativa privada nem ao direito de liberdade de empresa, já que o bem que se está protegendo é o direito fundamental à vida e à saúde das pessoas.

Passando a decisão propriamente dita, o julgador dá início ao julgamento fazendo referência aos argumentos elencados pelo autor da ação, bem como realizando uma análise dos possíveis limites aos princípios da livre iniciativa e da liberdade de empresa. Por fim, analisa o papel da publicidade em detrimento dos consumidores, tendo por base o princípio da proporcionalidade.

O primeiro fundamento utilizado pelo Magistrado Relator foi que as previsões constitucionais nos levam a concluir que as liberdades econômicas devem possuir um equilíbrio entre o reconhecimento de garantias para a manutenção da economia e a obrigação estatal de intervir no mercado com a finalidade de garantir o bem comum.

Ainda, que tais princípios são de fato garantias constitucionais, porém, por não se tratarem de direitos absolutos, permitem eventuais restrições e intervenções pelo Poder Público.

Quanto à possibilidade de intervenção do Estado no exercício das liberdades econômicas, o julgador esclarece que a jurisprudência já reconheceu que o Estado pode interferir na economia, desde que tais ingerências sejam precedidas de lei pública, que regule a forma e o grau de intervenção.

Há uma necessidade de efetuar um juízo de razoabilidade e proporcionalidade entre o exercício das liberdades econômicas e, por outro lado, a garantia do bem jurídico a ser tutelado, por meio dos princípios e valores constitucionais.

Os juízes reconhecem que, sem nenhuma dúvida, a liberdade de empresa e a livre iniciativa econômica são garantias constitucionais necessárias para a manutenção do mercado econômico, porém também deve ser reconhecido que o Estado encontra-se na direção geral da economia do país. Tal reconhecimento

implica, entre outras coisas, a admissibilidade de medidas legislativas e administrativas que busquem a regulação e a restrição das liberdades econômicas, desde que, conforme assinalado anteriormente, sejam resguardados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Após, foi feita a análise do papel da publicidade comercial no exercício das liberdades econômicas. Com a finalidade de incentivar o consumo, uma das formas de expressar a liberdade econômica se dá por meio da publicidade.

O julgador entendeu que, para fins da referida decisão, se fazia pertinente a compreensão de três planos de vinculação entre a publicidade e o direito constitucional, sendo eles: a publicidade como atividade protegida pelas liberdades econômicas; a relação entre a publicidade e os direitos dos consumidores; e, por fim, a publicidade como discurso constitucional reconhecido.

Sobre o primeiro plano, foi dito que a publicidade é, evidentemente, uma etapa de grande importância no comércio, para que assim os consumidores tenham conhecimento da existência do produto no mercado. Ainda, que a publicidade possui uma dupla função, sendo uma delas a de informar o consumidor e a segunda de obter uma mudança das tendências de consumo, de modo que um produto se sobreponha aos concorrentes.

A consequência disso é o caráter persuasivo que a publicidade passa a possuir, já que não só informa, mas busca induzir o consumidor a realizar determinada compra. Também com o fim de proteção a publicidade, o Estado deve ter o direito de impor limitações, restrições e, inclusive, proibições.

Em relação ao segundo plano, sobre publicidade e direitos dos consumidores, o Relator faz menção ao art. 78 da Constituição colombiana⁵, que protege os consumidores no que tange à qualidade dos bens e serviços e as informações prestadas. O referido dispositivo constitucional vincula a intervenção estatal da publicidade comercial aos direitos dos consumidores.

⁵ “ARTÍCULO 78. La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios. El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.”

A jurisprudência é pacífica ao entender que compete ao Estado a obrigação de garantir que as decisões tomadas pelos consumidores sejam baseadas em informações corretas e seguras.

No último plano, sobre a publicidade comercial como discurso excepcionalmente protegido pelas liberdades de expressão e informação, o juiz refere que a mensagem publicitária é expressada economicamente por meio de informação ao consumidor e também de um discurso limitadamente protegido pela liberdade de expressão.

Após tal análise, o Relator da decisão faz menção a uma jurisprudência da Corte – Decisão n° C-524/95 (M. P. Carlos Gaviria Díaz) –, em que foi analisada a constitucionalidade do art. 19 da Lei n° 30, de 1986, que referia que as rádios e os programas de televisão só poderiam transmitir propagandas de bebidas alcoólicas e de cigarros em horários determinados pelo Conselho Nacional de Medicamentos. Foi referido que a argumentação do processo era similar à apresentada no feito ora discutido, no sentido de que estaria sendo violada a liberdade de empresa, bem como no que tange as intervenções estatais na autonomia privada.

Neste caso, a Corte concluiu que, devido aos malefícios causados à saúde pelo cigarro, era cabível uma limitação à publicidade referente a este tipo de produto. Concluiu ainda que não cabe ao Estado realizar o incentivo a produtos considerados prejudiciais à saúde, mesmo considerando que o comércio do tabaco e de bebidas alcoólicas seja perfeitamente lícito.

O julgador faz importante menção ao tratado internacional realizado pela Organização Mundial da Saúde (OMS) no ano de 2003 sobre o controle do tabaco. Tal convenção gerou, no Brasil, o Decreto n° 5.658, de 2 de janeiro de 2006⁶. Entre as premissas referidas pelo juiz colombiano estão: a necessidade da comunidade internacional em proteger as gerações futuras dos efeitos devastadores do tabaco para saúde humana e para o meio ambiente e a obrigação dos Estados em programarem medidas oportunas para frear o consumo e a exposição do tabaco.

A convenção fez inclusive uma definição de termos, incluindo em sua alínea c a seguinte conceituação: “(c) ‘publicidade e promoção do tabaco’ é qualquer forma de comunicação, recomendação ou ação comercial com o

⁶ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5658.htm>. Acesso em: 10 jun. 2013, às 22h05min.

objetivo, efeito ou provável efeito de promover, direta ou indiretamente, um produto do tabaco ou o seu consumo”.

O julgador faz outra importante referência à Convenção, isto é, o disposto no art. 13. Tal artigo dispõe sobre os deveres do Estado e reconhece que uma proibição total da publicidade, da promoção e do patrocínio reduzirá o consumo de produtos de tabaco.

No Brasil, a Convenção da OMS foi promulgada em junho de 2003, na Colômbia, por sua vez, a promulgação só se deu no ano de 2006, por meio da Lei nº 1.109. O conteúdo da convenção foi declarado constitucional pela Corte colombiana por meio da Decisão nº C-665/07 (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

Ainda no corpo da decisão, o Relator dá exemplos do direito comparado sobre o controle judicial de medidas legislativas que proíbam ou restrinjam a publicidade de cigarro.

Primeiramente, fez a análise de um caso do Tribunal de Justiça da União Europeia. A decisão foi proferida em 12 de dezembro de 2006 sob o número C-380/03 e versava sobre a restrição e proibição da publicidade de tabaco. O processo era oriundo da Alemanha e pedia a anulação dos arts. 3 e 4⁷ da Diretiva nº 2003/33/CE.

O Tribunal acabou não aceitando o pedido de anulação da legislação por considerar que vários dos Estados-Membros, de forma independente ou em cumprimento das obrigações assumidas ao assinar a Convenção-Quadro, tinham limitado ou proibido a publicidade de tabaco.

⁷ (3) O nº 3 do art. 95 do Tratado exige que a Comissão, nas suas propostas para o estabelecimento e funcionamento do mercado interno em matéria de saúde, tome por base um elevado nível de proteção. Nas respectivas esferas de competência, o Parlamento Europeu e o Conselho também procuram alcançar este objetivo. A legislação dos Estados-membros cuja aproximação se visa tem por objetivo proteger a saúde pública por meio da regulação da promoção do tabaco, um produto que provoca dependência e é responsável, anualmente, por mais de 500.000 mortes na Comunidade, por forma a evitar que, em resultado da promoção, os jovens comecem a fumar em uma idade precoce e se tornem dependentes. (4) A circulação de publicações, tais como periódicos, jornais e revistas, no mercado interno corre um risco apreciável de entraves à livre circulação, dadas as disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros que proíbem ou regulam a publicidade ao tabaco nesses meios de comunicação. Para garantir a livre circulação desses meios de comunicação no mercado interno, é necessário limitar a publicidade ao tabaco às revistas e jornais que não se destinam ao grande público, como sejam as publicações destinadas exclusivamente aos profissionais do comércio do tabaco, e às publicações impressas e editadas em países terceiros que não se destinem principalmente ao mercado comunitário.

Outra decisão mencionada foi da Corte francesa. A Decisão nº 90-283-DC, de janeiro de 1991, declarou correto o art. 2º da Lei referente à luta contra o tabagismo e alcoolismo que proíbe a propaganda ou publicidade, direta ou indireta, de produtos ligados ao álcool ou tabaco. Os argumentos que embasaram tal decisão foram o da proteção à saúde pública e a possibilidade de limitações à liberdade de empresa quando predomina o direito público.

Ultrapassados os argumentos gerais, o Relator passou a analisar individualmente o disposto nos arts. 14 a 17, objetos do pedido de declaração de inconstitucionalidade.

Conclui-se que o controle de constitucionalidade deve verificar se as normas cumprem as condições exigidas pelas políticas de intervenção do Estado na economia e, ainda, que a política deve responder a critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

A medida de proibição total corresponde a um motivo apropriado que justifica a referida limitação. Isso porque fica notório o consenso global acerca das gravíssimas consequências do consumo de tabaco na saúde das pessoas, tanto os fumantes ativos como os passivos. Inclusive, quanto a estes últimos, o Magistrado Relator ainda fez menção ao princípio da solidariedade, que deve ser respeitado.

Refere também que a inegável restrição da liberdade econômica busca cumprir com uma finalidade social de primeira ordem, qual seja, a conservação da saúde pública e do meio ambiente.

Na conclusão da decisão, o Relator diz que os arts. 14, 15, 16 e 17 da Lei nº 1.335/2009 permitem concluir que o legislador previu a proibição total da publicidade de tabaco, bem como a restringiu a promoção de eventos culturais e desportivos, quando tal propaganda está ligada a produtos como o cigarro e seus derivados. Refere ainda que não há violação dos princípios da livre iniciativa privada e da liberdade de empresa, tendo em vista que fazendo o uso dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade a medida restou devidamente justificada.

O dispositivo final da decisão assim ficou declarado:

Declarar EXEQUIBLES, por los cargos analizados, los artículos 14, 15, 16 y 17 de la Ley nº 1.335, de 2009, “disposiciones por medio de la cuales se previenen daños a la salud de los menores de edad, la población no fumadora y se

estipulan políticas públicas para la prevención del consumo del tabaco y el abandono de la dependencia del tabaco del fumador y sus derivados en la población colombiana”.

O Magistrado Relator foi Luis Ernesto Vargas Silva.

2 ANÁLISE CRÍTICA

A Colômbia, por meio da referida decisão, uniu-se a países como o Brasil, a Albânia, o Gana, o Irão e o Panamá, que são alguns dos Estados que têm feito grandes progressos quando se fala no combate ao tabaco.

É fato que, quando o assunto é a publicidade de tabaco, dois direitos fundamentais entram em imediata colisão, sendo eles o da liberdade de expressão (econômica) e o da proteção à saúde pública. Pode-se falar também em uma hierarquização axiológica, já que, no caso em tela, o juiz deveria priorizar um direito em detrimento de outro, tomando por base o valor de cada um naquele momento.

Sobre a hierarquização axiológica, ensina Juarez Freitas⁸:

Uma adequada hierarquização axiológica deve ser capaz de vencer antinomias entre princípios e regras de prioridade, sempre pressuposto, como integrante do sistema democrático, um conceito razoável de justiça.

Ingo Sarlet⁹ leciona que o direito à saúde integra, por força dos arts. 6º e 5º, § 2º, da Constituição Federal, o catálogo constitucional de direitos fundamentais. Destacando, ainda, que o art. 196 da CF, que vem para densificar o art. 6º, impõe ao Estado, além do reconhecimento do direito à saúde como direito fundamental, deveres de proteção, promoção e prevenção:

Assim, também na esfera dos direitos econômicos, sociais e culturais podem ser destacados alguns possíveis exemplos de direitos fundamentais fora do catálogo, dispersos no texto constitucional, de modo particular no título relativo à ordem social, tais como [...] os direitos à saúde (art. 196) [...].

⁸ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 145.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 118.

O art. 220, § 4º, da Constituição Federal restringe autorizadamente o princípio da liberdade de expressão, referindo que, nos casos de propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias, estas ficarão sujeitas a restrições legais e conterão, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

No Brasil, existe a Lei nº 9.294/1996, que veda – por meio do seu art. 3º – a propaganda comercial de cigarros ou derivados:

Art. 3º É vedada, em todo o território nacional, a propaganda comercial de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, com exceção apenas da exposição dos referidos produtos nos locais de vendas, desde que acompanhada das cláusulas de advertência a que se referem os §§ 2º, 3º e 4º deste artigo e da respectiva tabela de preços, que deve incluir o preço mínimo de venda no varejo de cigarros classificados no código 2402.20.00 da Tipi, vigente à época, conforme estabelecido pelo Poder Executivo.

O art. 3º foi alterado no ano 2000 e novamente no ano 2011, permitindo que somente os estabelecimentos comerciais divulguem o produto no próprio local de venda. Os malefícios decorrentes do uso do cigarro vêm estampados de um lado da embalagem.

A esta altura, parece desnecessário arrolar todos os prejuízos causados pelo cigarro, tendo em vista a popularidade do produto composto pela viciante nicotina, mesmo para aqueles que nunca chegaram perto de um cigarro, mas de qualquer forma, vale citar o câncer de pulmão e câncer de boca.

No Brasil, a intenção em erradicar os fumantes remanescentes ainda é grande. O País inclusive faz parte dos debates marcados pelo Dia Mundial sem Tabaco, criado pelo OMS (Organização Mundial da Saúde) e comemorado no dia 31 de maio.

Em pesquisa divulgada pelo Observatório da Política Internacional do Controle do Tabaco, ficou demonstrado que as medidas que vêm sendo tomadas no Brasil, de certa forma, estão colaborando para diminuição do número de fumantes. Foi realizada uma comparação, demonstrando a redução entre décadas, que indicou que o consumo *per capita* caiu em média 32%, levando

em conta os anos de 1980-1989/1990-1999 e 33% entre os anos de 1990-1999 e 2000-2009¹⁰.

Mas falando na decisão da Corte colombiana propriamente dita, percebe-se que existe uma preocupação mundial na valorização da saúde em detrimento de uma liberdade de expressão que o julgador colombiano entendeu ser de cunho comercial.

Foi bem referido pelo Magistrado que, diante das graves consequências geradas pelo uso do tabaco, o estímulo da população por meio de publicidades não faria sentido quando se está buscando a diminuição dos usuários do cigarro, e não o contrário.

É fato que faz parte do conceito mercadológico da publicidade o incentivo à compra do produto, isto é, o intuito dos comerciantes em influenciar o consumidor a realizar determinada conduta positiva.

Nesse sentido aduz Lucia Ancona Lopez de Guimarães Dias:

Com efeito do ponto de vista mercadológico, a publicidade deve ser conceituada como o meio de divulgação de produtos e serviços com a finalidade de incentivar o seu consumo. Trata-se do duto *par excellence* através do qual se leva ao conhecimento dos consumidores em geral a existência de bens e serviços a serem examinados e eventualmente adquiridos.¹¹

Ainda mais considerando um mundo que, com a modernidade, tende a alicerçar mais e mais seus princípios ao fundamento da dignidade da pessoa humana, manter vivo o estímulo ao cigarro parece-nos algo extremamente retrógrado.

Dignidade esta que, assim como na Constituição brasileira¹², também é tratada como fundamento primordial na Colômbia por meio do art. 1º da sua Carta Maior, que assim determina:

¹⁰ Disponível em: <http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/observatorio_controle_tabaco/site/home/dados_numeros/consumo_per_capita>. Acesso em: 14 jun. 2013, às 15h32min.

¹¹ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 21.

¹² “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.”

*ARTÍCULO 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.*¹³

A propaganda nasceu como uma forma de trazer ao público informações sobre os produtos¹⁴. Com o tempo, criou uma função de persuadir os consumidores, fazendo uso de pesquisas científicas que estudam o que chama a atenção de determinado público.

Sobre a função persuasiva da publicidade, Adalberto Pasqualotto¹⁵ assim afirma:

A originária função informativa foi subordinada pela nova função persuasiva, que não deixa de ser consequência de uma propensão natural de qualquer empresário de falar bem do seu produto e do poder de sugestão próprio aos meios de comunicação de massa.

O caráter persuasivo da publicidade revela-se na lógica da sua atuação.

Corroborando este conceito, o Relator da decisão colombiana deixa claro que o efeito persuasivo da publicidade demonstra seu caráter econômico, assim dispondo:

Desde la perspectiva económica, por ende, la publicidad tendría la doble función de prodigar información al consumidor y obtener un cambio en su tendencia de consumo, de modo que elija el producto publicitado por sobre otros que concurren al mercado. Esto trae como consecuencia que los

¹³ Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu/constitutions/colombia/col91.html>>. Acesso em: 16 jun. 2013, às 18h02min.

¹⁴ Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias diz que: “A palavra ‘publicidade’ está ligada ao termo latino *publicus*, mas, distante da conhecida dicotomia entre *publicus*/*privatus*, tão própria ao direito público para diferenciar as coisas do Estado daqueles do particular, ela deve ser entendida muito mais no sentido de propagação geral de algo; como ‘levar a todos’; ‘tornar de conhecimento geral’” (DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 21).

¹⁵ PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 1997. p. 29.

*datos que ofrece la publicidad sean, ante todo, um modalidad de persuasión al consumidor, que a partir de la relevancia de las virtudes y ventajas de producto, induzcan a su adquisición. Incluso, la publicidad puede buscar incidir en una práctica social determinada, a fin de configurar opciones estables de consumo en una comunidad dada, al punto de influenciar al aparato estatal para que prodigue políticas públicas que permitan o faciliten el ejercicio de esa opción de consumo.*¹⁶

O julgador também faz importante referência à função da publicidade de incidir uma prática social determinada, com a finalidade de influenciar consumidores e Poder Público para o crescimento de determinada opção de consumo.

Conforme já descrito, outro país que proibiu totalmente a publicidade de tabaco foi o Panamá, por meio do art. 14 da Lei nº 13, de 2008¹⁷, que assim determina:

Artículo 14: Se prohíbe totalmente cualquier forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco y de sus productos, así sea a través de medios indirectos o subliminales, dirigida a menores e mayores de edad. Igualmente se prohíbe toda forma de publicidad, promoción y patrocinio transfronterizo del tabaco y sus productos, que penetren em el territorio nacional.

Pode-se depreender que, em verdade, a lista de países que proibem expressamente a publicidade é ainda muito reduzida, sendo que a maior parte dos países ainda permite a publicidade de tabaco ou as autorizam parcialmente.

Na Alemanha, por exemplo, conforme mencionado por Robert Alexy¹⁸, a Corte estabelece obrigação aos produtores de tabaco em informar aos consumidores os riscos do consumo de tabaco, mas não entende ser caso de proibição total da publicidade:

¹⁶ Decisão nº C-830/10 da Corte Constitucional da Colômbia, p. 29.

¹⁷ Disponível em: <http://www.asamblea.gob.pa/APPS/LEGISPAN/PDF_NORMAS/2000/2008/2008_557_1078.PDF>. Acesso em: 14 jun. 2013, às 16h13min.

¹⁸ ALEXY, Robert. Ponderação, revisão constitucional e representação. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 14, n. 71, jan./fev. 2012. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/45467>>. Acesso em: 17 jun. 2013, às 10h33min.

A Corte caracteriza o dever dos produtores de tabaco de colocarem em seus produtos advertências à saúde com respeito aos perigos de fumar, como uma interferência relativamente menor ou leve na liberdade de exercer sua profissão (*Berufsausbungsfreiheit*). Em contraste, uma proibição total de todos os produtos de tabaco contaria como uma interferência séria. Entre esses casos menores e sérios podem ser encontrados outros de intensidade moderada de interferência. Deste modo, pode ser desenvolvida uma escala com os estágios “leve”, “moderado” e “sério”. Nosso exemplo mostra que são possíveis designações válidas seguindo-se esta escala.

Por certo que o julgador colombiano bem decidiu quando aplicou os juízos de razoabilidade e proporcionalidade entre os princípios atacados para determinar a constitucionalidade dos arts. 14, 15, 16 e 17 da Lei n° 1.335, de 2009.

A liberdade de expressão, neste caso, de cunho econômico e comercial, não se sobrepõe ao evidente prejuízo à saúde pública dos fumantes ativos e, ainda, dos chamados fumantes passivos, aqueles que fumam indiretamente, ficando à mercê dos efeitos nocivos do cigarro.

Importante ainda referir que a proibição da publicidade, com a consequente restrição da liberdade de expressão econômica encontra amparo da Convenção Internacional dos Direitos Humanos¹⁹, que, em seu art. 13, revela que tal liberdade fica sujeita a determinada censura quando se está em risco a proteção da saúde pública.

Conclui-se que o julgador colombiano deu um importante passo na luta contra o tabaco não só na Colômbia, mas também no mundo inteiro, estimulando os cidadãos e os operadores do direito em especial a repensarem a questão da ponderação de valores, principalmente quando um deles é a proteção à saúde pública.

No Brasil, por sua vez, tramita uma Ação Direta de Inconstitucionalidade de n° 3.311, que busca a declaração de inconstitucionalidade - pelo Supremo Tribunal - de todos os dispositivos da Lei n° 9.294, de 1996, referindo que estes violam princípios constitucionais como o a liberdade de comunicação e expressão,

¹⁹ Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 16 jun. 2013, às 16h52min.

acesso à informação e à livre iniciativa econômica. O último movimento do processo foi em 8 de fevereiro de 2013, com juntada de documentação.

O que se espera é que o mais alto Tribunal da nossa Federação possa, assim como o julgador colombiano, sopesar os princípios constitucionais em questão, dando sempre prioridade ao fundamento primordial da nossa Constituição – a dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

Assim como a Colômbia, hoje o Brasil se encontra na lista dos países que proíbem a publicidade e promoção de produtos relacionados ao tabaco, demonstrando a intenção em erradicar com as doenças decorrentes do uso deste mal e diminuir o número de usuários dependentes.

A extensa decisão colombiana soube analisar, com brilhantismo, a ponderação dos valores postos em colisão – sendo eles a liberdade de expressão e a proteção à saúde pública – por meio dos juízos da razoabilidade e da proporcionalidade.

Por fim, a Corte colombiana deixou claro que a liberdade econômica, que envolve o comércio e a venda dos produtos de tabaco e derivados, não será violada com a proibição da publicidade, apenas deixando esta de ser veiculada aos consumidores de modo que estes sejam estimulados ao consumo.

Sem dúvida a população mundial está cada vez mais ciente dos efeitos deletérios que o consumo do tabaco gera, porém será com o aumento da preocupação e da cautela do Poder Público – por meio de restrições e limitações – que o número de fumantes, um dia, se reduzirá a zero.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Ponderação, revisão constitucional e representação. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 14, n. 71, jan./fev. 2012. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/45467>>. Acesso em: 17 jun. 2013, às 10h33min.

CABRERA, Oscar; GUILLÉN, Paula Avila; CARBALLO, Juan. Restrições à publicidade e promoção do tabaco e a liberdade de expressão. Conflito de Direitos? Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/56245>>. Acesso em: 16 jun. 2013, às 16h00.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 6. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.