



PONTO DE VISTA JURÍDICO

REVISTA CIENTÍFICA DO NÚCLEO DE PESQUISA EM DIREITO DA UNIARP

PONTO DE VISTA JURÍDICO:

Revista Científica do Núcleo de Pesquisa em Direito da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe.

V. 6 – Nº 2 – 2017

Editor:
Prof. Msc. Levi Hulse

Catálogo na fonte elaborada pela Biblioteca Universitária
Universidade Alto Vale do Rio do Peixe – Caçador -SC

R454r

Revista eletrônica Ponto de Vista Jurídico
da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe – UNIARP /
Universidade Alto Vale do Rio do Peixe. V.6, nº 2, 2017.
Caçador (SC): UNIARP, 2012.

Semestral (online)
ISSN: 2316-4042

1. Direito - Periódico. I. Título.

CDD 340.05

EDITOR:

Prof. Msc. Levi Hulse, Universidade do Alto Vale do Rio do Peixe - Uniarp, Caçador, SC, Brasil

CONSELHO EDITORIAL:

Profa. Dra. Laura Garbini Both, Centro Universitário UniBrasil -UNIBRASIL - Curitiba - Pr - Brasil, Brasil
Prof. Dr. Fausto Santos de Moraes, Faculdade Meridional-IMED , Passo Fundo, RS, Brasil
Prof. Dr. Douglas Cesar Lucas, Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - Unijui, Santa Rosa, RS, Brasil
Profa. Dra. Sandra Krieger Gonçalves, Universidade Regional de Blumenau - FURB, Blumenau, SC, Brasil
Profa. Dra. Danielle Regina Ullrich, Instituto Federal de Santa Catarina - IFSC, Caçador, SC, Brasil
Prof. Dr. Emerson Gabardo, Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC-PR e Universidade Federal do Paraná - IFPR, Curitiba, PR, Brasil
Prof. Dr. Francisco Oliveira Neto, Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Florianópolis, SC
Profa. Dra. Helena de Azeredo Orselli, Universidade Regional de Blumenau - FURB, Blumenau, SC, Brasil
Profa. Dra. Monize Sâmara Visentini, Universidade Federal da Fronteira Sul - IFFS, Cerro Largo, RS, Brasil
Prof. Dr. Adelcio Machado dos Santos, Universidade Alto Vale do Rio do Peixe - UNIARP, Caçador, SC, Brasil
Prof. Dr. Joel Haroldo Baade, Universidade Alto Vale do Rio do Peixe - UNIARP, Caçador, SC, Brasil

COMISSÃO CIENTÍFICA AD HOC:

Prof. Msc Henrique da Rosa Ziesemer, Ministério Público de Santa Catarina - MPSC, Brasil
Profa. Msc. Jaqueline Moretti Quintero, Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, Itajaí, SC, Brasil
Profa. Msc. Juliana Zamignan, Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC, Chapeco, SC, Brasil
Prof. Msc. Ricardo Emilio Zart, Univesidade do Oeste de Santa Cartarina - UNOESC, Videira, SC
Prof. Msc. Rodrigo Fernando Novelli, Universidade Regional de Blumenau - FURB, Blumenau, SC
Profa. Msc. Dheimy Quelem Waltrich, Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ, Ijuí, RS
Profa. Dra. Sandra Krieger Gonçalves, Universidade Regional de Blumenau - FURB, Blumenau, SC, Brasil
Profa. Dra. Danielle Regina Ullrich, Instituto Federal de Santa Catarina - IFSC, Caçador, SC, Brasil
Prof. Msc. Leonardo Beduschi, Universidade Regional de Blumenau - FURB, Blumenau-SC, Brasil
Profa. Dra. Helena de Azeredo Orselli, Universidade Regional de Blumenau - FURB, Blumenau, SC, Brasil
Prof. Msc. Levi Hulse, Universidade do Alto Vale do Rio do Peixe - Uniarp, Caçador, SC, Brasil
Prof. Dr. Adelcio Machado dos Santos, Universidade Alto Vale do Rio do Peixe - UNIARP, Caçador, SC, Brasil
Profa. Ms. Jociane Machiavelli Oufella, Universidade Alto Vale do Rio do Peixe, Uniarp, Caçador, SC, Brasil

CAPA

Denise Bolzan Barpp, Uniarp, Caçador, SC, Brasil

EDITORAÇÃO ELETRÔNICA

Prof. Dr. Joel Haroldo Baade, Universidade Alto Vale do Rio do Peixe - UNIARP, Caçador, SC, Brasil

BIBLIOTECÁRIA

Célia De Marco, UNIARP, Caçador, SC, Brasil

Ponto de Vista Jurídico é um periódico anual do Núcleo de Pesquisa em Direito da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (UNIARP) publicado em formato eletrônico (ISSN: 2316-4042).

Missão: O periódico científico “Ponto de Vista Jurídico” se dispõe a consistir em veículo de registro e comunicação, operado pelo Núcleo de Pesquisa em Direito da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (Uniarp), em função de duas áreas de concentração: I – Direito e Efetividade; e II – Direito e Interdisciplinaridade..

Indexadores e bases de dados: Este periódico está indexado no Portal do Sistema Eletrônico de Editoração de Revistas (SEER/IBICT), no Latindex (Sistema Regional de Informação em Linha para Revistas Científicas da América Latina, Caribe, Espanha e Portugal), no Sumários.org emagrecer rapidamente e no Catálogo da Biblioteca da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe-UNIARP. Cadastrado no Diadorim, diretório de políticas das revistas científicas brasileiras sobre o acesso aberto aos artigos por meio de repositórios institucionais.

SUMÁRIO

EDITORIAL	7
Levi Hulse	
A GERAÇÃO DE NUDES, A PORNOGRAFIA NÃO CONSENSUAL E O PAPEL VITIMOLÓGICO NOS CRIMES CIBERNÉTICOS	8
Flavio Schlickmann, Milena Caroline da Silva	
APLICABILIDADE DOS JUROS REMUNERATÓRIOS EM CONTRATOS DE EMPRÉSTIMO BANCÁRIO A LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	19
Mariana Faria Filard, Mayara Souza Alencar	
CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO CRIME ORGANIZADO: COMO SUCATEAMENTO DAS MEDIDAS SÓCIO EDUCATIVAS CONTRIBUEM PARA O RECRUTAMENTO DE GRANDES FACÇÕES	30
Jonathan Cardoso Régis, Larissa da Silva	
A BUSCA PELA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS POR MEIO DA PRESTAÇÃO DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL E GRATUITA POR MUNICÍPIOS	39
Ana Carolina Couto Matheus	
O DIREITO FUNDAMENTAL À ÁGUA POTÁVEL COMO PRESSUPOSTO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	58
Rafaela Borgo Koch Schlickmann	
APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA: ASPECTOS TEÓRICOS E JURISPRUDENCIAIS	71
Edivane Brum, Marco Antonio Linhares	
INSTITUTO DA ARBITRAGEM E O ACESSO À JUSTIÇA	86
Robson da Silva Matos, Ivonete Moreira	
A EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE FACE À LEI DE COTAS PARA INGRESSO DE NEGROS EM UNIVERSIDADES PÚBLICAS	96
Viviane Aparecida Trindade, Jociane Machiavelli Oufella	
O CRESCIMENTO URBANO (IN) SUSTENTÁVEL: UM ESTUDO DO CRESCIMENTO DA CIDADE DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ/SC	106
Douglas de Souza Garbe, Levi Hulse, Joel Haroldo Baade	
O NECESSÁRIO ESTADO SOCIOAMBIENTAL DE DIREITO DIANTE DO NOVO PARADIGMA DA SUSTENTABILIDADE	116
Nathalia Batschauer D'Avila	

**AS CONDUTAS CRIMINAIS DE INDÍGENAS ISOLADOS NA AMAZÔNIA: O
TRANSJUDICIALISMO E A REAPROPRIAÇÃO DOS SABERES LOCAIS COMO
OPÇÃO DE JUSTIÇA.....135**

Franklin Vieira dos Santos, Inês Moreira da Costa

**SEGURANÇA E SAÚDE NO TRABALHO: PROTEÇÃO AO TRABALHADOR À LUZ DA
LEGISLAÇÃO BRASILEIRA154**

Célio Acelino dos Santos Junior

EDITORIAL

Prezados Leitores e Colaboradores! É com imensa satisfação que apresentamos mais um periódico da Revista “Ponto de Vista Jurídico”, sendo nossa 9ª. edição da revista e a segunda do ano de 2017. A revista vem buscando sua consolidação e recebendo artigos de grande qualidade.

A revista Ponto de Vista Jurídico da UNIARP- Universidade Alto Vale do Rio do Peixe é um periódico que é publicado semestralmente, que recebe textos de todas as áreas do Direito. Todos os textos passam por *double blind review*, onde são analisados por operados do Direito.

Lembramos que nossa missão é: O periódico científico “Ponto de Vista Jurídico” se dispõe a consistir em veículo de registro e comunicação, operado pelo Núcleo de Pesquisa em Direito da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (Uniarp), em função de duas áreas de concentração: I – Direito e Efetividade; e II – Direito e Interdisciplinaridade. Já a nossa visão é: A partir do paradigma aplicado do Direito, consistente nas disciplinas dogmáticas, à guisa de exemplo o Direito Civil; avançar para novas abordagens, acolhendo saberes emanados de outras áreas epistemológicas, permitindo compreensão integral do fenômeno jurídico, a par da fusão entre justiça e normatividade.

Agradecemos aos autores desta Universidade e bem como das demais Universidades, que confiaram seus artigos a esta revista. Desejamos a todos uma ótima leitura.

Prof. Msc. Levi Hulse
Editor

A GERAÇÃO DE NUDES, A PORNOGRAFIA NÃO CONSENSUAL E O PAPEL

VITIMOLÓGICO NOS CRIMES CIBERNÉTICOS

Milena Carolini da Silva¹
Flávio Schlickmann²

Recebido em: 26 maio 2017

Aceito em: 28 jul. 2017

Resumo: O presente artigo estuda a pornografia não consensual, sob a perspectiva do preconceito ocasionado a vítima. Objetiva demonstrar que atualmente há um grande preconceito em relação as pessoas que tiveram sua imagem associada a prática sexual na internet. Se apresenta uma das formas de ofensa à honra e a dignidade da pessoa que mais tem aparecido nas mídias nos últimos anos. Salienta-se que vem sendo gradativamente mais constante esse tipo de crime em um âmbito geral. A juventude está interligada dia e noite na rede, onde isso tende a crescer, e geralmente são crimes praticados por jovens que acreditam e nunca serão descobertos, pois há grande dificuldade de localizar o agressor através da Internet. Para o desenvolvimento do presente artigo a Metodologia empregada foi a base lógica indutiva por meio da pesquisa bibliográfica, sendo utilizada ainda as técnicas do referente, categoria e conceito operacional.

Palavras-chave: Direito Penal. Crimes de Internet. Vitimologia.

THE GENERATION OF NUDES, NON-CONSENSUS PORNOGRAPHY AND THE

VITIMOLOGICAL ROLE IN CYBER-CRIME

Abstract: The present article studies nonconsensual pornography, from the perspective of prejudice caused to the victim. It aims to demonstrate that there is currently a great deal of prejudice towards people who have had their image associated with sexual practice on the internet. It presents one of the forms of offense to the honor and dignity of the person who has appeared the most in the media in recent years. It should be noted that this type of crime has been progressively more generally. Youth are interconnected day and night in the network, where this tends to grow, and are usually crimes committed by young people who believe and will never be discovered, as there is great difficulty in locating the aggressor through the Internet. For the development of the present article the Methodology employed was the inductive logic base through the bibliographical research, being still used the techniques of the referent, category and operational concept.

Keywords: Criminal Law. Internet Crimes. Victimology.

¹ Acadêmica do 8º período do curso de Direito na instituição Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), situada em Itajaí, Santa Catarina, Brasil. Endereço eletrônico: milena.carolini@hotmail.com.

² Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI (2015). Possui especialização em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera - UNIDERP (2012). Possui graduação em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI (2007). Professor das disciplinas de Direito Processual Penal, Direito Penal e Estágio de Prática Jurídica (Penal) na Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Professor de Cursos Preparatórios para OAB. Advogado Criminalista militante nas Comarcas do Vale do Itajaí - SC (OAB/SC 26.814). Parecerista de artigos submetidos para publicação na Revista Eletrônica de Iniciação Científica do Cejurps - ISSN 2236-5044. Coordenador da Comissão de Assuntos Prisionais e Direitos Humanos da OAB/SC - Subseção de Itajaí, gestão 2010-2012. Presidente do Conselho da Comunidade da Comarca de Itajaí, 2012-2014. Participante do Projeto de Extensão PROTEJÁ: violência contra criança e adolescente é crime. Endereço eletrônico: schlickmann@univali.br.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo estudar o *cyber crime*³, pois tem sido um enorme desafio às autoridades na luta contra pornografia não-consensual. Busca-se compreender a importância da rede, já que está sendo uma das formas de ofensa à honra, que mais tem chamado a atenção da mídia e da população, causando sofrimento físico e psíquico a vítima e a família desta.

Os crimes cometidos através da internet, normalmente são originários dos demais crimes praticados na vida comum. Nota-se, que tais crimes estão sendo praticados com auxílio de um aliado, a Internet.

O objetivo deste trabalho é demonstrar a crescente utilização da prática ilícita através da rede mundial de computadores (Internet), e a tipificação da lei de que o Estado se utiliza para combater os delituosos.

Vale lembrar que também observa a mulher como uma vítima exposta a sociedade, que tem sido descriminalizada, e envergonhada quando decide tomar coragem e falar que foi vítima do *cyberbullying*⁴. A pornografia não-consensual é uma forma de violência de gênero, que nos dias atuais é cometida principalmente contra mulheres, crianças e homossexuais.

Estuda-se as inovações trazidas pela Lei Carolina Dieckmann nº 12.737, incluindo os crimes cometidos no âmbito da internet, buscando solucionar os problemas e trazendo penalização para este crime.

Nesse sentido, o problema central levanta o seguinte questionamento: Qual o papel vitimológico nos crimes cibernéticos, a partir da geração de nudes e pornografia não consensual?

Quanto à metodologia utilizada na presente discussão, empregou-se o método indutivo, bem como as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica.

2 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS SOBRE O DIREITO PENAL INFORMÁTICO

Com o fulcro de facilitar o entendimento, iniciar-se-á com um breve histórico do surgimento dos meios de comunicação por uso de dados. O mecanismo que conhecemos na qual denomina-se internet foi criado no ano de 1969 pelos Estados Unidos da América utilizado como uma forma de proteção de informações coletadas em um período de tempo conhecido como a Guerra Fria⁵, na qual

³ “Crime ou atividade ilegal que é feito usando a internet”. Disponível em: <http://dictionary.cambridge.org>, acesso em 10 de maio de 2017.

⁴ “É um tipo de violência contra uma pessoa praticada através da internet ou de outras tecnologias relacionadas (meios virtuais).” Disponível em: <http://emporiododireito.com.br>, acesso em 10 de maio de 2017.

⁵ “Teve seu início logo após a Segunda Guerra Mundial (1945) e a extinção da União Soviética (1991) é a designação atribuída ao período histórico de disputas estratégicas e conflitos indiretos entre os Estados Unidos e a União Soviética, disputando a hegemonia política, econômica e militar no mundo.” Disponível em: <http://www.sohistoria.com.br/ef2/guerrafria/>, acesso em 12 de maio de 2017.

havia uma nefasta divisão político- social no mundo. Na época foi facilmente observado que qualquer tecnologia traria vantagens estimáveis a Guerra.

No ano de 1982 foram firmados os TCP/IP (Protocolo de Controle de Transmissão⁶) / (Protocolo de Internet⁷), que se utiliza de uma linguagem para dois computadores se interligarem, e também é o principal envio e recebimento de dados de internet.

Por volta de 1960 surge a Rede Mundial de Computadores que é associada a popularização de computadores, onde foi permitido que a população tivesse acesso à internet, e que na época qualquer cidadão sem instrução referente ao computador passasse a se interligar através da Internet.

O Ministério de Internet e Comunicações em sua norma 004/94, aprovada pela [Portaria nº 148 de 31 de maio de 1995](#)⁸, define o que é internet:

Internet: nome genérico que designa o conjunto de redes, os meios de transmissão e comutação, roteadores, equipamentos e protocolos necessários à comunicação entre computadores, bem como o “software” e os dados contidos nestes computadores.

No mesmo sentido é possível identificar a lei 12.965 de 23 de abril de 2014⁹, que define o que é Internet:

I - internet: o sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes;

Observa-se que a Internet é a tecnologia que permite a comunicação entre pessoas de todos os lugares em tempo real. É a transmissão de dados entre os dispositivos que não estejam necessariamente conectados, portanto é possível identificar que a Internet facilita a vida do indivíduo que pretende praticar condutas delituosas.

3 DA TIPICIDADE PENAL DOS CRIMES DE INFORMÁTICA

Em relação ao conceito de crime, o Código Penal não efetuou uma definição. Sobre o conceito de crime, apenas lei de introdução ao Código Penal, em seu artigo 1¹⁰ classificou a infração penal. Desta maneira, há divergências entre o conceito apresentado na referida lei de introdução a na

⁶ “Permite gerenciar os dados vindo da (ou com destino à) camada inferior do modelo (ou seja, o protocolo IP).” Disponível em: <http://br.ccm.net/contents/284-o-protocolo-tcp>, acesso em 12 de maio de 2017.

⁷ “Formam o grupo de protocolos de comunicação que implementam a pilha de protocolos sobre a qual a internet e a maioria das redes comerciais funcionam.” Disponível em: www.portaleducacao.com.br, acesso em 13 de maio de 2017.

⁸ Disponível em: http://www.cbdn.andsr.org/inteiroteor/textointegral/NOR/prt/minicom_19950531_148.pdf, acesso em 10 de maio de 2017.

⁹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm, acesso em 10 de maio de 2017.

¹⁰ Art. 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

doutrina penalista sobre o assunto.

Para Estefam¹¹, em um sentido formal "crime é a conduta proibida por lei, com ameaça de pena criminal (prisão ou pena alternativa)". Já para Nucci¹² é o entendimento do direito a respeito do delito, a qual forma a conduta não permitida legalmente, ante ameaça de imposição de pena, tendo assim, uma percepção legislativa do fenômeno.

Em sentido material o crime seria, para Greco¹³ "o fato humano lesivo de um interesse capaz de comprometer as condições de existência, de conservação e de desenvolvimento da sociedade." Seria o crime então, a conduta que viola os bens jurídicos mais importantes.

O crime pode ser definido ainda através do conceito analítico, onde a doutrina divide-se entre a formação Tripartida e Bipartida. Na visão de Greco¹⁴, o Crime é todo fato típico, antijurídico e culpável, defendendo assim a teoria tripartida. Nesse mesmo sentido são as doutrinas de Nucci¹⁵, Bittencourt¹⁶ e Dotti¹⁷.

Também defensor da teoria Tripartida, Teles¹⁸ ressalta que a definição de crime deve ser sempre um fato típico, ilícito e reprovável, censurável, culpável. Para o referido doutrinador, tem-se como base o ordenamento jurídico-penal, que contém as normas penais incriminadoras, e desta forma, para que se enquadre a conduta como crime, deve conter os três componentes do conceito de crime, quais sejam: fato típico, antijurídico e culpável.

A doutrina minoritária, representada por Estefam¹⁹, Capez²⁰ e Mirabete²¹, entende o crime com base na teoria bipartida, sendo o crime fato típico (aquele previsto em lei) e ilícito (antijurídico). Para estes autores, o crime existe em si mesmo, por ser um fato típico e antijurídico, e a culpabilidade não contém dolo ou a culpa em sentido estrito, mas significa apenas a reprovação ou a censurabilidade de conduta.

Sobre os crimes de informática, é possível identificar que crimes de informática são os atos delituosos, ilícitos, praticados no âmbito cibernético. Paiva²² traz a sua conceituação sobre crimes de

¹¹ ESTEFAM, André. **Direito Penal volume 1**. São Paulo: Saraiva 2010. p. 157.

¹² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10 ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 138.

¹³ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 13 ed. Rio de Janeiro: *Impetus*, 2011. p. 37.

¹⁴ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 13 ed. Rio de Janeiro: *Impetus*, 2011. p. 38.

¹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10 ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 138.

¹⁶ BITENCOUT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal - Parte geral**. 17 ed. São Paulo: Saraiva 2012. p. 591.

¹⁷ DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito penal - Parte Geral**. São Paulo: Forense. 2003. p. 299.

¹⁸ TELES, Moura Ney. **Direito Penal - Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 122.

¹⁹ ESTEFAM, André. **Direito Penal volume 1**. p. 159.

²⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal volume 1: Parte Geral**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 125.

²¹ MIRABETE, Julio Fabbrini, **Manual de direito penal**. vol 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. 24 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2007. p. 83.

²² PAIVA, Luciano Carneiro de. **A prova nos crimes de informática**. Aspectos técnicos e jurídicos. Dissertação. 2006. P. 5.

informática:

São denominadas de “crimes de informática” as condutas descritas em tipos penais realizadas através de computadores ou voltadas contra computadores, sistemas de informática ou os dados e as informações neles utilizados (armazenamento ou processamento).

Denota-se que o *cyber crime* se assemelha muitas vezes com os crimes comuns, pois traz consequências irreparáveis e danosas para a vida das vítimas, expondo sua vida, ameaçando sua segurança e seu bem estar.

A ideia de crimes na internet é algo inovador, foi criada a lei 12.737 de 30 de novembro de 2012²³, conhecida como Lei Carolina Dieckmann, sobre os crimes cometidos no âmbito da internet, no entanto, esta lei alterou o teor do Código Penal, tendo o acrescentado os artigos 154-A²⁴ e 154-B²⁵.

4 A PORNOGRAFIA NÃO CONSENSUAL E A VITIMOLOGIA

A pornografia não consensual é uma prática utilizada pelos meios de comunicação, através de *smartphones*²⁶, *tablets*²⁷, *computadores*²⁸ que tenham acesso à rede. Hoje em dia é necessário o uso da internet para a vida cotidiana. No entanto, nem sempre a internet é um aliado de quem utiliza, pois o uso da tecnologia pode trazer consequências, e formas de violação dos bens jurídicos tutelados. Uma primeira análise é possível identificar que atualmente a honra abrange quase todos os campos do Direito, prevista na Constituição Federal²⁹, artigo 5º, inciso X:

²³ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112737.htm, acesso em 13 de maio de 2017.

²⁴ **Art. 154-A.** Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa. § 1º Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no caput. § 2º Aumenta-se a pena de um sexto a um terço se da invasão resulta prejuízo econômico. § 3º Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido: (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012) Vigência Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave. § 4º Na hipótese do § 3o, aumenta-se a pena de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidos. § 5º Aumenta-se a pena de um terço à metade se o crime for praticado contra: **I** - Presidente da República, governadores e prefeitos; **II** - Presidente do Supremo Tribunal Federal; **III** - Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Assembleia Legislativa de Estado, da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou de Câmara Municipal; ou **IV** - dirigente máximo da administração direta e indireta federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal.

²⁵ **Art. 154-B.** Nos crimes definidos no art. 154-A, somente se procede mediante representação, salvo se o crime e cometido contra a administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios ou contra empresas concessionárias de serviços públicos.

²⁶ “Aparelho de telefonia celular com recursos avançados, semelhantes ao de um computador pessoal, permitindo, assim, p.ex, o acesso à internet sem fio.” (Dicionário Aurélio)

²⁷ “Computador de uso pessoal que possui tela sensível ao toque.” (Dicionário Aurélio)

²⁸ “Máquina capaz de receber, armazenar e enviar dados, e de efetuar, sobre estes, sequências previamente programadas de operações aritméticas (como cálculos) e lógicas (como comparações), com o objetivo de resolver problemas.” (Dicionário Aurélio)

²⁹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em 14 de maio de 2017.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Desta forma, o uso da internet pode ocasionar a violação da intimidade e da vida privada do indivíduo de forma não consensual. Sobre o nome e a honra da pessoa, o Código Civil³⁰ em seus artigos 17 e 20, tratam destes direitos:

Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Neste entendimento, o Código Civil estabelece os direitos inerentes ao uso do nome da pessoa e suas possibilidades de utilização por terceiros.

A privacidade das informações do indivíduo encontra previsão legal no Código Penal, que estabelece os crimes contra a honra, tipificados nos artigos 138, 139 e 140, *in verbis*:

Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

§ 1º - Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga.

§ 2º - É punível a calúnia contra os mortos.

Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Neste norte, a violação da intimidade pode configurar crime contra a honra, uma vez que ofendem a honra objetiva e subjetiva do indivíduo. Capez³¹ explica referente a honra objetiva e a honra subjetiva:

Honra objetiva: diz respeito à opinião de terceiros no tocante aos atributos físicos, intelectuais, morais de alguém. Quando falamos que determinada pessoa tem boa ou má reputação no seio social, estamos nos referindo à honra objetiva, que é aquela que se refere à conceituação do indivíduo perante a sociedade. É o respeito que o indivíduo goza no meio social. A calúnia e a difamação ofendem a honra objetiva, pois atingem o valor social do indivíduo. Este, em decorrência da calúnia ou difamação, passa a ter má fama no seio da coletividade e, com isso, a sofrer diversos prejuízos de ordem pessoal e patrimonial. Assim, por exemplo, ao se imputar falsamente a alguém a prática de fato definido como crime, esse indivíduo poderá perder o seu emprego, ser excluído das rodas sociais e sofrer discriminações. Em tais casos, pese embora a aplicação da sanção penal contra o ofensor, é possível, inclusive, que o ofendido veja tais danos reparados na esfera cível por meio da competente ação de reparação de danos, conforme assegurado constitucionalmente. b) Honra subjetiva: refere-se à opinião do sujeito a respeito de si mesmo, ou seja, de seus atributos

³⁰ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm, acesso em 17 de maio de 2017.

³¹ CAPEZ. Fernando. **Curso de Direito Penal**. 12 ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p 277.

físicos, intelectuais e morais; em suma, diz com o seu amor-próprio. Aqui não importa a opinião de terceiros. O crime de injúria atinge a honra subjetiva. Dessa forma, para a sua consumação, basta que o indivíduo se sinta ultrajado, sendo prescindível que terceiros tomem conhecimento da ofensa.

Portanto, a honra objetiva é a opinião de terceiros, enquanto que a honra subjetiva refere-se ao que a vítima pensa de si.

A internet é um ambiente propício a prática de crimes contra a honra, visto como a dificuldade de identificar o autor do ilícito é muito maior. São crimes que atingem um número indeterminado de vítimas em um curto espaço de tempo. Ainda há de se ressaltar que o estrago causado pode ser muito maior, caso não seja tomado uma providência imediatamente, pois, após se espalhar por inúmeras cópias e republicações por terceiros, será mais difícil retirar o conteúdo da rede.

Neste sentido, a pornografia não consensual atinge a honra subjetiva e objetiva da vítima, notadamente que a divulgação por meio eletrônico facilita o alcance de terceiros sobre a intimidade da vítima.

Um dos primeiros casos no Brasil de pornografia não consensual, ocorreu no ano de 2006, logo que os veículos de rede começaram a ser popular entre as pessoas, em que na rede social “Orkut”, foram divulgadas fotos pornográficas de uma estudante de direito de 24 anos na época, onde os colegas da vítima, tiveram uma reação violenta contra a mesma. Os usuários do “Orkut³²” criaram comunidades, com ofensas a vítima e aos dois envolvidos que apareciam no conteúdo praticando atividade sexual.³³

No Brasil a Pornografia não consensual, também é conhecida como pornografia de vingança, que dá o intuito, de o agressor reprimir, envergonhar ou até mesmo ameaçar a vítima pelos conteúdos impróprios que este possui.

O maior problema é que as vítimas são tão discriminadas após terem seus vídeos e fotos “vazadas” na rede, que muitas não aguentam tamanha humilhação e muitas vezes tiram a própria vida. Como o caso da jovem de 17 anos, encontrada morta em seu quarto, após ter sido compartilhado na Internet um vídeo íntimo, praticando ato sexual com uma menina e um menino. Após o compartilhamento do vídeo, a jovem se despediu da mãe em uma rede social, e logo após a jovem foi encontrada pela tia em seu quarto com o fio da prancha alisadora enrolada em seu pescoço.³⁴

Há tantos casos em que as pessoas confiam nas outras, como confiar em seus parceiros, e logo após, tem sua vida íntima exposta ao mundo, como uma forma de vingança, e na maioria das vezes a

³² “É o site de relacionamentos mais conhecido e que mais cresceu nos últimos anos.” Disponível em: <http://www.infoescola.com/informatica/o-que-e-orkut/>, acesso em 20 de maio de 2017.

³³ Reportagem disponível em: <http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias/0,,OI967305-EI5030,00-Policia+apura+divulgacao+de+fotos+de+sexo+na+Internet.html>, acesso em 20 de maio de 2017.

³⁴ Reportagem disponível em: <http://g1.globo.com/pi/piaui/noticia/2013/11/mae-de-jovem-achada-morta-apos-video-intimo-reclama-de-violacao.html>, acesso em 20 de maio de 2017.

própria vítima tem papel fundamental para o crime cometido.

Atualmente as nomenclaturas utilizadas são “*Cyber Revenge*”, “*Revenge Porn*”, para a pornografia de vingança, que são imagens ou vídeos de pessoas em relações sexuais ou situações eróticas com ou sem o consentimento do mesmo, muitas vezes a própria vítima faz a imagem e os vídeos consensualmente para o parceiro. O motivo da vingança para cometer este crime é irrelevante perto dos danos ocasionados a vítima, pois mesmo se o fato de a vítima ter enviado espontaneamente suas fotos ou vídeos não deve configurar um auto emprego em risco.

A pornografia não-consensual é um crime à vida da vítima, onde sofre exposição, e o sofrimento causado é imensurável. Hoje em dia são poucas as condenações penais neste âmbito, ainda assim, o Estado deveria prestar mais auxílio a vítima e ser amparada com tratamentos psicológicos e principalmente resguardo policial.

O preconceito é muito frequente, uma vez que a própria vítima muitas vezes toma coragem para se expor que foi vítima do “*cyber revenge*”, e na sua grande maioria é destratada, recriminada como esta que ensejou a situação e merece estar passando por isto. Deste modo, as vítimas tem vergonha e receio de falar, pois que a sociedade muitas vezes hipócrita, mesquinha, incrimina a atitude da vítima, julgando-a, sendo que pode estar nesta situação pela confiança e levada pela emoção.

Referente a vitimologia o alvo preferencial atualmente são as mulheres, muitas vezes a própria vítima tinha o conhecimento ou ela mesma produzia as fotos e vídeos. O principal problema é que a vítima confiou em alguém, e é quando o indivíduo que recebe a imagem ou vídeo quebra a confiança da vítima e compartilha sem o seu consentimento. Neste norte, Oliveira Neto³⁵ traz a definição de vitimologia:

Trata-se a vitimologia, de ciência cujo objeto central é a vítima e suas relações com os fenômenos em que é gerada. Maria Helena Diniz, em seu dicionário jurídico, evidencia que a vitimologia pode ser analisada sob dois ângulos ou dimensões distintos, porém confluentes, a saber: “a) Psicologia forense: estudo científico da personalidade da vítima e de sua influência para a motivação e consumação do delito. Ciência da vítima; b) Direito Penal: disciplina que estuda a influência exercida pela vítima na prática do crime”.

Em decorrência da estrutura da sociedade, a culpabilização da vítima é mais frequente nos crimes cometidos contra mulheres pois em decorrência do gênero são os alvos mais fáceis. Lamentavelmente, muitas vítimas estão longe de serem inocentes, no entanto a grande maioria não tem culpa dos crimes cometidos contra elas.

A mulher muitas vezes tem de se defender, pois ainda está em fase de conquistar seus direitos, embora a lei máxima do Brasil diga que não há distinção de gênero, ainda assim, o país elenca uma grande desigualdade. Em se tratando de pornografia não-consensual, a maioria das vítimas são mulheres que praticam atos sexuais que a sociedade recrimina, como sexo anal ou sexo com mais de

³⁵ NETO, Emetério Silva de Oliveira. **Legislação Penal e Teoria da Vitimologia**. Florianópolis. Ed. Empório do Direito. 2016. p. 45.

um parceiro, fazendo com que a sociedade repudie a atitude dessas mulheres.

Por conseguinte, a prevenção neste caso é a forma mais importante, uma vez que, depois que enviadas as imagens e vídeos dificilmente apagará. Ainda a sociedade critica a inversão de valores das mulheres, porque escolhem este caminho por sua liberdade sexual, onde deveria criticar a divulgação feita pelo agressor e não somente a conduta da mulher. A maior prevenção é a desconfiança, já que a qualquer momento, qualquer um pode ser alvo da pornografia de vingança.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste trabalho, era compreender melhor a pornografia não-consensual sob a ótica jurídica e social. Após uma ampla análise, pode-se entender que a pornografia de vingança é uma das formas de violência que mais agride verbal e fisicamente a vítima, pois expõe a sua intimidade por inúmeros motivos especialmente humilhação e vingança do agressor.

Os crimes cometidos através da rede estão se tornando cada vez mais comuns na vida das pessoas, sendo imensurável os prejuízos causados pela prática destes crimes. A internet está cada vez mais parte da rotina diária, sendo utilizada constantemente para lazer, trabalho, educação e até mesmo para o crime.

Os crimes contra a honra podem desgastar o ser humano do convívio social, fazendo com que se isole, adoença, podendo tirar a própria vida.

A internet expõe a pessoa publicamente, principalmente através da rede social. O *cyber crime*, faz com que a sociedade torne-se juiz, que julga as atitudes das vítimas. A sociedade raramente se coloca no lugar da vítima, com o pensamento de que talvez, você ou até mesmo alguém da sua família poderia estar nessa situação.

A pornografia não-consensual ainda atinge vítimas do mundo todo, principalmente na questão de gênero e a mulher é um dos alvos principais do agressores deste comportamento.

Como visto, o Direito Penal possui uma base sólida firmada em princípios e tipificação baseada na taxatividade da lei penal, e neste sentido, cada vez se torna mais difícil a previsão legal de crimes cibernéticos, uma vez que a internet está em constantes atualizações.

Neste ponto, é preciso que os projetos de lei abordem melhores os crimes digitais, para que o Estado exerça maior punibilidade para o autor do fato.

Atualmente, pelo que foi visto, embora existam previsões legais, os resultados da conduta delituosa podem trazer danos irreparáveis, sendo que em diversos casos a aplicação da lei penal parece ineficaz.

Outro ponto que merece destaque é relativo ao necessário treinamento para os agentes públicos, que consigam rastrear velozmente os delitos cometidos no âmbito da internet, uma vez que, há uma

carência enorme de profissionais capacitados. Também é necessário, que na sociedade, sejam feitas campanhas de conscientização, para o uso consciente e seguro da internet.

6 REFERÊNCIAS

BITENCOUT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal** - Parte geral. 17 ed. São Paulo: Saraiva 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 12 ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito penal** - Parte Geral. São Paulo: Forense. 2003.

ESTEFAM, André. **Direito Penal**: volume 1. São Paulo: Saraiva 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 13 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

<http://br.ccm.net/contents/284-o-protocolo-tcp>, acesso em 12 de maio de 2017.

<http://dictionary.cambridge.org>, acesso em 10 de maio de 2017.

<http://emporiododireito.com.br>, acesso em 10 de maio de 2017.

<http://g1.globo.com/pi/piaui/noticia/2013/11/mae-de-jovem-achada-morta-apos-video-intimo-reclama-de-violacao.html>, acesso em 20 de maio de 2017.

<http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias/0,,OI967305-EI5030,00-Policia+apura+divulgacao+de+fotos+de+sexo+na+Internet.html>, acesso em 20 de maio de 2017.

http://www.cbdt.ndsr.org/inteiroteor/textointegral/NOR/prt/minicom_19950531_148.pdf, acesso em 10 de maio de 2017.

<http://www.portaleducacao.com.br>, acesso em 13 de maio de 2017.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112737.htm, acesso em 13 de maio de 2017.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm, acesso em 10 de maio de 2017.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em 14 de maio de 2017.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm, acesso em 17 de maio de 2017.

<http://www.sohistoria.com.br/ef2/guerrafria/>, acesso em 12 de maio de 2017.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. vol 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. 24 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2007.

NETO, Emetério Silva de Oliveira. **Legislação Penal e Teoria da Vitimologia**. Florianópolis. Ed. Empório do Direito. 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10 ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PAIVA, Luciano Carneiro de. **A prova nos crimes de informática**: Aspectos técnicos e jurídicos. Dissertação. 2006.

TELES, Moura Ney. **Direito Penal**: Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

APLICABILIDADE DOS JUROS REMUNERATÓRIOS EM CONTRATOS DE EMPRÉSTIMO BANCÁRIO A LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Mayara Souza Alencar ¹

Mariana Faria Filard ²

Recebido em: 14 jul. 2017

Aceito em: 17 ago. 2017

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo geral demonstrar a abusividade de contratos de empréstimo bancário nos quais se aplicam juros remuneratórios acima de 12% ao ano, visto que, segundo o Código de Defesa do Consumidor, estes devem obedecer a um percentual razoável em conformidade com a legislação referida. Para desenvolvimento dos objetivos específicos, o mesmo encontra-se organizado, trazendo-se na Introdução, o objetivo geral, a justificativa, a metodologia e demais conceitos relevantes ligados ao tema. Nos Capítulos que seguem, o marco legal do Direito do Consumidor no Brasil será abordado, qual seja, a Lei 8.078/90, de onde advém o conceito de Vulnerabilidade e Hipossuficiência do consumidor, abordados no Capítulo seguinte. Em sequência, faremos uma análise dos Contratos Bancários sob a perspectiva da ADIN 2591 e a Lei de Usura, finalizando com o entendimento atual da jurisprudência brasileira acerca da cobrança abusiva de juros nestes Contratos. A pesquisa é de caráter descritivo, bibliográfico e documental. Sabe-se que o tema é relevante e que merece da parte de todos os interessados maior reflexão e estudo, tornando este trabalho mais uma ferramenta de consulta no que tange ao direito consumerista.

Palavras-chave: Banco. Contrato. Empréstimo. Juros.

APPLICABILITY OF REMUNERATORY INTERESTS IN BANK LOAN CONTRACTS THE LIGHT OF THE CONSUMER DEFENSE CODE

Abstract: The main objective of this paper is to demonstrate the abusiveness of bank loan contracts in which interest rates of more than 12% per year are applied, since, according to the Consumer Protection Code, they must comply with a reasonable percentage in accordance with Legislation. For the development of the specific objectives, it is organized, bringing in the Introduction, the general objective, justification, methodology and other relevant concepts related to the theme. In the following chapters, the legal framework of Consumer Law in Brazil will be approached, namely Law 8079/90, which gives rise to the concept of Consumer Vulnerability and Hyposufficiency, discussed in the next Chapter. In sequence, we will perform an analysis of the Bank Contracts from the perspective of ADIN 2591 and the Usury Law, ending with the current understanding of Brazilian jurisprudence regarding the improper collection of interest in these Contracts. The research is descriptive, bibliographic and documentary. It is known that the theme is relevant and deserves more reflection and study on the part of all interested parties, making this work more a tool of consultation regarding consumer law.

Keywords: Bank. Contract. Loan. Interest.

¹ Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade Devry – Martha Falcão. maay_aleencar@hotmail.com.

² Professora MSc em Ciência Jurídica UNIVALI/SC e Coordenadora do Curso de Direito da Faculdade Devry – Martha Falcão. marianafilard@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O tema central abordado neste artigo torna-se relevante ao contexto científico por considerar questões referentes ao Código de Defesa do Consumidor - CDC e que sempre geraram várias interpretações e decisões judiciais diversas e para muitos, até divergentes, quais sejam, a abusividade da cobrança de juros em contratos de empréstimo bancário e esta relação com o Código de Defesa do Consumidor, Lei da Usura e ADIN 2591.

No Brasil, desde quando o Estado foi chamado a intervir com a finalidade de evitar que a instabilidade se transformasse em crise econômica, os juros, até então estipulados livremente, ganharam índices limitadores pelo próprio ordenamento jurídico.

Sabe-se que a primeira norma que impôs limites aos juros foi o Decreto de nº 22.623/33, o qual ficou conhecido como Lei de Usura, que vedava a cobrança de juros superiores ao dobro da taxa legal de 12% ao ano. No entanto, este foi objeto de inúmeras discussões nos Tribunais de todo o País, o que levou o STJ a se posicionar por meio da Súmula 382: A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade.

Entretanto, para as instituições financeiras, a limitação de taxas de juros reflete diretamente a limitação de lucro, ou seja, a alta cobrança nos juros de empréstimos bancários, evidencia um lucro real em relação aos consumidores, os quais em sua maioria não possuem conhecimento de causa em relação ao assunto. Não obstante o entendimento das instituições financeiras quanto a limitação de ganhos em face a Lei de Usura, tentou-se impedir, após a promulgação da Lei 8.078/90 a sua aplicabilidade nos contratos bancários, de acordo com a ADIN. 2.591.

Deste modo, percebe-se o quão vulnerável e hipossuficiente é o consumidor nesta relação que se estabelece, visto que é levado a aceitar contrato de empréstimo com juros considerados exorbitantes, face a alguma condição financeira momentânea, que o faz buscar a contratação de tal serviço.

Os contratos bancários são considerados contratos de adesão, visto que suas cláusulas e condições já estão pré-determinadas pelo credor, bastando tão somente o consumidor assinar, anuindo com as mesmas e com os juros imputados, ainda que o Código de Defesa do Consumidor estabeleça que o contrato deva ser claro e não aproveite do desconhecimento da parte, não devendo conter cláusulas abusivas e dúbias em desfavor do consumidor, uma vez que este, por sua vez, não tem autonomia para questioná-las no momento da assinatura e contratação do serviço, sob pena de lhe ter negada a prestação do serviço.

O que se indaga é se, na prática, com a Lei da Usura em vigor e o cabimento do Código de Defesa do Consumidor nas operações bancárias de acordo com a ADIN nº 2.591, pode-se afirmar a abusividade dos juros remuneratórios acima de 12% ao ano nos contratos de empréstimo bancário. A partir desta problemática, foi construída a reflexão constante do presente artigo

O objetivo geral deste artigo é demonstrar a possibilidade ou não de abusividade dos contratos de empréstimo bancário com juros remuneratórios acima de 12% ao ano e os objetivos específicos são: breves relatos históricos da Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor, os aspectos relevantes acerca da vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor diante dos juros cobrados abusivamente, além de descrever sobre contratos bancários sob a perspectiva da ADIN 2.591 e sua relação com a lei da usura e o entendimento jurisprudencial acerca da ação revisional de juros remuneratórios

A pesquisa realizada neste trabalho pode ser classificada como descritiva documental e bibliográfica. Para que atenda aos objetivos propostos, esse artigo foi baseado em investigações da realidade jurídica, a fim de garantir que novos regimes legais atendam aos anseios da população e aos conflitos reais que diariamente são encaminhados aos Tribunais e/ou órgãos de defesa do consumidor.

2 HISTÓRICO DA LEI 8.078/90

O marco inicial para existência do Direito do Consumidor se deu em 15.03.1962 com a carta do presidente dos Estados Unidos da América, John Kennedy, enviada ao Congresso Nacional norte americano, reconhecendo que “*consumidor somos todos nós*”. Inobstante esta célebre constatação, o consumidor é o único pólo não eficazmente organizado na economia afetando e sendo afetado diariamente. Daí a importância do tema e de qualquer Estado legislar sobre ele, inclusive impondo os limites que se fazem necessários para o equilíbrio desta relação.

No Brasil, o Direito do Consumidor surgiu em 1974 quando foi criado o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor - CONDECON no Estado do Rio de Janeiro, e, após isto, foram surgindo várias organizações que tratavam sobre a importância do direito do consumidor.

No Brasil entre as décadas de 1950 e 1960 que surgiram as primeiras normas de proteção ao crédito, quando foram sancionadas leis e decretos federais sobre proteção econômica, comunicações e saúde, dentre elas, podem citar a lei nº 1221/51 (Lei de Economia Popular); Lei Delegada nº 4/62. Em nível de Constituição Federal, foi a emenda nº 1/69 da Constituição de 1967 que implantou a proteção consumerista. (FORTUNA, 2015, p. 43).

Apenas com a Carta Magna de 1988 é que seria incluída a defesa do consumidor no plano da política constitucional, contendo esta em seu texto, previsão legal no artigo 5º, inciso XXXII no Capítulo dos direitos e garantias fundamentais, fator este que o torna uma cláusula pétrea, no artigo 170, V, elevando o direito do consumidor a importante princípio para a ordem econômica. Inobstante isto, no artigo 48 da ADCT foi estabelecido um prazo de 120 dias para elaboração de uma lei consumerista, surgindo então, o Código de Defesa do Consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor é uma norma multidisciplinar que representa um microsistema jurídico legislativo de tutelas cíveis, administrativa, penais e processuais, e deste modo, deverá atuar de forma a prevenir, fiscalizar as relações de consumo tanto no âmbito contratual como no extracontratual.

3 VULNERABILIDADE E DA HIPOSSUFICIÊNCIA DO CONSUMIDOR DIANTE DA COBRANÇA ABUSIVA DE JUROS

A vulnerabilidade é considerada como princípio básico que fundamenta a existência e aplicabilidade do Direito do Consumidor, previsto no artigo 4º, I. A hipossuficiência, princípio igualmente importante, tem guarida no artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Vejamos,

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VIII – Facilitação da defesa dos direitos, inclusive a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele **hipossuficiente**, segundo as regras ordinárias de experiência.

De acordo com a doutrina, o consumidor é considerado vulnerável por que:

[...] é a parte mais fraca nas relações de consumo. Por isso tem direito à boa informação sobre os produtos e serviços que recebe e quanto aos contratos que assina (vulnerabilidade técnica). Tem também direito de ser protegido quando se dirige ao Poder Judiciário (vulnerabilidade jurídica), podendo o Juiz determinar medidas para assegurar os seus direitos, no tocante às soluções alternativas que a Justiça pode encontrar para dar – ao Consumidor – o resultado equivalente ao do adimplemento das obrigações do Fornecedor. (GAMA, 2008, p. 43).

A hipossuficiência está ligada diretamente ao viés econômico, sendo um conceito individualizado e processual, proposto a ser ampliado, e o da vulnerabilidade é um conceito de direito universal e material como a falta de conhecimento técnico sobre um produto ou serviço ao consumidor, podendo este ser facilmente enganado pelo fornecedor no fator quantidade, qualidade ou eficiência.

Destaca-se acerca desta questão, entendimento doutrinário. Vejamos:

É mister que não se confunda *hipossuficiência* “*strictu sensu*”, de **cujo eminentemente econômico**, com *vulnerabilidade*, que [...] é o apanágio de todo e qualquer consumidor, em decorrência de sua **desinformação técnica, fática ou dificuldades de acesso aos meios de resolução dos conflitos de consumo** [...](FILOMENO et.al., 2011, p. 164, grifo nosso).

Enfatiza-se que a vulnerabilidade e a hipossuficiência não se confundem, devendo ser aplicadas de acordo com análise do caso concreto, de modo que a vulnerabilidade do consumidor constitui presunção legal absoluta enquanto a hipossuficiência depende de avaliação judicial.

4 CONTRATOS BANCÁRIOS SOB A PERSPECTIVA DA ADIN 2.591 E SUA RELAÇÃO COM A LEI DA USURA

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves, podemos conceituar os juros remuneratórios:

São os devidos como compensação pela utilização de capital pertencente a outrem. Resultam de uma utilização consentida de capital alheia.” (Capítulo IV – dos juros legais, Teoria Geral das Obrigações, V, 6ª edição, 2009, p. 382).

A Confederação Nacional do Sistema Financeiro – CNSIF, protocolou Ação Direta de constitucionalidade - ADIN nº 2.591 no STF para questionar a competência do Código de Defesa do Consumidor nas relações de consumo com as instituições financeiras, haja vista que entendiam que a Lei 8.078/90 era inconstitucional. Portanto não eram subordinados às diretrizes da Lei consumerista nos contratos bancários. De todo modo, após vários impasses judiciais o Superior Tribunal de Justiça - STJ consolidou entendimento quanto a questão e decidiu que as instituições financeiras tem o dever de observar os preceitos instituídos no Código de Defesa do Consumidor, nos termos da Súmula 297: O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.

Trata-se de importante avanço para a garantia consumeristas, reforçando o entendimento doutrinário acerca da vulnerabilidade do consumidor e, sobretudo preservando as diretrizes trazidas no ordenamento consumerista.

Desta feita não há dúvidas que os contratos das instituições financeiras estão subordinados a incidência das normas previstas na Lei Federal 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor.

Assim, para buscar o equilíbrio nas relações de consumo, os vários órgãos precisaram se aprimorar e estabelecer normas para manter tal relação o mais justa possível.

[...] no Estado Moderno, na sua feição social, inspirada na Constituição de Weimar, afirmou, todavia sua intervenção ampla tanto no plano econômico como no social, só admitindo a cobrança de juros até determinado teto e combatendo todas as formas de agiotagem e de usura, considerando-se até como figuras típicas de direito penal. (ABRÃO, 2009, p. 15).

Neste sentido, conforme retrata o autor, vale dizer que sempre houve a busca pelo reconhecimento da aplicação dos juros abusivos e que tal fato ocorre desde muito tempo, prejudicando o desenvolvimento de certos setores da economia nacional e limitando o poder de compra do consumidor, que por sua vez ao se ver em meio de juros cada vez mais altos, acaba adentrando o caminho da inadimplência. Assim, o art. 1º caput e o § 3º da Lei de Usura, dispõe que:

Art. 1º É vedado, e será punido nos termos desta Lei, estipular em quaisquer contratos taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal. [...]

§3º. A taxa de juros deve ser estipulada em escritura pública ou escrita particular, e não o sendo, entender-se-á que as partes acordaram nos juros de 6% ao ano, a contar da data da propositura da respectiva ação ou do protesto cambial. (BAPTISTA, 2008, p. 44).

No entendimento do STF no ano de 1976, conforme consta da Súmula nº 596, que aborda sobre “[...] as disposições do Decreto Federal 22.626 de 1933 não se aplicam às taxas de juros aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições financeiras públicas ou privadas, que integram o sistema financeiro nacional”, porém é válido dizer que o referido tema nunca encontrou, entre os doutrinadores, o consenso, desta forma, de acordo com Ferreira Filho (2010, p. 65), “no contexto jurídico da época no sentido de que a Lei nº 4.595/64 jamais revogou a Lei de Usura, a sua finalidade principal foi dar subsídios para as classes produtoras”. Assim, entende-se que se tornaria impossível manter um setor forte e produtivo com a manutenção dos juros acima ou igual a 12%.

Na mesma linha o STJ já se posicionou na Súmula 382, assim vejamos: A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade.

Com base na jurisprudência atual, pode se dizer que a Lei da Usura termina por ser revogada em parte, quanto à limitação de juros compensatórios.

Assim, a questão dos juros abusivos vai muito além dos prejuízos causados ao consumidor, consistindo em uma prática que termina por prejudicar vários setores da economia brasileira e que dependem da redução e/ou possíveis renegociações para poder se desenvolver.

De igual modo, o STJ se posicionou quanto à proibição do julgador conhecer de ofício a abusividade das cláusulas nos contratos bancários, consoante se depreende da Súmula 381: Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas.

Nesse sentido para requerer a nulidade de cláusulas, o Requerente deverá solicitar junto ao magistrado a análise da cláusula que entender ser abusiva, ao tempo em que será exposta sua fundamentação e a decisão do magistrado será pautada em seu livre convencimento.

5 O OLHAR JURISPRUDENCIAL ACERCA DA AÇÃO REVISIONAL DE JUROS

REMUNERATÓRIOS

O consumidor que pretender rever as cláusulas contratuais que fundamentam os juros aplicados na transação, pode fazê-lo por meio de ação própria, denominada Revisão Contratual, ainda que haja entendimento de que as partes teriam assentido com o seu conteúdo ou mesmo através da alegação do “*pacta sunt servanda*” (FURTADO, 2007). Há entendimento jurisprudencial de que no caso de estabelecerem prestações desproporcionais, o fundamento para revisão é o do Art. 6º do Código de Defesa do Consumidor, que preceitua:

Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: [...]

V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas. (FURTADO, 2007, p. 123).

Nesse cenário, é imprescindível ressaltar que são definidos como contrato de adesão os que são redigidos pelas instituições financeiras, vez que seu conteúdo são pré-estabelecidos unilateralmente sem que os consumidores tenham oportunidade de discuti-las ou alterá-las.

Hoje, não mais os coronéis de outrora, mas grandes indústrias, empresas e instituições financeiras, muitas delas formando cartéis, lançam no mercado produtos e serviços, alguns de primeira necessidade, os quais são adquiridos por consumidores de todas as idades, sem que possam discutir os termos do negócio que celebram, os juros que são estipulados e as garantias que se lhes exigem. (OLIVEIRA, 2009, p. 66).

A Lei 8.078/90 garante que os contratos, sendo eles de adesão ou não sejam escritos de forma clara e legíveis e quanto as cláusulas que limita o direito do consumidor estas deverão ser destacadas com o fito de permitir sua imediata compreensão, *in verbis*:

Art. 54 – Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo. [...]

§3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.

§4º – As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

Ademais, o Código de Defesa do Consumidor assegura aos consumidores acesso prévio do contrato de modo que tenha conhecimento das cláusulas ali pactuadas, e nada impede que posterior a assinatura seja proposta uma ação revisional de juros, tendo em vista que a relação de consumo deve ser equilibrada (WALD, 2002):

[...] a maioria dos consumidores que concluem contratos pré-redigidos o fazem sem conhecer precisamente os termos do contrato. Normalmente o consumidor não tem oportunidade de estudar com cuidado as cláusulas do contrato, seja porque ele as receberá só após concluir o contrato, seja porque elas se encontram disponíveis somente em outro local, seja porque o instrumento contratual é longo, impressos em letras pequenas e em uma linguagem técnica, tudo desestimulando a sua leitura e colaborando para que o consumidor se contente com as informações gerais (e nem sempre totalmente verdadeiras) prestadas pelo vendedor. Assim, confiando que o fornecedor cumprirá, pelo menos, o normalmente esperado naquele tipo de contrato, ele aceita as condições impostas, sem plena consciência de seu alcance e de seu conteúdo. (WALD, 2002, p. 52).

A interpretação dos contratos bancários deve ser feita a luz do Código de Defesa do Consumidor com o fito de proteger o consumidor que é a parte vulnerável da relação de consumo, portanto, nada mais justo que a interpretação das cláusulas seja em favor deste.

Nessa lógica, o ministro César Asfor Rocha, do STJ, no Recurso Especial nº. 213.825-RS, em voto-vista que restou vencedor, esboçou o seguinte entendimento, conforme citado em (SADDI, 2011):

Todas as vezes que a contratação dos juros remuneratórios se apresente excessivamente onerosa, em percentual caracterizadamente abusivo, por extrapolar dos padrões da conjuntura econômica pátria, à qual devemos estar atentos, pode e deve ser aplicada a norma protetora do consumidor, com o fito de coibirem-se intoleráveis abusos por parte das instituições

financeiras. Assim, a estipulação de aludido percentual não pode ser imposta de forma assim tão desabrida, devendo se estabelecer uma convivência harmônica entre a liberdade conferida pela Lei nº 4.595/64 e a razoabilidade extraída pelo Código de Defesa do Consumidor, para impedir a cobrança de taxas abusivas. (SADDI, 2011, p. 39).

O critério de condições pessoais é também muito adotado pelos magistrados, sendo em verdade a própria expressão do Poder Jurisdicional por meio do julgamento pelo magistrado, formado com base nas condições pessoais das partes (credor e cliente) e das particularidades que envolvem cada situação específica. Conforme (SCAVONE JÚNIOR, 2007):

O que se pode constatar é que, embora os casos de aplicabilidade abusiva dos juros remuneratórios seja um tema muito presente na vida de todo profissional de direito, ainda é, em regra, algo que não se tem a exata compreensão ou inúmeras interpretações, o que dificulta a própria argumentação jurídica. (SCAVONE JÚNIOR, 2007, p. 77).

Para corroborar com este entendimento, vejamos os julgados que retratam a possibilidade da propositura da Revisão de juros remuneratórios:

Processo 200000047851950001 MG 2.0000.00.478519-5/000(1)

Publicação 01/02/2008

Julgamento 7 de Novembro de 2007

Relator BATISTA DE ABREU

Ementa: AÇÃO REVISIONAL - CONTRATO BANCÁRIO - INTERVENÇÃO ESTATAL - LIMITAÇÃO DOS JUROS ABUSIVOS - POSSIBILIDADE - [CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR](#) - APLICABILIDADE - COMISSÃO DE PERMANÊNCIA - INCIDÊNCIA À TAXA DO MERCADO - IMPOSSIBILIDADE - SUBSTITUIÇÃO - ÍNDICE NACIONAL DE PREÇO AO CONSUMIDOR (INPC).

A conceituação de 'serviço' dada pelo [Código de Defesa do Consumidor](#) abrange os contratos bancários. As cláusulas relativas ao fornecimento de produtos e de serviços que estabeleçam obrigações consideradas abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou que sejam incompatíveis com a boa-fé e a equidade, são consideradas írritas. A cláusula contratual prevendo a cobrança da comissão de permanência à taxa de mercado do dia do pagamento torna-se abusiva, por não permitir ao devedor conhecer antecipadamente o valor que virá a pagar, submetendo-o ao arbítrio do credor, devendo ser substituída por índice justo de correção do valor da moeda.

REsp nº 1.061.530/RS

Publicação: 28/11/2014

RELATOR Ministra Nancy Andrichi

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRATO BANCÁRIO. **JUROS REMUNERATÓRIOS. ABUSIVIDADE. NÃO OCORRÊNCIA.** 1. A Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.061.530/RS, Relatora a Ministra Nancy Andrichi, submetido ao regime dos recursos repetitivos, firmou posicionamento no sentido de que: "a) As instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos **juros remuneratórios** estipulada na Lei de Usura (Decreto 22.626/33), Súmula 596/STF; b) A estipulação de **juros remuneratórios** superiores a 12% ao ano, por si só, não indica **abusividade**; c) São inaplicáveis aos **juros remuneratórios** dos contratos de mútuo bancário as disposições do art. 591 c/c o art. 406 do CC/02; d) É admitida a revisão das taxas de **juros remuneratórios** em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a **abusividade** (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada - art. 51, §1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante às peculiaridades do julgamento em concreto". 2. Não tendo sido demonstrada a **abusividade** pelo tribunal de origem, correto o julgado que manteve os **juros remuneratórios** nos termos da contratação. 3. Agravo regimental não provido.

Como se pode perceber, a cobrança de juros remuneratórios tida como abusiva, será declarada pelo magistrado após demonstrar o desequilíbrio contratual entre as partes, bem como a vulnerabilidade do consumidor em face a ausência de opção no ato da contratação do serviço.

De acordo com a Súmula do STJ a qual informa que a taxa de 12% de juros ao ano não configura abusividade, deve ser analisada conforme o caso concreto, considerando se há vantagem manifestamente excessiva caracterizada por onerosidade a uma das partes.

Assim sendo, é de suma importância o conhecimento de como essa espécie de lesão está sendo tutelada jurisdicionalmente, conhecer os critérios norteadores quando da fixação do valor indenizatório, permitindo, pois, um melhor embasamento para a argumentação jurídica e, certamente, uma melhor e mais eficaz defesa dos direitos daquele indivíduo que sofreu tal lesão.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo trouxe uma breve reflexão acerca da aplicabilidade dos juros remuneratórios, especificamente os que diz respeito aos contratos de empréstimo bancário.

Observou-se que, muito embora os contratos bancários e sua proteção jurídica tenham evoluído bastante no ordenamento brasileiro, este tema ainda se apresenta muito polêmico, particularmente no que concerne ao critério, de caráter subjetivo, a ser utilizado pelo órgão julgador, quanto a declaração de abusividade ou não dos juros remuneratórios.

Considerando que o limite imposto pela Lei da Usura não se aplica às instituições financeiras, conforme entendimento do STJ, nada impede que o consumidor que se sinta lesado quanto a taxa de juros aplicada ao seu contrato de empréstimo, recorra ao Poder Judiciário, objetivando revisão, muito embora exista entendimento jurisprudencial aduzindo que a aplicação de juros superiores a 12% ao ano, por si só não são considerados abusivos.

Outro aspecto apontado é quanto à aplicabilidade da Lei 8.078/90 aos contratos bancários, vez que esta teve como escopo manter o equilíbrio da relação de consumo, e que reconhece como parte vulnerável, o consumidor.

Resta portanto ao Poder Judiciário proceder a análise de cada caso em concreto para declarar ou não abusividade de juros remuneratórios em contratos de empréstimos, considerando as particularidades de cada questão, haja vista que inexistente limitação de juros para as instituições financeiras, sendo livre aplicar taxas que julgarem devidas.

Espera-se, com o presente artigo, ser possível contribuir de forma relevante no que diz respeito à produção acadêmica e no contexto científico, por considerar questões pertinentes no âmbito dos direitos financeiro, processual etc e que fazem alusão à constitucionalidade do referido tema, juntamente com a questão dos contratos adotados em algumas soluções de sucesso, possibilitando reais conclusões através de uma reflexão intensa e um posicionamento crítico.

7 REFERÊNCIAS

- ABRÃO, Nelson. **Direito bancário**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BAPTISTA, André Zanetti. **Juros: taxas e capitalização**. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília,DF:Senado 1988.
- BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Promulgado em 11 de setembro de 1990. Brasília. DF: Senado 1990.
- CASADO, Márcio Mello. **Proteção do consumidor de crédito bancário e financeiro**. Curitiba: Juruá, 2015.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. **Juros Bancários: limites e possibilidades**. Curitiba: Juruá, 2009.
- FILOMENO, José Geraldo Brito et. al. **Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- FORTUNA, Eduardo. **Mercado Financeiro: produtos e serviços**. Rio de Janeiro, 2015.
- FURTADO, Celso. **Formação Econômica do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- GAMA, Hélio Zaghetto. **Curso de Direito do Consumidor**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- GARCIA, Leonardo Medeiros. **Código de Defesa do Consumidor Comentado: artigo por artigo**. 12ª ed. Revista ampliada e atualizada. Salvador: JusPODIVM, 2016.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Teoria Geral das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 6ª ed. Revista atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- OLIVEIRA, Marcos Cavalcante. **Moeda, Juros e Instituições Financeiras: regime jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- RAMOS, Saulo. **Código da Vida**. São Paulo: Planeta do Brasil, 2007.
- SADDI, Jairo. **Crise e Regulação Bancária: navegando mares revoltos**. São Paulo: Textonovo, 2011.
- SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. **Juros no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- WALD, Arnoldo. **O novo Direito Monetário: os Planos Econômicos, os Contratos, o juros bancários: uma análise de Direito Comparado FGTS e a Justiça**. São Paulo: Malheiros, 2002.

NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO CRIME ORGANIZADO: COMO SUCATEAMENTO DAS MEDIDAS SÓCIO EDUCATIVAS CONTRIBUEM PARA O RECRUTAMENTO DE GRANDES FACÇÕES

Jonathan Cardoso Régis¹
Larrisa da Silva²

Recebido em: 07 ago. 2017
Aceito em: 13 ago. 2017

Resumo: O presente trabalho tem como tema as medidas socioeducativas, vistas as mesmas de maneira concisa, quais as formas de sucateamento que o sistema apresenta atualmente e como as mesmas influenciam de maneira direta para a reincidência e assim para a facilitação as organizações possuem para o recrutamento de jovens para essas grandes facções, potencializando assim, seu potencial ofensivo. Usando do método indutivo, através de legislações e doutrinadores do direito, encontra-se o problema: O sucateamento das medidas socioeducativas contribuem de maneira ativa para o recrutamento de crianças e adolescentes para o crime organizado? De que maneira a mesma é feita?

Palavras-chave: Máfia. Menores infratores. Reincidência. Recrutamento de facções.

CHILDREN AND TEENAGERS IN ORGANIZED CRIME: HOW TO SUCCESS THE SOCIO-EDUCATIONAL MEASURES CONTRIBUTE TO THE RECRUITMENT OF GREAT FACTIONS

Abstract: The present work has as its subject the socio-educational measures, seen in the same way in a concise way, what forms of scrapping the system currently presents and how they influence directly for the recidivism and thus for the facilitation the organizations have for the recruitment of young people to these large factions, thus enhancing their offensive potential. Using the inductive method, through legislation and legal scholars, is the problem: Does the scrapping of socio-educational measures actively contribute to the recruitment of children and teenagers into organized crime? In what way is it made?

Keywords: Mafia. Minor offenders. Recidivism. Recruitment of factions.

1 INTRODUÇÃO

Diante das dificuldades encontradas no sistema socioeducativo, e maior incidência de jovens no crime organizado, a dúvida se há relação entre a falta de estrutura no recebimento desses jovens no sistema, tem uma ligação direta para com esse crescimento. Tendo assim a problemática de: O

¹ Doutor em Ciência Jurídica (Univali). Doctor en Derecho (Univ. Alicante/ES). Mestre em Gestão de Políticas Públicas (Univali). Pós-graduado em Administração em Segurança Pública (Unisul. Especialista em Administração de Segurança Pública pela Unisul/PMSC. Bacharel em Direito pela Univali. Prof^o no Curso de Direito (Univali). E-mail: joniregis@univali.br.

² Acadêmica de Direito (Univali). E-mail: larrissa.arcs29@gmail.com.

sucateamento das medidas socioeducativas contribuem de maneira ativa para o recrutamento de crianças e adolescentes para o crime organizado? De que maneira a mesma é feita?

Tendo assim como alvo o contexto em que foram criadas as medidas socioeducativas, os locais de internação, a antiga FEBEM e atualmente conhecida como fundação casa, que fazem o acolhimento desses jovens, durante o tempo que passam internados em busca de uma efetiva melhoria.

Também dentro da referida reflexão, busca se a contextualização das organizações criminosas de maneira concisa, as quais possuem desde os primórdios a participação de jovens, mas que devido a popularização e crescimento desordenado dessas facções houve uma facilitação da entrada de jovens inexperientes e praticamente “descartáveis” devido ao seu grande número e de mão de obra mais barata que de um adulto, sendo mais fácil que o menor venha ser corrompido ainda ao longo do processo de construção e formação.

Por fim, tendo a efetiva conexão entre como esse sucateamento, as agressões sofridas, de certa maneira “empurram” para que esses jovens se aproximem cada vez mais dos líderes de facções, em busca de condições melhores de vida, as quais não são oferecidas pelo Estado, apesar de serem direitos básicos. Assim sendo, o fortalecimento das facções nas falhas do Estado.

Utilizando do método indutivo, busca dentro de seus capítulos demonstrar essa conexão e de que o fortalecimento da mesma continua aumentando gradativamente e que em pouco tempo se tornará um laço quase impossível de ser quebrado.

2 O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E O CRESCENTE

SUCATEAMENTO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS NO BRASIL

O Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990), traz em seu texto a proteção da criança e do adolescente e também as medidas a serem tomadas em casos de infrações cometidas por menores.

O ECA prevê em seu texto legal, que até 12 anos o jovem é considerado criança e então não sendo permitido a cumprimento da medida socioeducativa, respondendo por ele seus pais ou guardiões legais.

Posteriormente, dos 12 aos 18 anos, podendo ser estendido até 21 anos, em casos excepcionais previstos no artigo 101 do ECA, e nestes casos, é cabível as medidas socioeducativas previstas no artigo 112 do ECA, que tem como texto:

Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas: I – advertência; II – obrigação de reparar o dano; III – prestação de serviços à comunidade; IV – liberdade assistida; V – inserção em regime de semi-liberdade; VI – internação em estabelecimento educacional; VII – qualquer uma das

previstas no art. 101, I a VI.³

As medidas tem um local para serem cumpridas em casos considerados de maior gravidade, porém, esse local de internação encontra-se em péssimo estado de conservação e cada vez mais desviando-se de sua principal função, que seria a ressocialização desse menor infrator, o trazendo para sociedade e lhe dando a possibilidade de um novo recomeço.

Contudo, o sucateamento da mesma, traz problemas como a reincidência e a porta para crimes de maior potencial ofensivo, e esses são recrutados para grandes facções, tomando proporções maiores.

Essas medidas buscam que o menor tenha a devida proteção, assegurada pela constituição federal, mas ao mesmo tempo não os deixa totalmente intacto, da responsabilidade por seus atos, e dos pais ou guardiões legais que deveriam zelar por esses jovens infratores.

Em seu texto legal, o ECA, prevê a responsabilização dos pais e por consequência os guardiões legais da criança por alguns de seus atos. Dessa maneira esses responsáveis, além da obrigação moral para com essas crianças e adolescentes, se veem penalmente responsável por seus atos.

Porém, assim como todo o sistema de segurança nacional, esse sistema passa por um momento difícil. Não é estranho aos olhos da população notícias de problemas em casas de acolhimento para esses jovens, mas, a realidade vista de perto por quem trabalha nesses locais é bem pior.

Em 2017 houve uma rebelião em uma dessas casas em Pernambuco, onde um dos internados acabou morto e outros 32 fugiram da unidade de atendimento, e assim fez-se necessário que a secretaria nacional da criança e do adolescente se fizesse presente no acompanhamento da situação.⁴

Os números de jovens presentes nesse sistema são assustadores, ainda mais quando por pesquisas observa-se que em sua maioria, os casos encontrados nesses locais tem como razão a desigualdade social provinda de muitos anos atrás.

Segundo Rocha, havia no país 9.555 adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa de internação e internação provisória. Destes, 90% (noventa por cento) eram do sexo masculino; 76% (setenta e seis por cento) tinham idade entre 16 e 18 anos; 63% (sessenta e três por cento) não eram brancos e destes 97% (noventa e sete por cento) eram afrodescendentes; 51% (cinquenta e um por cento) não frequentavam a escola; 90% (noventa por cento) não concluíram o Ensino Fundamental; 49% (quarenta e nove por cento) não trabalhavam; 81% (oitenta e um por cento) viviam com a família quando praticaram o ato infracional; 12,7% (doze vírgula sete por cento) viviam em famílias que não possuíam renda mensal; 66% (sessenta e seis por cento) em famílias com renda mensal de até dois salários mínimos, e 85,6% (oitenta e cinco vírgula seis por cento) eram usuários de drogas.⁵

³ BRASIL. **Estatuto da Criança e do adolescente** - ECA Disponível em: acesso em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 06 jun. 2017

⁴ **Secretaria Nacional da Criança e do Adolescente acompanha situação do sistema socioeducativo de Pernambuco.** Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/noticias/2017/marco/secretaria-nacional-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente-acompanha-situacao-do-sistema-socioeducativo-de-pernambuco>>. Acesso em: 23 jun. 2017.

⁵ ROCHA, Enid. **Mapeamento nacional da situação das Unidades de execução da medida socioeducativa de**

Segundo pesquisas feitas em 2014, o número de instituições no país de acolhimento são 476, sendo elas masculinas 397, as femininas 36 e mistas 43. O Levantamento Anual SINASE 2014 apresenta 26.913 atos infracionais para 25.428 adolescentes em restrição e privação de liberdade em todo o país.

Pelos dados apresentados na pesquisa do SINASE, 44% (11.632) do total de atos infracionais em 2014 foram classificados como análogo a roubo, e 24% (6.350) foram registrados como análogo ao tráfico de drogas. O ato infracional análogo ao homicídio foi registrado em 9% (2.481). Pode-se verificar, que os Estados com maior concentração de atos infracionais são: São Paulo (10.211), Pernambuco (1.892), Minas Gerais (1.853), Rio de Janeiro (1.655), Rio Grande do Sul (1.192) e o Distrito Federal (1.084).

As pesquisas trazem uma realidade alarmante à população, que cada vez mais acostuma-se com a realidade de jovens no crime, o que não deveria ocorrer.

A população se esquece que se tratam de seres humanos que penas como a de morte ou a diminuição da maioridade penal, além de não resolver o problema, trás consigo o aprisionamento de crianças e adolescentes, esquecendo a finalidade da pena e apenas visando a vingança.

3 ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS COM PARTICIPAÇÃO DE CRIANÇAS

Já se tornou comum falar-se de crianças dentro das organizações criminosas, e de como as mesmas são utilizadas para sinalização da chegada da polícia em favelas, ou até mesmo como “mulas” para entrega de drogas, são diversos os relatos da existência de tais comportamentos nas organizações no mundo todo.

Apesar do crime organizado ter se tornado menos rentável nos últimos anos devido a diversos fatores como a violência, se tornou pouco rentável até mesmo para os gerentes do tráfico, não afetando apenas os jovens que trabalham na rua.

Durante um estudo apresentado por Maria Lemle:

A crise do mercado de varejo deve-se, em parte, ao fato de que compradores de classe média deixaram de ir às favelas por causa da violência dos próprios traficantes e da polícia. Outra razão seria o ingresso no mercado de drogas sintéticas, especialmente o ecstasy, que seriam importadas e chegariam aos consumidores sem passar pelas favelas.⁶

Apesar do país apresentar uma crise econômica a mesma não atingiu as organizações criminosas, hoje o atrativo para jovens muitas vezes é através do sexo, e pela sensação de poder, por andar com uma arma na mão, porém apesar do foco da droga ter mudado para quantidade e não para

privação de liberdade ao adolescente em conflito com a lei. Brasília, IPEA/DCA-MJ, 2002. Mimeografado.

⁶ LEMLE, Maria. **Jovens do tráfico: a vida por um fuzil e suas Marias.** Disponível em:

<http://www.vermelho.org.br/noticia_print.php?id_noticia=125182&id_secao=10>. Acesso em: 26 maio 2017.

a qualidade da mesma, ainda assim, o tráfico é um atrativo grande para os jovens.

Apesar do crescimento das organizações criminosas nos últimos anos, e de ser uma das “empresas” mais organizadas no mundo, até mesmo as empresas tem uma história e problemas econômicos, como a queda da venda de drogas mais caras como a cocaína, sendo obrigados a vender o crack que é mais convencional a realidade de comunidades mais pobres, mas que é uma droga mais barata com relação as outras.

As organizações criminosas existem desde os primórdios das civilizações, tendo como um marco, as máfias italianas, no século XVI, por pessoas menos favorecidas e moradores de localidades rurais, que lutavam contra a arbitrariedade dos poderosos e do Estado. Uma das primeiras organizações criminosas foi a “Tríades”, que surgiu no século I, no ano de 1644, com a finalidade de expulsar invasores no império Ming. Em 1842 foi incentivado por alguns membros que camponeses cultivassem a papoula, e explorar o ópio (droga muito utilizada como anestésico, mas com o uso repetido causa dependência, e que causou problemas graves nessa época), um século após sua exploração foi proibido, e assim iniciou o mercado ilícito da heroína.

Diante do exposto Fernandes e Fernandes esclarecem que, nos dias atuais, as Tríades “estão inteiramente voltadas ao comércio ilícito de drogas e para a exploração de lenocínio [...], suas ramificações atingem vários países”.⁷

Vale ressaltar que em todas as organizações criminosas, crianças fizeram parte, seja, no plantio ou na finalização e comercialização da droga, mas antes a estrutura das máfias eram mais restritas como por exemplo na época dos mafiosos italianos

Para o possível ingresso na organização mafiosa, seria necessário que o candidato passasse por uma espécie de inicialização, mediante “provas”, de sorte a analisar sua aptidão para adentrar no grupo, que eram avaliados e decididos por outros membros desse mesmo grupo.⁸

Essa “iniciação”, consistia em um ritual em que diante da padroeira da organização Santa Annuziata, no mesmo era feita uma incisão.

[...] através de espinho de um pé de laranjeira, ou alfinete de ouro, se o agente fosse de família rica –, até vertar sangue, que representava que o agente da máfia se retiraria da organização do mesmo modo que entrou, ou seja, com sangue. A finalização da cerimônia era juramento de lealdade eterna, transferindo a imagem da padroeira, antes passada pelo fogo, de uma mão para outra.⁹

Atualmente houve uma popularização das organizações criminosas, elas tornaram-se fáceis de se integrar e assim possuir um número maior de seguidores. Ocorre com mulheres e crianças, que cada vez mais tem sua realidade ligada a essas facções, seja por seus parceiros, familiares ou apenas

⁷ FERNANDES Newton; FERNANDES Valter. **Criminologia integrada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 434.

⁸ SEQUEIRA, Carlos Antônio Guimarães de. **Crimine organizado**: aspectos nacionais e internacionais. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.º 16, 1996, p.270.

⁹ SEQUEIRA, Carlos Antônio Guimarães de. **Crimine organizado**: aspectos nacionais e internacionais, p. 272

pelo meio econômico cada vez mais atrativo.

4 INSTITUIÇÕES DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS: SUCATEAMENTO E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA O RECRUTAMENTO DO MENOR INFRATOR

Assim como no sistema carcerário atual, o sistema socioeducativo também é descrito como no limite por especialistas. O ECA uma das características “levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos” familiares e comunitários, o que na prática não tem ocorrido de acordo com pesquisas.

Ressalta se a falta de estrutura, o quanto a mesma se tornou um caminho livre e atrativo o caminho do crime, pós passagem por esses locais. Documentários antigos como FEBEM, O início do fim, de Rita Moreira (1990) e Menores Infratores de Amanda Belém (2016), já mostram uma realidade assustadora dessas instituições, porém, os mesmos não só não foram ouvidos como apenas decaíram ainda mais nos últimos anos. As políticas públicas visam apenas medidas que obtenham resultado em 4 anos, e visando apenas os votos de uma maioria, assim deixando essas crianças que não tem voz, encarcerados em locais inadequados.

A Fundação casa, antiga Febem, já foi tema de diversas discussões e documentários, entre eles o publicado por Amanda Belém em 25 de novembro de 2016¹⁰. Dentre as entrevistas do documentário, Alexandre Maciel¹¹ que em seu discurso trás fatores como a superlotação nessas instituições, o perfil desse menor, e como esses menores possuem seu primeiro contato com o crime.

Durante sua estadia em instituições, esses jovens têm contato com violência de todos os tipos, e acabam por aprender e ter mais acesso a organizações criminosas. Como citado anteriormente a popularização das organizações criminosas facilitaram a entrada desses jovens, mas a necessidade destes, frente a constante falta do estado diante das necessidades básicas desses jovens, como educação e saúde, contribuem de maneira direta para que ocorra esse recrutamento eficaz por parte do crime organizado.

Em sua matéria a revista Época, trouxe uma entrevista que trata sobre essa conexão de jovens no crime organizado em favelas do Rio de Janeiro, como a Cidade de Deus, hoje ocupada por UPP- Unidade da polícia pacificadora. Segundo as mesmas, cada vez mais é comum encontrar crianças de 11 e 12 anos portando armas, e trabalhando para o tráfico.

Até 24 de novembro, eles haviam ouvido 1.501 adolescentes. Nessas audiências, liberaram 566 deles (38%) e mandaram 935 (62%) para as unidades de internação. Embora esse universo exclua as crianças de até 11 anos e menos de 20% dos menores tenham sido detidos por suspeita de envolvimento com o tráfico, os dados corroboram as evidências de que o crime organizado está cooptando cada vez mais crianças. No total, 30% dos capturados

¹⁰ BELÉM, Amanda. **Menores Infratores**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=JIRGpHSWpBA>> Acesso em: 08 jul. 2017.

¹¹ BELÉM, Amanda. **Menores Infratores**

tenham de 12 a 15 anos. Como as audiências começaram em junho, não há estatística anterior para que possa ser feita uma comparação.¹²

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) em um relatório publicado trouxe em suas 245 páginas sua profunda preocupação com menores expostos ao total desrespeito a seus direitos e que “sofrem situações de violência, abuso e negligência em suas casas, comunidades e escolas, por parte de adultos, seus colegas e, inclusive, da polícia”.¹³ E ainda em seu documento é citado que as mesmas “são utilizadas e exploradas pelos adultos para uma ampla gama de ações dentro de estruturas criminais que funcionam com ameaças e violência”, sendo assim, vulneráveis por sua fragilidade, não sendo difícil traçar um perfil de quais crianças tem maior incidência nessas instituições e posteriormente ao crime organizado.

Entrevistadas, muitas crianças apenas queriam seus pais, irmãos, e familiares, muitos contavam que seus pais não tinham tempo devido a carga horária de serviço, o encarceramento desses jovens, não só trás um dano psicológico gigantesco ao jovem como aos pais¹⁴, criando assim uma geração sem escolhas que acaba tendo o crime único caminho e não atendendo a função estabelecida pelo ECA.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, se restaram confirmados os problemas apresentados na Introdução e de maneira concisa explanados os motivos pelos quais existe essa conexão direta e cada vez mais fortalecida entre jovens cumprindo medidas socioeducativa e grandes facções.

Durante a pesquisa para o presente reflexão, a desigualdade social se fez presente todo o tempo, demonstrado por pesquisas e perfis apresentados em documentários por especialistas que reafirmam não só a realidade do sistema socioeducativo como também do sistema prisional brasileiro, que inúmeras vezes recebe posteriormente, um adulto que foi parte de medidas socioeducativas mas que por sua falta de eficácia não conseguiu alcançar sua finalidade e fazer a retirada do antes jovem do mundo do crime.

Assim, diante das dificuldades encontradas por esses jovens dentro de casa, posteriormente agravadas pela violência sofrida dentro dessas instituições, só faz com que as facções nem precisem tentar o recrutamento, esses jovens se oferecem voluntariamente em busca de melhorias. Como dizer a uma criança que é errado o que ela está fazendo, se a mesma vê dentro da sua realidade todos seus

¹² CORRÊA, Hudson. **Traficantes cariocas recrutam e armam crianças cada vez mais novas para o crime.**

Disponível em: <<http://epoca.globo.com/brasil/noticia/2017/01/traficantes-cariocas-recrutam-e-armam-criancas-cada-vez-mais-novas-para-o-crime.html>> Acesso em: 08 jul. 2017.

¹³ **CIDH afirma que menores ligados ao crime organizado são 'vítimas'**. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2016/04/cidh-afirma-que-menores-ligados-ao-crime-organizado-sao-vitimas-5755919.html>>. Acesso em: 08 jul. 2017.

¹⁴ MOREIRA, Rita. **FEBEM - O início do fim.** <<https://www.youtube.com/watch?v=yM1jLCVIGI&t=331s>> acesso em 09 de Julho de 2017.

direitos violados o tempo todo? Que escolha essa criança vai ter?

A realidade muitas vezes ignoradas pela sociedade trás consigo reflexos, e se a mesma sociedade prefere esconder “de baixo do tapete” o que há de errado, acrescidos todos esse anos de negligencia, fizeram o crescimento desordenado se tornar um problema que a cada dia se torna mais difícil de resolver.

E que o simples encarceramento dessas crianças não só não trás melhoria nenhuma, como prepara o mesmo para se tornar um maior potencial ofensivo, aumentar sua raiva, e por consequência, trazendo uma nova geração de criminosos, dez vezes com mais experiência no mundo do crime.

“Acho que nem passarinho gosta de ficar atrás das grades, liberdade é maravilhoso, liberdade não tem preço”, foi a frase utilizada por uma criança na FEBEM em 1990, o ECA tem a intenção de promover essa liberdade, mas o estado atual das instituições fazem o sonho de muitas crianças ser cada vez mais, impossível.

6 REFERÊNCIAS

BELÉM, Amanda. **Menores Infratores**. Disponível em:

<<https://www.youtube.com/watch?v=JIRGpHSWpBA>> Acesso em: 08 jul. 2017.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do adolescente** - ECA Disponível em: acesso em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 06 jun. 2017.

CIDH afirma que menores ligados ao crime organizado são 'vítimas'. Disponível em:

<<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2016/04/cidh-afirma-que-menores-ligados-ao-crime-organizado-sao-vitimas-5755919.html>>. Acesso em: 08 jul. 2017.

CORRÊA, Hudson. **Traficantes cariocas recrutam e armam crianças cada vez mais novas para o crime**. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/brasil/noticia/2017/01/traficantes-cariocas-recrutam-e-armam-criancas-cada-vez-mais-novas-para-o-crime.html>> Acesso em: 08 jul. 2017.

FERNANDES, Newton. FERNANDES Valter. **Criminologia integrada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

LEMLE, Maria. **Jovens do tráfico: a vida por um fuzil e suas Marias**. Disponível em:

<http://www.vermelho.org.br/noticia_print.php?id_noticia=125182&id_secao=10>. Acesso em: 26 maio 2017.

MOREIRA, Rita. **FEBEM** - O início do fim.

<<https://www.youtube.com/watch?v=yM1jLCVIgI&t=331s>> acesso em 09 de Julho de 2017.

ROCHA, Enid. **Mapeamento nacional da situação das Unidades de execução da medida socioeducativa de privação de liberdade ao adolescente em conflito com a lei**. Brasília, IPEA/DCA-MJ, 2002. Mimeografado.

SEQUEIRA, Carlos Antônio Guimarães de. **Crimine organizado: aspectos nacionais e internacionais**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, 1996.

Secretaria Nacional da Criança e do Adolescente acompanha situação do sistema socioeducativo de Pernambuco. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/noticias/2017/marco/secretaria-nacional-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente-acompanha-situacao-do-sistema-socioeducativo-de-pernambuco>>. Acesso em: 23 jun. 2017.

Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo SINASE. Disponível em: <<http://www.conselhodacrianca.al.gov.br/sala-de-imprensa/publicacoes/sinase.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2017.

Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo SINASE. Presidência da República / Secretaria Especial dos Direitos Humanos. 2006.

A BUSCA PELA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS POR MEIO DA PRESTAÇÃO DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL E GRATUITA POR MUNICÍPIOS

Ana Carolina Couto Matheus¹

Recebido em: 09 ago. 2017

Aceito em: 13 ago. 2017

Resumo: O objeto da pesquisa é examinar a possibilidade de prestação jurídica integral e gratuita pelos Municípios no ordenamento jurídico brasileiro. Objetivo geral é analisar dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, notadamente os que garantem ao cidadão o acesso à justiça. Objetivos específicos: enfatizar o dever do Município em concretizar direitos fundamentais; destacar entraves da assistência jurídica brasileira que impedem prestar o serviço; demonstrar que a interpretação que mais se coaduna à Constituição é a que possibilita ao ente municipal prestar o serviço, garantindo acesso dos munícipes à justiça. Será utilizado método dedutivo, fonte bibliográfica, técnicas do referente, categoria, fichamento e conceito operacional.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Assistência jurídica. Direitos fundamentais. Município. Competência.

THE SEARCH FOR THE EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS THROUGH THE PROVISION OF INTEGRAL AND FREE LEGAL ASSISTANCE BY MUNICIPALITIES

Abstract: The objective of research is to examine the possibility of full and free legal provision by Municipalities in the Brazilian legal system. General objective is to analyze constitutional and infraconstitutional devices, especially those that guarantee citizen access to justice. Specific objectives: emphasize the duty of Municipality to realize fundamental rights; highlight obstacles of Brazilian legal assistance that prevent service delivery; demonstrate the interpretation that most closely matches Constitution is the one that enables municipal entity to provide the service, guaranteeing access of citizens to justice. Deductive method will be used, bibliographic source, techniques of referent, category, filing and operational concept.

Keywords: Access to justice. Legal assistance. Fundamental rights. County. Competence.

1 INTRODUÇÃO

O propósito do presente trabalho de pesquisa é analisar, de forma crítica, os argumentos a favor e contra a prestação de assistência jurídica gratuita por entes municipais, à luz do princípio da máxima

¹ Doutoranda em Ciência Jurídica pela UNIVALI - SC. Mestre em Direito Processual pela UNIPAR - PR. Especialista em Direito Tributário pela UnP - RN. Pós-graduada em Direito Constitucional pela UVB - PR. Bacharel em Direito pela TOLEDO - SP. Professora Adjunta nível 2 do Curso de Graduação em Direito da UFAC. Advogada. Consultora jurídica. Orientadora. Conferencista. Autora de diversas obras jurídicas. Pesquisadora. carolcoutomatheus@hotmail.com.

efetividade e do direito de acesso à justiça, assumindo-se o posicionamento mais harmônico e condizente com a atual ordem constitucional.

A escolha do tema justifica-se em razão do princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, condizente com as diretrizes estabelecidas pela Constituição da República de 1988, principalmente no que tange às normas que dispõem sobre o acesso à justiça.

O homem como ser social encontra-se em constantes conflitos e, na maioria das vezes, é necessária intervenção de uma força maior e imparcial para a solução de tais desavenças, ou seja, a atuação do Estado na figura do Poder Judiciário. Entretanto, nem todas as pessoas possuem capacidade econômica e saber jurídico suficiente para intentar perante a Justiça, com fins de alcançarem seus objetivos. No cerne desta questão surgiu a assistência jurídica gratuita, num primeiro momento vinculada ao aspecto judiciário, visando amparar hipossuficientes e auxiliá-los na busca de uma solução efetiva para seus conflitos.

O inciso LXXIV, do artigo 5º da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 (CRFB) prescreve que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, consagrando o caráter de garantia constitucional ao que fora ali previsto. Conforme o disposto no artigo 134 da CRFB a Defensoria Pública brasileira é responsável pela prestação da assistência jurídica. Porém, a Carta Magna não estabeleceu competência aos Municípios para a instituição da Defensoria Pública.

Dentre as inúmeras questões envolvendo a prestação da assistência jurídica no Brasil, o marco de referência objeto de estudo da pesquisa em epígrafe privilegia a temática da competência do ente municipal para a prestação daquele serviço, assunto que, nos últimos anos, vem tomando assento em discussões doutrinárias e jurisprudenciais, tendo em vista os diversos preceitos constitucionais que envolvem a matéria.

Nesse contexto urge aprofundar os debates sobre este importante assunto em tela, com o objetivo principal de analisar dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, notadamente os que garantem ao cidadão o acesso à justiça, no sentido de estudar a possibilidade dos Municípios brasileiros instituírem serviços de assistência jurídica integral e gratuita, de acordo com as regras de competência legislativa, fixadas no texto constitucional, bem como com os direitos fundamentais da pessoa humana.

Representam objetivos específicos do trabalho em testilha: enfatizar o dever do Município em concretizar direitos fundamentais; destacar entraves da assistência jurídica brasileira que impedem prestar o serviço; demonstrar que a interpretação que mais se coaduna à Constituição é a que possibilita ao ente municipal prestar o serviço, garantindo acesso dos munícipes à justiça.

As questões centrais da pesquisa em tela são: Qual a diferença entre justiça gratuita, assistência judiciária e assistência jurídica? É possível a prestação de assistência jurídica integral e gratuita pelos Municípios? O que se deve entender por acesso à justiça e a perspectiva da máxima efetividade dos

direitos fundamentais? Quais os principais obstáculos que dificultam a prestação integral do direito em comento? Quais os aportes teóricos e dispositivos constitucionais que versam sobre competência legislativa e direitos fundamentais?

Para tanto a pesquisa em epígrafe foi organizada em três partes. A primeira parte aborda a evolução do serviço de assistência jurídica integral e gratuita mundial e no Brasil, seu contexto histórico, a amplitude de sua expressão, bem como a diferença básica entre justiça gratuita, assistência judiciária e assistência jurídica. A segunda parte do trabalho versa sobre o direito de acesso à justiça, tratado especialmente sob a ótica das ondas renovatórias constatadas por Cappelletti e Garth, a interpretação dos preceitos que tratam do tema sob a perspectiva da máxima efetividade dos direitos fundamentais, e os principais obstáculos que dificultam a prestação integral do direito em comento.

A terceira e última parte do trabalho estuda a possibilidade de prestação de assistência jurídica integral e gratuita pelos Municípios, a partir da análise dos dispositivos constitucionais que versam sobre competência legislativa, bem como daqueles que envolvem direitos fundamentais.

Em relação às opções metodológicas e recortes epistemológicos, fonte bibliográfica, as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e do fichamento. Trata-se de um trabalho eminentemente bibliográfico, com fulcro em estudos explanatórios, que serão utilizados para investigar alguns temas com base em novas perspectivas e ampliar os estudos já existentes.

A pesquisa utiliza o método de abordagem dedutivo, que se utiliza de um raciocínio de uma premissa maior para obter conclusões de aspectos mais individualizados. O Município, tendo sido elevado à categoria de ente federativo, possui a responsabilidade de concretizar os direitos fundamentais, portanto, a ele também foi dada competência para prestar assistência jurídica integral e gratuita àqueles que dela necessitarem.

2 CONSIDERAÇÕES RELATIVAS À ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA

Para um estudo aprofundado acerca do instituto da assistência jurídica é necessário tecer algumas considerações relativas ao surgimento da assistência jurídica no contexto mundial, eis que diversas características que o referido serviço possuía no passado ainda persistem até os dias atuais, bem como a apuração de seus primeiros aspectos pode ser utilizada para dirimir os obstáculos que a maculam atualmente.

Segundo Marcacini (2001, p. 05) na Idade Antiga, especificamente no Código de Hamurabi já existia vestígios deste instituto, sob o aspecto de caridade que imbuía as primeiras manifestações vinculadas à assistência jurídica. A terminologia “assistência jurídica” surgiu no século XIX, na França. Em um primeiro momento o instituto estava vinculado à Igreja Católica, sendo tratado como verdadeiro dever de caridade, devido aos ideais éticos do cristianismo, relacionados à proteção dos mais fracos.

Em Roma atribuiu-se a Constantino a iniciativa legislativa que visava a assegurar a figura de um advogado a quem não o possuía. Após tal iniciativa, a medida foi incorporada aos códigos justinianos. A legislação de Justiniano dispôs que seria dado advogado a quem não o tivesse e àquelas pessoas que, por certas causas, ou por excessiva influência de seus adversários não encontrassem um patrono para dirimir seus conflitos.

Em meados do século XIII, na França, Yves de Kermartin, na função de julgador, protegia os pobres, os órfãos, as viúvas e todos os desassistidos, oferecia seus emolumentos e honorários aos depauperados, buscando efetivar a paz e concordância entre os litigantes. Tal feito rendeu-lhe o título de “advogado dos pobres” e o dia do Defensor Público no Brasil é a data de seu falecimento, 19 de maio.

A prestação do serviço de assistência jurídica foi sendo atribuída à classe dos advogados, considerando o exercício exclusivo da atribuição jurídica e dever de prestar solidariedade aos hipossuficientes, advogando gratuitamente em favor dos humildes, eis o caráter de dever de caridade que era inerente à prestação assistencial naquela época. O instituto não era tratado como dever do Estado, nem era objeto de políticas públicas, ao contrário, era um serviço que o Estado se desincumbia, transferindo toda a responsabilidade para entes privados.

Após a Revolução Francesa de 1789, o Decreto da Constituinte de 16 de julho de 1790 permitiu que qualquer cidadão realizasse sua defesa em processos judiciais, por escrito ou oralmente. Entretanto, verificou-se que a mera positivação do direito de acesso à justiça não era suficiente para alcançar os anseios de igualdade substancial, surgindo a necessidade de criação de instituições especializadas na concessão desse serviço, tendo em vista que os advogados particulares que atuavam na defesa dos pobres já se encontravam muito atarefados para a prestação assistencial de maneira integral.

Nas décadas de 70 e 80 do século passado, acompanhando a necessidade de especialização da assistência jurídica gratuita, iniciou-se uma série de movimentos mundiais sobre a questão, nos quais a temática atingia seu apogeu com o Movimento Mundial de Acesso à Justiça e seu caráter tridimensional.

Uma primeira dimensão reflete o problema, necessidade ou exigência social que induz à criação de um instituto jurídico; a segunda dimensão reflete a resposta ou solução jurídica, por sinal uma resposta que, além das normas, inclui as instituições e processos destinados a tratar daquela necessidade; enfim uma terceira dimensão encara os resultados, ou o impacto, dessa resposta jurídica sobre a necessidade, problema ou exigência social. O papel da ciência jurídica, aliás, o papel dos operadores do direito em geral, torna-se assim mais complexo, porém, igualmente muito mais fascinante e realístico (MEDEIROS, 2013, p. 51).

Em 1968, o advogado norte-americano Peter Messitte, imbuído do espírito revolucionário que os movimentos surgidos lhe propiciam, destacou a exemplaridade e o pioneirismo do modelo brasileiro em comparação com outros modelos vigentes no mundo, especialmente o vigente nos Estados Unidos, publicando estudo que destacou a admirável história da assistência judiciária no

Brasil. “Basta comparar a lei brasileira sobre assistência judiciária com a lei norte-americana sobre o assunto para ver como a lei brasileira é adiantada” (CAPPELLETTI, 1998, p. 97).

Proliferaram estudos para analisar o fenômeno que tomara proporções internacionais. Em 1970 o “Projeto Florença”, coordenado por Mauro Cappelletti serviu como parâmetro para outros estudos até os dias atuais. Envolveu inúmeros profissionais de diversas áreas, objetivando o estudo da temática do acesso à justiça que, embora produzido em uma realidade distinta da qual é vivenciada atualmente, trouxe importantes ideais de inclusão social e superação das barreiras e obstáculos que tendem a afastar grande parte da população ao acesso ao Direito e a uma ordem jurídica justa.

O Brasil se encontra ainda buscando um modelo ideal de efetivação da assistência jurídica gratuita, sobretudo quando a população hipossuficiente cresce cada vez mais e as instituições encarregadas sofrem as consequências derivadas de tal crescimento. Superada a breve retrospectiva histórica sobre o assunto, para melhor entendimento desse serviço ao longo dos anos, é preciso uma análise simples, mas bastante significativa da assistência jurídica gratuita sob o enfoque histórico brasileiro.

No Brasil o desenvolvimento da assistência jurídica gratuita e integral demonstrou seus primeiros aspectos em 1603, nas Ordenações Filipinas, assim como praticamente todos os institutos processuais existentes. Contudo não resguardaram direitos aos pobres, apenas trouxeram disposições vinculadas ao direito português, que conferiam diversas garantias à população economicamente desfavorecida. Como a “previsão de isenção de pagamento das custas processuais para os réus criminais pobres e o exercício gratuito da advocacia para aqueles que solicitassem o serviço de advogado, porém não pudesse pagar por sua prestação” (MEDEIROS, 2013, p. 51).

Após 1840 surgiram as primeiras legislações brasileiras acerca da matéria, embora ainda de maneira tímida e prematura. O Código de Processo Criminal do Império de 1842 isentou por lei o réu de certas taxas no processo civil, porém referido diploma legal não era suficiente para garantir o efetivo acesso dos pobres à justiça. Em 1870 o jurista Joaquim Aurélio Barreto Nabuco de Araújo, Presidente do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, antigo Ministro da Justiça, formulou propostas concretas para dar efetividade à promessa de assistência jurídica aos pobres, criando, assim, um conselho para prestar assistência judiciária aos indigentes nas causas cíveis e criminais, dando consultas e encarregando a defesa dos seus direitos a algum membro do Conselho ou do Instituto, criando os “serviços jurídicos” (MEDEIROS, 2013, p. 51).

Em 1880 surgiu o “advogado dos pobres”, remunerado pelo erário da Câmara Municipal da Corte e incumbido, legalmente, da defesa de réus indigentes em processos penais, figura extinta em 1884. Foi com o Decreto Federal n. 2.457, de 8 de fevereiro de 1897, que a assistência jurídica recebeu tratamento próprio e autônomo por parte do ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que organizou a assistência judiciária, definindo, ainda, o conceito de pobre como toda pessoa que, tendo direitos a fazer valer, em juízo, estiver impossibilitada de pagar ou adiantar as custas e despesas do processo

sem privar-se de recursos pecuniários indispensáveis para as necessidades ordinárias da própria manutenção da família.

O Decreto n. 19.408, de 18 de novembro de 1930 criou a Ordem dos Advogados Brasileiros e por meio de seu regulamento, o patrocínio gratuito de causas por advogados deixou de ser uma recomendação para ser um dever do advogado, sob pena de multa. Quanto ao caráter de garantia individual, a assistência jurídica foi prevista constitucionalmente no artigo 113, § 32º da Carta de 1934 que permitiu à legislação supletiva dos Estados no tocante à assistência judiciária.

No contexto de constitucionalização da matéria, em 1935, o Estado de São Paulo criou o primeiro serviço estadual de assistência judiciária, composto por advogados assalariados pelo Estado, em que pese tenha abandonado tal sistema decorrido algum tempo, adotando posteriormente o modelo de terceirização dos serviços, utilizando-se de advogados privados. A Constituição de 1937 nada previu acerca da matéria, posteriormente excluída pela Constituição do Estado Novo, “em que pese a omissão constitucional no período da Ditadura Vargas, a assistência jurídica foi mantida como norma infraconstitucional no Código de Processo Civil de 1939, no Código de Processo Penal de 1941 e na Consolidação das Leis do Trabalho, em 1943” (ALVES, 2006, p. 244).

Em 1946 a norma retornou ao seu *status* constitucional, no § 35º do artigo 141 da Constituição de 1946, voltando a reconhecer que os carentes necessitavam de uma proteção jurídica independente e gratuita. Em 1950, a Lei n. 1.060, ainda em vigor, estabeleceu normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados, dispôs sobre o procedimento de acesso a este serviço e às isenções a ele aplicáveis, no artigo 2º fixou o conceito de “necessitado” como “todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio e da família”. Para Marcacini (2001, p. 95) foi a lei que melhor regulou o benefício da assistência gratuita até hoje. O artigo 150, § 32º da Constituição de 1967 tratou do tema ao afirmar que “será concedida assistência judiciária aos necessitados”.

O inciso LXXIV, do artigo 5º da Constituição da República Federativa (CRFB), promulgada em 1988, tratou do tema ao dispor que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Não bastava tratar da assistência judiciária como direito e garantia individual e coletiva, mas, sim, necessário também que se reconhecessem o caráter de essencialidade à justiça e a estrutura de instituição pública, esclarecendo a quem competia fornecê-la. Desta forma, o artigo 134 dispôs que “a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”.

A CRFB além de se ocupar extremamente com questões sociais, diferenciou-se das demais Cartas por ser a primeira a instituir a Defensoria Pública como órgão integrante do Poder Público, ao lado do Ministério Público e da Advocacia, incumbindo a ela a prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos hipossuficientes, elencada entre os direitos fundamentais, dando-lhes o caráter

de instituição essencial à função jurisdicional.

Em 1994, a Lei Complementar n. 80 organizou a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal, além de prescrever normas gerais para a sua organização nos Estados. Após a publicação da mencionada lei, vários Estados começaram a dispor sobre a Defensoria Pública.

Em 2004, a Emenda Constitucional n. 45 trouxe uma importante inovação, fortalecedora da instituição, inserindo no § 2º do artigo 134, que concedeu às Defensorias Públicas Estaduais autonomia funcional, administrativa e financeira, renumerando o antigo parágrafo único para § 1º, dispondo que “às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no artigo 99, § 2º”. Tal fortalecimento se refere aos servidores e membros desse indispensável órgão e ao segmento da sociedade que dele necessita, uma vez que a aludida instituição passou a usufruir de uma maior estrutura para prestar seus serviços aos hipossuficientes.

“Avanço inigualável e inédito no sistema constitucional brasileiro, e sem paralelo no direito comparado, a Democracia Brasileira atinge o que talvez seja o ápice de amadurecimento e expansão, com a concessão às Defensorias Públicas Estaduais” (CUNHA JR., 2013, p. 1149).

Em 2013 foi promulgada a Emenda Constitucional n. 74 que estendeu as autonomias administrativas, funcional e iniciativa de proposta orçamentária à Defensoria Pública da União e do Distrito Federal. A concessão de autonomia às Defensorias Públicas conferiu aumento de credibilidade do órgão perante os cidadãos, que passaram a possuir maior confiança em buscar orientação em uma instituição autônoma, não subordinada ao Poder Público e livre de pressões políticas. A assistência jurídica ainda enfrenta muitos entraves à sua efetivação, nem sempre lhe é dado o real significado que possui, uma vez que é tida como sinônimo de outros institutos também de cunho assistencial.

É necessário distinguir: justiça gratuita, assistência judiciária e assistência jurídica. Justiça gratuita consiste na dispensa de antecipação das despesas do processo, bem como na ausência de exigibilidade das verbas derivadas de uma possível sucumbência. Tal isenção de pagamento mais se coaduna com uma imunidade e se mostra muito mais restrita do que a assistência judiciária. Quanto à extensão da justiça gratuita, o artigo 3º da Lei n. 1.060/1950 estatui um rol não taxativo das isenções abrangidas pelo deferimento do instituto.

Assistência judiciária envolve o patrocínio gratuito da causa por advogado, é “um serviço público organizado, consistente na defesa em juízo do assistido, que deve ser oferecido pelo Estado, mas que pode ser desempenhado por entidades não-estatais, conveniadas ou não com o Poder Público” (MARCACINI, 2001, p. 31). A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família, nos termos

do disposto na Lei n. 1.060/1950.

A diferença básica entre justiça gratuita e assistência judiciária é que, enquanto a primeira é obtida perante órgão jurisdicional que promete a prestação jurisdicional, a segunda é disciplinada por normas processuais de organização judiciária. O benefício da justiça gratuita é mais restrito do que a assistência judiciária, uma vez que compreende apenas a gratuidade das custas judiciais e dos honorários sucumbenciais derivados da prestação jurisdicional.

Quanto ao termo “assistência jurídica gratuita” engloba tanto a assistência judiciária quanto a extrajudicial, sendo muito mais abrangente. Nesse sentido, a assistência jurídica também envolve serviços jurídicos não relacionados ao processo em si, no tocante a orientações individuais, esclarecimentos de dúvidas e outras atividades sem pertinência ao âmbito processual. Abrange a orientação e a consultoria jurídicas, inclusive de caráter preventivo, e orientações extrajudiciais, quando necessário, também garante à população a possibilidade de acesso aos meios alternativos de solução de conflitos, mais céleres e eficazes frente à morosidade do Poder Judiciário.

Assistência jurídica consiste na instauração e movimentação de processos administrativos, perante quaisquer órgãos públicos, em todos os níveis, atos de quaisquer naturezas jurídicas, praticados extrajudicialmente, bem como a prestação de serviços de consultoria, de informação e aconselhamento em assuntos jurídicos, tanto para indivíduos como para a coletividade.

Quanto ao significado e abrangência do serviço e direito de assistência jurídica integral e gratuita se revela como mais uma esfera competente para defender, individual e coletivamente, em sede judicial e extrajudicial, os direitos e garantias dos quais a parcela da população pobre se encontra alijada, exigindo do Estado a atuação positiva na efetivação dos direitos fundamentais sonogados.

Segundo Krohling (2009, p. 158) os vários passos da cidadania ativa estão na consciência política, no exercício dos seus direitos, na luta pela conquista dos direitos que lhe são negados no dia a dia. O acesso à justiça pressupõe o conhecimento, por parte do cidadão, de seus direitos. “Sem a existência de instituições que possam ser consultadas pela população, sempre que houver dúvidas jurídicas sobre determinadas situações de fato, a possibilidade de plena efetividade do direito se torna reduzido” (MEDEIROS, 2013, p. 72).

O serviço de assistência jurídica gratuita sendo tratado como direito, e não caridade, é matéria recente no ordenamento jurídico mundial após a segunda guerra, quando houve a consolidação mais efetiva dos direitos de segunda dimensão ou direitos sociais. Apesar de ser tratado como um serviço, a assistência jurídica gratuita deve ser vista, indiscutivelmente, como um direito fundamental e, por consequência, deve estar imbuída de toda a representatividade e importância inerente a tal categoria, sobretudo quando analisado no contexto da formação do Estado de Direito, uma vez que, além da íntima vinculação entre os direitos fundamentais constituem elementos nucleares da vigente Constituição.

A população hipossuficiente não é mera destinatária, mas sim titular do referido direito. Desta

forma, o serviço de assistência jurídica gratuita e integral visa à efetivação do acesso à justiça, consagrado constitucionalmente, e que busca, precipuamente, a isonomia substancial, cujo caráter fundamental será destacado no capítulo que se segue.

3 O ACESSO À JUSTIÇA E A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O direito de acesso à justiça pode ser entendido em sentido estrito, o de acesso ao Judiciário, quanto em sentido amplo, o de acesso ao Direito. Para Mattos (2007, p. 140) o acesso à justiça viabiliza o acesso a uma ordem jurídica justa, que abrange o direito à informação, o direito a adequação entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômica do país, o direito ao acesso a uma justiça adequadamente organizada e o direito à pré-ordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a objetiva tutela dos direitos e o direito à remoção dos obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo a uma justiça.

Acesso à justiça é garantia constitucional inserida no rol de direitos e garantias fundamentais. A inafastabilidade do acesso à tutela integral e gratuita (CRFB, artigo 5º, inciso XXXV) e o direito à assistência jurídica integral e gratuita (CRFB, artigo 5º, inciso LXXIV). Cabe ao Estado, no exercício da atividade legislativa e ao Judiciário, no exercício da atividade jurisdicional, propiciar meios para que esse direito seja assegurado, em todos os momentos, e não somente em uma ou noutra fase processual. Está mais voltado a princípios e não somente a normas, é condição fundamental de eficiência e validade de um sistema jurídico que vise a garantir direitos.

Acesso à justiça para Cappelletti e Garth (1988, p. 8-11) significa o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. O sistema deve ser igualmente acessível a todos e deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. Trata-se do requisito mais básico dos direitos humanos, de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir e não apenas proclamar os direitos de todos.

Deve-se atribuir o caráter substancial para o acesso à justiça, assegurando-se a todos aqueles titulares de direitos que possam obter a verdadeira e efetiva tutela jurídica para o seu exercício. Os incisos I e III da CRFB preveem no rol dos objetivos da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade justa, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais. É impossível separar a consecução de uma justiça social e promoção da igualdade sem a utilização de instrumentos hábeis para sua postulação e promoção. Acesso à justiça é um dos meios mais relevantes para a realização dos objetivos republicanos constitucionalmente expostos.

O acesso à justiça possui caráter de direito fundamental, previsto no inciso XXV do artigo 5º da CRFB, na medida em que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. O inciso LXXIV do artigo 5º da CRFB se refere à assistência jurídica integral e gratuita.

O acesso à justiça, na forma que foi contemplado na CRFB, deve possibilitar ao necessitado a

superação de todos os obstáculos ao exercício pleno desse direito, como severas crises do Poder Judiciário, tornando custoso ao Estado efetivar o almejado direito, o descrédito da sociedade, o sentimento de insegurança jurídica que tem forçado o Judiciário a adotar práticas alternativas para a solução de conflitos e desenham um novo enfoque que deve ser dado à questão do acesso à justiça. O direito à assistência jurídica e ao acesso à justiça abrange a educação em direitos, e não a mera postulação destes no âmbito processual.

Na busca do real sentido do direito de acesso à justiça, Cappelletti e Garth (1988, p. 12-13) reconhecem três grandes fases de desenvolvimento do movimento em questão. Consistentes nas ondas renovatórias do acesso à justiça, que orientam o estudo profundo acerca dos obstáculos existentes para a total efetividade do acesso à justiça, bem como às possíveis soluções que poderiam ser eventualmente adotadas visando à concretização do pleno exercício do direito em questão.

Primeira onda renovatória se preocupa em proporcionar assistência judiciária para os pobres. Na maior parte das modernas sociedades, “o auxílio de um advogado é essencial, senão indispensável, para decifrar leis cada vez mais complexas e procedimentos misteriosos, necessários para ajuizar uma causa ou até mesmo para a simples ciência da titularidade de um direito fundamental” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 32). No caso do Brasil a primeira onda assegura a assistência jurídica integral e gratuita à população, surgindo a necessidade de se perquirir quanto à segunda onda de seu acesso.

A segunda onda renovatória está focada na busca da tutela de direitos coletivos. Inovou ao concentrar-se em torno da temática dos direitos difusos, rompendo o individualismo tradicional. Objetivou-se criar uma nova concepção no tocante ao tratamento das demandas, que passaram a receber uma visão com caráter mais coletivo e social dos Poderes Públicos.

“A proteção dos interesses coletivos e difusos é essencial para a adequada garantia de acesso à ordem jurídica justa numa época como a dos dias atuais, quando surgem novos direitos, sem caráter patrimonial, os chamados ‘novos direitos’” (CÂMARA, 2010, p. 40), como a preservação do meio ambiente, do patrimônio cultural, histórico e artístico, a garantia da moralidade administrativa. Para Cappelletti e Garth (1988, p. 59) os principais métodos para a representação dos interesses difusos surgidos nessa onda renovatória consistiam em ações governamentais, que se referiam a instituições governamentais que deveriam proteger o interesse público.

A primeira e a segunda ondas foram indispensáveis na consecução do real sentido do acesso à justiça. A terceira onda renovatória deu um novo enfoque do acesso à justiça, surgiu da necessidade de buscar novas soluções aos obstáculos. Para Medeiros (2013, p. 41) ocorre a refundação de instituições e procedimentos já existentes, bem como a criação de novas instituições e funções, dando ênfase à prevenção de litígios e a uma solução mais célere e simplificada das celeumas. Inovou ao abandonar os laços únicos que detinha com o Poder Judiciário, visando a criar um pensamento no sentido de que o acesso à justiça não se esgota no Judiciário, mas representa o acesso a uma ordem

jurídica justa.

O acesso à justiça, considerado uma norma princípio fundamental, estimula a atuação sincronizada com outros mecanismos estruturais e organizados da sociedade, numa ação mais direta no local dos fatos, buscando resolver situações que não deveriam jamais chegar ao Poder Judiciário, em face de sua simples resolução que, na maioria das vezes, é vista como algo muito complexo pelo desconhecimento de direitos fundamentais.

No tocante à natureza jurídica, segundo o disposto no § 1º do artigo 5º da CRFB, as normas definidoras de direitos fundamentais têm aplicação imediata. Nesse sentido Silva (2011, p. 180) explica que a eficácia e aplicabilidade das normas que contêm os direitos fundamentais dependem muito de seu enunciado. As normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia e aplicabilidade imediata. Moraes (2007, p. 27) discorda ao afirmar que a eficácia e aplicabilidade dessas normas dependem muito de seu próprio enunciado, uma vez que a CRFB faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, que também se enquadram no rol daqueles tidos por fundamentais.

Para Lenza (2017, p. 323) tais normas têm eficácia plena, não sendo dependentes de qualquer interposição do legislador para lograrem a efetividade ou eficácia social. Cunha Jr. (2013, p. 874) defende a aplicação imediata de todas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, independentemente do seu grau de eficácia, cuja variação apresentará algumas dificuldades na efetivação dos direitos ali versados. Conforme Silva (2011, p. 72) as normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais podem ter eficácia plena, contida ou limitada, podem produzir todos os seus efeitos imediatamente, desde sua entrada em vigor, ou não, nos casos em que há necessidade de complementação legislativa.

Como seria possível atender a determinação contida no artigo 5º, § 1º da CRFB se nem todas essas normas possuem eficácia plena? Silva (2011, p. 180) explica aplicação imediata das normas definidoras de direitos fundamentais significa que elas são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento. O Poder Judiciário sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplica-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes. Para Marinoni, Mitidiero e Sarlet (2012, p. 315) a ausência eventual de lei não pode servir de obstáculo absoluto à aplicação da norma de direito fundamental e da extração de efeitos úteis, vai depender de qual o direito em causa e de seus limites fáticos e jurídicos.

Sendo tais normas de aplicabilidade imediata, constata-se a manifestação do princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, eis que deve ser concedida máxima capacidade de regulamentação às normas fundamentais, a fim de otimizarem sua materialização do mundo real acompanhado das demais normas. O acesso à justiça abrange todas as áreas do poder, de maneira que os cidadãos possam exercer seus direitos. Garantem-se os fundamentos da democracia e da estrutura

de um Estado fundado sobre suas bases.

O acesso à justiça deve ser compreendido como um direito fundamental, pois proporcionando-se o mínimo existencial ao cidadão, efetiva-se a dignidade da pessoa humana. A igualdade substancial está estreitamente ligada à efetividade dos direitos fundamentais. Para Canotilho (2002, p. 250) a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que a maior eficácia lhe dê, constatando-se a existência do princípio interpretativo da máxima efetividade dos direitos fundamentais.

O artigo 134 da CRFB atribuiu às Defensorias Públicas o dever precípua de prestar a orientação jurídica e defesa, em todos os graus, dos necessitados. Referido serviço também vem sendo habitualmente prestado por diversos órgãos, mediante convênio, a título de trabalho gratuito no âmbito do estágio curricular em cursos de Direito. Em relação aos principais obstáculos ao acesso à justiça e à assistência jurídica gratuita e integral no Brasil, a realidade se mostra distinta dos anseios almejados pela previsão legal.

A maioria dos obstáculos que impedem o efetivo funcionamento do modelo de assistência jurídica previsto na CRFB tem cunho institucional, especialmente consistem em problemas de caráter orçamentário, dificuldades ante o número de defensores e de pessoal e precariedades estruturais. Sem as devidas condições de trabalho e sem a remuneração adequada aos prestadores do serviço, prejudicam os serviços jurídicos para os pobres.

O número de pessoas potencialmente usuárias do serviço é muito superior à sua capacidade de atendimento, o que dificulta a integralidade da assistência jurídica, bem como a efetividade do direito de acesso à justiça. A carreira dos Defensores Públicos demonstra certa inferiorização em relação à Magistratura e ao Ministério Público, há uma hierarquização dos serviços públicos que não deveria existir, deixando evidente que o serviço de assistência jurídica aos pobres não é tratado de forma prioritária, em que pese a essencialidade a ele dado pela CRFB. Somam os problemas relacionados ao aspecto cultural da própria sociedade revelam influência na precariedade da efetivação desse direito. Ainda com a reconhecida indispensabilidade e a autonomia garantida pela CRFB, o certo é que as Defensorias Públicas ainda passam por grandes dificuldades que impedem de exercer, na integralidade, suas funções institucionais, prejudicando os necessitados.

4 A BUSCA DA EFETIVIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS POR MEIO DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL E GRATUITA POR MUNICÍPIOS

Em relação à autonomia municipal e a busca da efetivação dos direitos fundamentais, o Município a partir do artigo 29 da CRFB passou a gozar do *status* de entidade estatal integrante da Federação. Além de autonomia política adquiriu o poder de auto-organização, mediante lei orgânica, bem como autonomia administrativa, normativa, financeira. Ao Município não foi dado

expressamente competência para prestar a assistência jurídica integral e gratuita. Ao Município deve ser estendida a obrigação contida nos incisos I e III do artigo 3º da CRFB, que preveem, no rol dos objetivos da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade justa, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais. Para o cumprimento efetivo dessa obrigação o ente municipal deve dispor de meios eficazes que tragam resultados positivos à sociedade. O acesso à justiça é um dos meios mais relevantes para propiciar a realização dos objetivos republicanos constitucionalmente expostos.

Para alcançar a efetiva assistência jurídica e o efetivo acesso à justiça, mudanças devem ocorrer no atual sistema vigente para incluir outras formas de assistência, incluindo a prestação do serviço pela municipalidade. Para Mendes (2008, p. 118) as garantias do acesso à justiça devem ser mais do que formalmente previstas, devem consubstanciar a realidade, interpretadas à luz do princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Legisladores, intérpretes, magistrados, promotores e até membros da Defensoria Pública não assimilaram o alcance da prestação de assistência jurídica também por parte dos Municípios e continuam intentando ações de declaração de inconstitucionalidade, ações civis públicas e manifestando repúdio a cada tentativa dos entes municipais de implementarem políticas com vistas à tornar concreto o direito de assistência jurídica integral e, conseqüentemente, o de acesso à justiça.

Para uma maior efetividade do direito fundamental de acesso à justiça é preciso a busca de soluções alternativas. Mediação, arbitragem, mecanismos que proporcionam maior participação popular no Poder Judiciário, ampliam a legitimação para agir na tutela coletiva, a presença de juízes leigos nos Juizados Especiais, a criação de tribunais de vizinhança e centros de justiça de bairros, a justiça restaurativa e a criação de conselhos populares de controle da administração da justiça. Torres (2005, p. 80) cita a descentralização da Justiça como meio alternativo à consecução da efetividade do direito em questão.

A democracia tem como fundamento o respeito às leis, ao direito e ao poder constituído. Inexiste afirmação do Estado Democrático de Direito se não há um efetivo acesso à justiça. Inexiste Estado Democrático se o cidadão não recebe orientação nem apoio suficientes no tocante a seus direitos. Iniciativas que visem aperfeiçoar o alcance desse direito são as que mais coadunam com a finalidade do legislador constitucional. O Sistema Nacional de Assistência Jurídica (SINAJUR) é uma proposta de modelo democrático baseado na livre escolha pelo cidadão carente de qual advogado, público ou privado, irá representa-lo judicialmente, ou emitir mera consulta jurídica, ficando assegurado o direito de escolha, do acesso à justiça e o princípio da confiança no advogado para o atendimento no âmbito jurídico.

Torres (2005, p. 88) defende o modelo dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais como sistema a ser seguido por toda a Justiça. Medeiros (2013, p. 111) também defende a adoção de novos métodos de acesso à justiça, serviços legais inovadores prestados de forma descentralizada, em locais próximos

à comunidade para os quais se destinam. Para Devisate (2002, p. 265) é inevitável questionar o atual modelo de acesso à justiça, permitir direito e justiça acessíveis a todos os cidadãos, instrumento mais importante para viabilizar os demais direitos existentes. Aliada a tais medidas alternativas poderia existir também a atuação dos Municípios na temática de acesso a uma ordem jurídica justa, em que pese esteja longe de ser aceita pela majoritária comunidade jurídica.

O inciso XIII do artigo 24 da CRBF estabelece a competência da União, Estados e ao Distrito Federal para legislar sobre assistência jurídica e defensoria pública. O dispositivo não faz referência expressa à criação de Defensoria Pública Municipal, tampouco à competência do ente municipal para legislar acerca desta instituição. Entretanto, alguns Municípios editaram leis criando Defensorias Públicas em suas circunscrições, como ocorreu com o Município de Itabuna, na Bahia, que editou a Lei Municipal n. 2.114/2009, cujo inciso II do artigo 9º criava a Defensoria Pública Municipal, em razão da falta de estrutura nas unidades da Defensoria Pública no interior da Bahia e a pequena quantidade de defensores públicos para atender ao público, frente às inúmeras demandas dos necessitados.

Em 2012, contra tal criação, a Associação dos Defensores Públicos do Estado da Bahia propôs ação direta de inconstitucionalidade em face da referida Lei Municipal, sob o fundamento de que o Município não possui competência para legislar sobre Defensoria Pública, de maneira que, assim, teria invadido a competência constitucional da União e dos Estados. Em 2013 o Tribunal de Justiça da Bahia julgou procedente a ação.

Igualmente o Município de Xapuri, no Estado do Acre, editou a Lei n. 764/2013, que instituiu a Defensoria Pública Municipal. A Defensoria Pública do Estado do Acre ingressou com ação civil de improbidade administrativa e o juiz competente deferiu a medida liminar pleiteada para suspender os serviços instituídos pela lei municipal sob fundamento de que a atuação dos Municípios na edição de leis sobre assistência jurídica e Defensoria Pública viola o princípio do pacto federativo, trata de matéria de competência legislativa reservada apenas à União, estabelecendo normas gerais, e aos Estados e ao Distrito Federal, dispondo de forma suplementar acerca do tema. Porém, é cediço que a finalidade precípua da CRFB é “implantar uma ordem jurídica justa na vida social” (DINIZ, 2005, p. 401).

A prestação de assistência jurídica integral e gratuita é garantia aos brasileiros, deve ser concretizada para atender ao máximo de cidadãos que necessitem, nos termos do princípio de interpretação da máxima efetividade dos direitos fundamentais. É necessário criar um sistema descentralizado de assistência jurídica integral e gratuita, notadamente com a atuação dos Municípios, objetivando a inclusão de multidões de pessoas que atualmente se encontram à margem desse direito. O Município pode estruturar políticas públicas para suprir deficiência da prestação de assistência jurídica gratuita pelos órgãos dos Estados e da União. Considerando o acesso à justiça como direito fundamental, o Município, como ente federativo, não está obrigado a cumprir a *mandamus* constitucional.

O Município possui competência concorrente para prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. A CRFB não vedou ao Município a prestação de assistência jurídica integral e gratuita, nos termos do inciso LXXIV da CRFB. O suposto monopólio na prestação do serviço assistencial viola o Estado Democrático de Direito. A matéria foi tratada no Anteprojeto de Lei de Assistência Jurídica Integral de Gratuita que equiparou os entes estatais e incorporada no Programa Estadual de Direitos Humanos do Estado de São Paulo. Apesar do Município não ser obrigado, não pode ser alijado deste mister, vez que é o núcleo político-administrativo mais próximo dos cidadãos em cujo âmbito travam as demandas do cotidiano.

Em 2013 o Grupo Nacional de Membros do Ministério Público publicou nota técnica referente ao tema assistência jurídica e defendeu a descentralização do serviço, alegando que o artigo 134 da CRFB não assegurou o monopólio desse serviço às Defensorias Públicas. O Ministro Dias Toffoli, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.163 de São Paulo sinalizou entendimento a favor da prestação de assistência jurídica por outros meios que não somente aqueles prestados por meio das instituições de Defensoria Pública.

O artigo 1º da Lei n. 1060/1950 menciona a possibilidade dos Municípios colaborarem na prestação do serviço de assistência jurídica. Para melhoria do sistema, é de profundo interesse público que o Município também seja prestador do referido serviço, sobretudo pela instituição de políticas públicas no âmbito do poder municipal relacionadas aos mecanismos alternativos de efetivação do acesso à justiça. A efetivação de um serviço de assistência jurídica e integral gratuita pelos Municípios decorre da necessidade de se garantir à população o pleno acesso à justiça em todas as suas esferas, possibilitando-lhes uma vida digna, e atendendo ao princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A promulgação da CRFB de 1988 representou um marco histórico para a consolidação do Estado Democrático de Direito no Brasil, notadamente quanto à elevação da dignidade da pessoa humana a princípio fundamental do Estado, decorrendo a previsão de um vasto campo de direitos e garantias do indivíduo, entre os quais a prestação de assistência jurídica integral e gratuita àqueles que comprovarem insuficiência de recursos (CRFB, art. 5º, inciso LXXIV).

Atualmente, milhares de brasileiros batem às portas das Defensorias Públicas, instituição responsável pela prestação daquele serviço, objetivando receber orientação jurídica e defesa perante o Poder Judiciário e também fora dele. As Defensorias Públicas federais e estaduais não são capazes de atender a todas as demandas, haja vista o alarmante número de casos concretos que recebem diariamente. Os mais prejudicados são os hipossuficientes, que muitas vezes não têm suas petições atendidas, tampouco são orientados da maneira correta para agir de determinada forma.

Visando à melhoria do sistema, é de profundo interesse público que o ente municipal também

preste o serviço de assistência jurídica. Urge ressaltar que não se está defendendo a constitucionalidade das denominadas defensorias públicas municipais, mas sim a prestação de tal serviço por outros meios, sobretudo pela instituição de políticas públicas no âmbito do poder municipal, devendo ser aplicados concretamente os diversos meios alternativos de solução do problema. Cabe ao Município como ente da Federação e garantidor da concretização dos direitos fundamentais, aplicar políticas públicas com o fim de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos hipossuficientes e, conseqüentemente, garantir o acesso à justiça àqueles que ainda vivem à margem da sociedade.

Desta forma, objetivou-se demonstrar com a presente pesquisa que o reconhecimento da competência do Município, como ente federativo, para prestar assistência jurídica integral e gratuita aos hipossuficientes, ao lado da União, dos Estados e do Distrito Federal, potencializa o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, bem como o direito de acesso à justiça.

Em relação à abordagem histórica da assistência jurídica integral e gratuita, foram constatadas as características desse serviço essencial nos dias atuais, bem como os obstáculos que o impedem de ser prestado efetivamente. A afirmação de que a assistência jurídica é um serviço gratuito não é de todo correta, porque se trata de um direito fundamental da pessoa humana, constitucionalmente consagrado. A assistência jurídica não se exaure na mera representação por advogado em Juízo, porquanto é atividade que vai além, alcançando a mera informação ou orientação aos hipossuficientes, sem que seja necessário existir uma demanda judicial.

Quanto ao direito de acesso à justiça, restou demonstrado que este guarda íntima relação com a assistência jurídica integral e gratuita, dela fazendo parte como se fosse um só instituto. Conforme o ensinamento dos ilustres juristas Mauro Cappelletti e Bryant Garth restou evidenciado o novo enfoque do acesso à justiça, introduzido pela terceira onda renovatória do movimento mundial desse acesso, no qual se entende que tal direito se refere ao acesso a uma ordem jurídica justa, e não à mera postulação perante o Poder Judiciário. Foram analisados os argumentos favoráveis e contrários à prestação de assistência jurídica integral e gratuita pelos entes municipais.

A pesquisa resultou no entendimento de que restringir a assistência jurídica aos órgãos da Defensoria Pública consiste também em restringir o princípio constitucional do livre e integral acesso à justiça, levando-se em conta seu novo enfoque. Destacou-se que a CRFB não estabeleceu qualquer monopólio da assistência jurídica, possibilitando que outros órgãos, bem como entidades ligadas ao Poder Público, prestem aos indivíduos economicamente carentes tal serviço, assegurando-lhes o acesso à Justiça de forma irrestrita.

Assim, a autonomia municipal consistente na capacidade de autogoverno, auto-organização, autoadministração e normatização próprias, aliadas ao princípio da máxima efetividade por meio do qual deve ser interpretada a norma que atribui ao poder público este mister, isto é, a CRFB, autorizam a implementação do serviço por parte do ente federativo em questão.

Considerando todas as ponderações feitas no desenvolvimento da pesquisa, não obstante o artigo 134, § 1º da CRFB tenha deixado de mencionar o Município como competente para legislar e desempenhar o mister da assistência jurídica integral e gratuita, bem como o princípio da dignidade da pessoa humana consagrado na CRFB, e também o direito de acesso à justiça, que deve ter sempre sua aplicabilidade otimizada, o entendimento de que o ente municipal pode instituir o serviço de assistência jurídica integral e gratuita é o que mais se coaduna com o ordenamento jurídico brasileiro.

6 REFERÊNCIAS

ACRE, Comarca da vara única de Xapuri. **Ação de improbidade administrativa n. 700147-09.2013.8.01.0007**. Autor: Associação dos Defensores Públicos do Estado do Acre. Réu: Márcio Pereira Miranda. Xapuri, 15 de junho de 2013. Disponível em: <http://www.anadep.org.br/wtksite/conteudo/17716/LIMINAR_-_XAPURI.pdf>. Acesso em: 09 mai. 2017.

ALVES, Cleber Francisco. **Justiça para todos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BAHIA, Tribunal de Justiça do Estado. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 312384-87.2012.8.05.0000**, da 2ª Câmara Cível da Comarca de Itabuna. Autor: Associação dos Defensores Públicos do Estado da Bahia. Réu: Câmara Municipal de Itabuna. Itabuna, 20 de outubro de 2013. Disponível em: <<http://www.esaj.tjba.jus.br/cpo/sg/search>>. Acesso em: 09 mai. 2017.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1930-1939/constituicao-1934.html>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

_____. Constituição (1946). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 11 fev. 2017.

_____. Constituição (1967). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 12 abr. 2017.

_____. **Decreto n. 2.457, de 8 de fevereiro de 1897**. Organiza a Assistência Judiciária no Distrito Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7746.htm>. Acesso em: 12 abr. 2017.

_____. **Lei Complementar n. 80, de 12 de janeiro de 1994**. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para a sua organização nos Estados, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp80.htm>. Acesso em: 20 abr. 2017.

_____. **Lei n. 1.060, de 5 de fevereiro de 1950**. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/11060.htm>. Acesso em: 23 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de Inconstitucionalidade 4.163**. Requerente:

Procurador-Geral da República. Requerido: OAB. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 29 de fevereiro de 2012. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=126466161&tipoApp=.pdf>>.
Acesso em: 19 abr. 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual**. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

CUNHA JR., Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Apoio jurídico e integração à cidadania**. Revista do Advogado. São Paulo: AASP, n. 59, 2000.

DEVISATE, Rogério dos Reis. **Acesso à justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FEICHAS, Roger Vieira. **Da inconstitucionalidade da criação da Defensoria Pública municipal**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13284/da-inconstitucionalidade-da-criacao-da-defensoria-municipal/2>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

KROHLING, Aloísio. **Direitos humanos fundamentais: diálogo intercultural e democracia**. São Paulo: Paulus, 2009.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa; RODRIGUES, Walter Piva. **Anteprojeto de lei de assistência jurídica integral e gratuita**. Disponível em:
<<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67410>>. Acesso em: 02 mai. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: RT, 2012.

MATTOS, Fernando Pagani. **Aspectos e os espectros ao acesso à justiça**. 147f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica), Curso de Pós-Graduação *stricto sensu* em Ciência Jurídica, Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), Itajaí, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Guilherme Peña de. **Instituições da defensoria pública**. São Paulo: Malheiros, 1999.

MEDEIROS, Isabela. **Assistência jurídica gratuita**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SISTEMA NACIONAL DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA (SINAJUR). **O SINAJUR**. São Paulo, 2006. Disponível em: <<http://www.sinajur.org>>. Acesso em: 05 mai. 2017.

TORRES, Jasson Ayres. **O acesso à justiça e soluções alternativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

O DIREITO FUNDAMENTAL À ÁGUA POTÁVEL COMO PRESSUPOSTO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Rafaela Borgo Koch Schlickmann¹

Recebido em: 16 ago. 2017

Aceito em: 01 set. 2017

Resumo: A presente pesquisa teve como objeto a análise do direito a água potável como um direito fundamental, vislumbrando-se o princípio da dignidade da pessoa humana como norteador desta premissa. Para tanto, dividiu-se a pesquisa em três momentos: no primeiro, realizou-se uma pesquisa acerca da evolução da legislação internacional das águas, bem como a contextualização da legislação referente ao tema que existe no ordenamento jurídico brasileiro. Por conseguinte, passou-se a analisar o caráter de fundamentalidade da água, identificando-se sua finitude e as preocupações do cenário atual ante à sua escassez. Por fim, analisou-se o direito a água potável como premissa de dignidade da pessoa humana. O problema da pesquisa consiste em verificar se o direito a água potável pode ser considerado um direito fundamental. Com relação à metodologia empregada no desenvolvimento do presente trabalho, adotou-se o método indutivo de pesquisa por meio da pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Água Potável. Direito Fundamental. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO DRINKING WATER AS AN ASSUMPTION OF THE DIGNITY OF THE HUMAN PERSON

Abstract: The present research had as its object the analysis of the right to drinking water as a fundamental right, glimpsing the principle of the dignity of the human person as guiding this premise. For this, the research was divided into three moments: in the first, a research was carried out on the evolution of international water legislation, as well as the contextualization of the legislation related to the subject that exists in the Brazilian legal order. Consequently, we began to analyze the fundamental nature of water, identifying its finitude and the concerns of the current scenario before its scarcity. Finally, the right to drinking water was analyzed as a premise of the dignity of the human person. The research problem is whether the right to clean water can be considered a fundamental right. Regarding the methodology used in the development of the present study, the inductive method of research was adopted through bibliographic research.

Keywords: Drinking Water. Fundamental right. Principle of the Dignity of the Human Person.

1 INTRODUÇÃO

A falta de água, recurso natural absolutamente vital ao ser humano, é motivo ensejador de uma

¹ Doutoranda do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ – UNIVALI. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI e Especialista em Direito Processual Civil pela mesma instituição. Professora da Graduação nos cursos de Direito e de Gastronomia na Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Advogada. E-mail: rafaelabkoch@univali.br.

série de conflitos em diversas regiões do globo, causando doenças e dando fim à vida de milhares de pessoas.

Embora o homem tenha custado a perceber que tal recurso natural constitui elemento primordial à vida na Terra, e que sem ele a humanidade corre risco, nos dias atuais se vislumbra uma latente preocupação com a reparação dos danos causados a tal recurso, bem como a necessidade de proteção e prevenção a ulteriores desgastes e a real possibilidade de extinção de tal bem.

O Direito Ambiental, por tal razão, ocupa-se, em larga escala, da proteção do bem jurídico “água”, haja vista sua finitude e o caráter de essencialidade do qual se reveste, promovendo a proteção e desenvolvimento de medidas voltadas à manutenção deste recurso natural e visando sua adequada distribuição às populações em geral.

Ressalte-se que o ordenamento jurídico brasileiro por muito tempo desconheceu ou pouco se interessou pelos pormenores acerca de tal recurso natural, não apresentando ampla legislação que disponha sobre o tema.

Neste contexto, vislumbra-se, por meio da presente pesquisa, proceder-se a uma análise do acesso à água potável como um direito fundamental, partindo-se da proposição de que o princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se em absoluto compasso à premissa de que o acesso à água é vital à sobrevivência humana e, portanto, revela-se como importante embasamento teórico a este caráter de fundamentalidade.

Quanto à metodologia utilizada na presente discussão, empregou-se o método indutivo, bem como as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica.

2 TUTELA DO DIREITO DAS ÁGUAS NOS ÂMBITOS INTERNACIONAL E BRASILEIRO²

A crise ecológica vislumbrada nas últimas décadas compeliu o homem a repensar seu modo de vida, passando a discutir de que forma o Direito Ambiental e seus elementos fundamentais deveriam ser utilizados na busca pela proteção ambiental. Nos anos setenta, por conseguinte, o tema “água” passou a ganhar notoriedade em importantes documentos internacionais de proteção ao meio ambiente, dando início a um vagaroso, porém destacado, processo de proteção e amparo a este recurso vital ao ser humano.

Assim, a tutela jurídica da água iniciou-se por meio do primeiro encontro de caráter global realizado para tratar especificamente sobre a problemática do tema: a Conferência das Nações Unidas

² O presente item contém destaques do artigo: BONISSONI, Nathammy Luana de Aguiar; KOCH SCHLICKMANN, Rafaela Borgo. O acesso à água potável e os principais desafios do século XXI: a poluição da água por meio de agrotóxicos. In: FERRER, Gabriel Real (Coord.). Governança transnacional e sustentabilidade. 1 ed. Umuarama – PR: Universidade Paranaense, 2016. p. 123-124.

sobre a Água, ocorrida em *Mar del Plata*, em 1977. O crescente consumo da água em todas as partes do mundo somado à pressão de instituições oficiais sobre os recursos hídricos já sugeriam, em médio prazo, o surgimento de uma crise cujo foco principal seria a água, e que só poderia ser superada por meio da criação de um programa de gerenciamento de tais recursos.³

Considerado o documento mais completo acerca dos recursos hídricos até a Agenda 21, o Relatório das Nações Unidas sobre a Conferência da Água, possui as seguintes premissas iniciais:

Cientes de que o desenvolvimento acelerado e ordenado da administração de recursos hídricos constitui um fator fundamental para melhorar as condições econômicas e sociais da humanidade, especialmente em países desenvolvidos, e que não será possível assegurar uma melhor qualidade de vida e promover a dignidade da pessoa humana e felicidade ao menos que sejam criados acordos e ações específicos com o objetivo de encontrar soluções e aplicá-las, posteriormente, em nível nacional, regional e internacional.⁴

Por expressa disposição o Plano de Ação estimulou, de pronto, a plena cooperação de todos os Estados a buscar a implementação das recomendações descritas no Relatório mediante a boa-fé de todos os cooperados.⁵

O referido Plano declarou, ainda, a Década de 1980 como a “Década Internacional do Fornecimento de Água Potável e Saneamento”, sob o entendimento que “todos os povos, quaisquer que sejam seu estágio de desenvolvimento e suas condições soais e econômicas, têm direito ao acesso à água potável em quantidade e qualidade à altura de suas necessidades básicas.”⁶

O segundo maior encontro internacional a respeito do tema organizado pelas Nações Unidas aconteceu em janeiro de 1992 na cidade de Dublin, alguns meses antes da conferência que ocorreu no Rio de Janeiro, cujas diretrizes se estabeleceram em quatro princípios norteadores da gestão e das políticas públicas para as águas em todo o mundo, constituindo-se os mesmos: Água como um recurso finito e vulnerável, necessário para manutenção da vida, do desenvolvimento e do meio ambiente; a gestão e o desenvolvimento dos recursos hídricos focados em uma abordagem participativa envolvendo os usuários, planejadores e governantes de todas as esferas; a mulher como uma peça fundamental no trabalho de administração e proteção da água e o tratamento da água como valor

³ CAPRILES, Renê. **Meio Século de Lutas: Uma Visão Histórica da Água**. Disponível em: http://ambientes.ambientebrasil.com.br/agua/artigos_agua_doce/meio_seculo_de_lutas%3A_uma_visao_historica_da_agua.html, acessado em: 18/10/2016.

⁴ Realizing that the accelerated development and orderly administration of water resources constitute a key factor in efforts to improve the economic and social conditions of mankind, especially in the developing countries, and that it will not be possible to ensure a better quality of life and promote human dignity and happiness unless specific and concerted action is taken to find solutions and to apply them at national, regional and international levels. UNITED NATIONS. United Nations Water Conference. **Report**. Mar del Plata, 1977. Disponível em http://www.internationalwaterlaw.org/bibliography/UN/Mar_del_Plata_Report.pdf. Acesso em: 18/10/2016.

⁵ UNITED NATIONS. United Nations Water Conference. **Report**. Mar del Plata, 1977. Disponível em: http://www.internationalwaterlaw.org/bibliography/UN/Mar_del_Plata_Report.pdf, p. 3. Acesso em: 19/10/2016.

⁶ VARGAS, Everton Vieira. Água e Relações Internacionais. **Revista Brasileira de Política Internacional**. Vol. 43. n. 1. Brasília, 2000. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292000000100010. Acesso em 19/10/2016.

econômico e seu reconhecimento como um bem econômico.⁷

Neste âmbito, Barbosa⁸ criticou o paradoxo consistente no fato de a Organização das Nações Unidas reconhecer a água como um bem de valor econômico, mas não como um direito fundamental da pessoa humana, desaprovando, inclusive, a priorização da água como dimensão de caráter privado desconsiderando assim o seu enfoque vital, qual seja, a água como direito fundamental da pessoa humana.

Acerca do tema, Sheeva alerta com veemência⁹: “Se as guerras deste século foram disputas por petróleo, as guerras do próximo século serão travadas por água”.

Neste contexto, importante ressaltar, porém, que a utilização da água como um bem econômico e a sua venda com fins lucrativos decorre de um longo período histórico, vislumbrando-se inclusive nas antigas sociedades do Oriente Médio, que implantavam regras para a justa alocação das fontes de água e proteção a segmentos vulneráveis da população expostos aos que exploravam os mananciais comercialmente.¹⁰

Em consequência à Conferência de Dublin, ocorreu, então, a Eco 92, no Rio de Janeiro, culminando na Agenda 21, que delimitou um relevante capítulo aos recursos hídricos, abrangendo sete áreas específicas que abrangem: aspectos de desenvolvimento e manejo integrado; avaliação; proteção dos recursos hídricos, da qualidade da água e dos ecossistemas aquáticos; abastecimento de água potável e saneamento; água e desenvolvimento urbano sustentável; água para produção sustentável de alimentos e desenvolvimento rural sustentável; e impactos da mudança do clima sobre os recursos hídricos.¹¹

Reconheceu-se, outrossim, a relevância dos recursos hídricos transfronteiriços aos Estados ribeirinhos, destacando-se a importância da cooperação entre esses Estados em razão dos acordos existentes entre eles e levando em consideração o interesse de todas as nações envolvidas.¹²

No que concerne ao tratamento do acesso à água como direito fundamental, no ano de 2002 é

⁷ UNITED NATIONS. International Conference on Water and the Environment (ICWE). **The Dublin Statement on Water and Sustainable Development**. Disponível em: www.wmo.int/pages/prog/hwrp/documents/english/icwedec.html. Acesso em 19/10/2016.

⁸ BARBOSA, Erivaldo Moreira. Água doce: direito fundamental da pessoa humana. **Revista Âmbito Jurídico**. Rio Grande, 2008. Disponível http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3172. Acesso em 19/10/2016.

⁹ SHIVA, Vandana. **Guerras por água: privatização, poluição e lucro**, 2006, p. 9.

¹⁰ CASTRO, José Esteban. A água (ainda) não é uma mercadoria: aportes para o debate sobre a mercantilização da água. **Revista UFMG**. v. 20, n.2, p. 190-221, jul./dez. Belo Horizonte, 2013. Disponível em <<https://www.ufmg.br/revistaufmg/downloads/20-2/09-a-agua-ainda-nao-e-uma-mercadoria-jose-castro.pdf>> Acesso em 19/10/2016.

¹¹ VARGAS, Everton Vieira. Água e Relações Internacionais. **Revista Brasileira de Política Internacional**. vol. 43. n. 1. Brasília, 2000. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292000000100010. Acesso em 19/10/2016.

¹² VARGAS, Everton Vieira. Água e Relações Internacionais. **Revista Brasileira de Política Internacional**. vol. 43. n. 1. Brasília, 2000. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292000000100010. Acesso em 19/10/2016.

que o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, diante da escassez de água potável em países subdesenvolvidos e desenvolvidos, aprovou a “Observação Geral nº 15”, intitulada como “direito à água”, destacando a necessidade de um fornecimento suficiente de uma água salubre, fisicamente acessível e a um custo acessível.¹³

Com exceção da Declaração Universal dos Direitos das Águas, nenhum outro documento afirmava o acesso à água como sendo um direito fundamental, e a referida declaração não dispunha, como até hoje, de força vinculante.¹⁴

Por tal razão, visando aumentar a conscientização e a cooperação entre os países no que tange aos desafios da gestão da água, o ano de 2013 foi declarado pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas como o Ano Internacional de Cooperação da Água.¹⁵

Contudo, o crítico cenário em que os sistemas hídricos mundiais se encontram torna clara a urgência evidenciada nesta temática, a qual deve ser tratada de forma transversal pela Organização das Nações Unidas – ONU, bem como pelos países que, mútua e efetivamente, devem cooperar a fim de emprestar às documentações já existentes força vinculante bem como minorar os efeitos de anos de desperdício e descaso.

Para tanto, recentemente a Organização das Nações Unidas lançou a “Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável”, que se consubstancia em um plano de ação para o planeta, para as pessoas e para a posteridade, o qual funcionará por meio da ação colaborativa entre todos os países e partes interessadas, devendo atuar em parceria colaborativa pela implementação deste plano.¹⁶

Decorrentes do legado deixado pelos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, dentre os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e as 169 metas contidas na Agenda 2030, está inserida a necessidade de “Assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e saneamento para todos”.

No ordenamento jurídico brasileiro, por sua vez, a tutela da água adquiriu fundamentação legal, primeiramente, no Código das Águas, instituído pelo Decreto nº 24.643, de 10.07.1934, primeira norma legal que disciplinou, em linhas gerais, o aproveitamento industrial das águas.

¹³ BARBOSA, Erivaldo Moreira. Água doce: direito fundamental da pessoa humana. **Revista Âmbito Jurídico**. Rio Grande, 2008. Disponível http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3172. Acesso em 19/10/2016.

¹⁴ BARBOSA, Erivaldo Moreira. Água doce: direito fundamental da pessoa humana. **Revista Âmbito Jurídico**. Rio Grande, 2008. Disponível http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3172. Acesso em 19/10/2016.

¹⁵ [...] Enfatizando que a água é essencial para o desenvolvimento sustentável, inclusive para manter a integridade ambiental ea erradicação da pobreza e da fome, é indispensável para a saúde humana eo bem-estar e fundamental para alcançar o Objetivos de Desenvolvimento do Milênio [...], Decide declarar 2013 como o Ano Internacional de Cooperação da Água. Tradução livre. UNITED NATIONS. Decide declarar 2013 como o Ano Internacional de Cooperação da Água. **Resolution A/RES/65/154**. Disponível <http://daccess-dds-y.un.org/doc/UNDOC/GEN/N10/521/78/PDF/N1052178.pdf?OpenElement>. Acesso em 19/10/2016.

¹⁶ ONU. Organização das Nações Unidas no Brasil. **Agenda 2030**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em 19/10/2016.

Milare¹⁷ explica que a divisão do código possui duas partes, em que a primeira aborda a temática de águas em geral e de seu domínio, sendo a segunda responsável pela discussão referente ao aproveitamento dos potenciais hidráulicos, estabelecendo ainda uma disciplina legal para a geração, transmissão e distribuição de energia elétrica.

Acerca do citado Código das Águas, entende Freiria¹⁸ que o mesmo está “em grande parte, superado, especialmente nos seus artigos 68 a 95, que trata do aproveitamento das águas particulares”, destacando o Autor que essas disposições foram revogadas por serem públicas todas as águas, haja vista a Constituição Federal de 1988 estabelecer que todas as águas são públicas.

Assim, a principal referência legal no ordenamento jurídico brasileiro sobre águas constado disposto no artigo 225 da Constituição Federal de 1988, que estabelece que “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. A proteção dos recursos hídricos passou, pois, a ser um pressuposto constitucional para a garantia do direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.¹⁹

Por conseguinte, em 08 de janeiro de 1997 foi publicada a Lei n.º 9.433, que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos e criou o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos. Tal legislação infraconstitucional definiu os princípios gerais para a regulamentação dos recursos hídricos, sendo que o artigo 2º²⁰ estabelece os objetivos da lei.

3 CARÁTER DE FUNDAMENTALIDADE DA ÁGUA

Para a compreensão do caráter de fundamentalidade da água, é necessária uma breve conceituação dos direitos fundamentais. Neste contexto, para os fins deste artigo, propõe-se a definição de Luigi Ferrajoli como norteadora para a discussão de direito fundamental.

Nessa direção, o autor propõe uma definição teórica, puramente formal e estrutural dos direitos fundamentais ao aduzir que:

[...] são ‘direitos fundamentais’ todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a ‘todos’ os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoa, ou de cidadão ou de pessoa capaz de agir. Compreendo por ‘direito subjetivo’ qualquer expectativa

¹⁷ MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 62.

¹⁸ FREIRIA, Rafael Costa. **Direito das Águas: Aspectos legais e institucionais na perspectiva da qualidade**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1738. Acesso em 18/10/2016.

¹⁹ FREIRIA, Rafael Costa. **Direito das Águas: Aspectos legais e institucionais na perspectiva da qualidade**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1738. Acesso em 18/10/2016.

²⁰ BRASIL. **Política Nacional dos Recursos Hídricos**. Lei n.º. 9.433/97. Art. 2º São objetivos da Política Nacional de Recursos Hídricos: I - assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos; II - a utilização racional e integrada dos recursos hídricos, incluindo o transporte aquaviário, com vistas ao desenvolvimento sustentável; III - a prevenção e a defesa contra eventos hidrológicos críticos de origem natural ou decorrentes do uso inadequado dos recursos naturais.

positiva (a prestação) ou negativa (a não lesão) vinculada a um sujeito por uma norma jurídica, e por *status* a condição de um sujeito prevista também esta por uma norma jurídica positiva qual pressuposto da sua idoneidade a ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos que estão em exercício.²¹

Portanto, direitos fundamentais, na teoria pura, constituem tudo aquilo que interessa universalmente a todos os seres humanos dotados de *status* de pessoa capaz de agir.

Destaca Ferrajoli²², porém, que este caráter formal da definição não impede que ela seja suficiente para identificar, nos direitos fundamentais, a base da igualdade jurídica.

Para tanto, a universalidade expressa pela quantificação universal dos sujeitos que de tais direitos são titulares vem a se configurar como um dos seus corolários estruturais. Entende-se que “na experiência histórica do constitucionalismo, tais interesses coincidem com as liberdades e com as outras necessidades de cuja garantia, conquistada a preço de lutas e revoluções, depende a vida, a sobrevivência, a igualdade e a dignidade dos seres humanos”.²³

Desta forma, o termo ‘todos’ disposto por tais direitos constitui, com clareza, o que se refere às classes dos sujeitos cuja titularidade é normativamente reconhecida. A quantidade e qualidade de interesses protegidos como direitos fundamentais depende da intenção da igualdade, e, assim, prescinde do grau de democratização em dado ordenamento.²⁴

Tendo por base tal premissa, assim, parece claro o caráter fundamental do direito à água, haja vista ser o mesmo um recurso natural de primordial importância à sobrevivência do ser humano na Terra. Por tal razão, consubstanciando-se a água em dito caráter de universalidade, ao homem cumpre tratá-la como um direito fundamental.

3.1 A FINITUDE DA ÁGUA: UMA PREOCUPAÇÃO PREMENTE²⁵

Considerando-se a água como um direito fundamental e vislumbrando-se sua finitude, o último Relatório de Recursos Naturais e Conflitos, redigido pela ONU em 2012, constatou que a má gestão

²¹ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 9.

²² FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 11.

²³ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 11.

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 11-12.

²⁵ O presente item contém destaques do artigo: BONISSONI, Nathammy Luana de Aguiar; KOCH SCHLICKMANN, Rafaela Borgo. O acesso à água potável e os principais desafios do século XXI: a poluição da água por meio de agrotóxicos. In: FERRER, Gabriel Real (Coord.). Governança transnacional e sustentabilidade. 1 ed. Umuarama – PR: Universidade Paranaense, 2016.

dos recursos naturais e a não valorização do seu caráter finito têm contribuído não somente para a degradação ambiental, mas também têm sido responsáveis pelo surgimento de novos conflitos e para a obstrução da resolução pacífica dos conflitos já existentes.²⁶

A utilização da água na exploração de diversos recursos naturais, como petróleo, gás, minérios e madeira apresenta-se como grande responsável pelo desencadeamento de controvérsias ao redor do mundo, bem como ensejando a competitividade e a concorrência quanto ao domínio dos recursos renováveis, como a terra e a água.

Neste contexto, objetivando-se promover alerta mundial acerca do caráter finito dos recursos naturais e todas as dissensões que existem ao redor da temática, a ONU estabeleceu alguns objetivos a serem alcançados, dentre os quais pode-se destacar como primordial o aprimoramento da gestão de recursos aliado à responsabilidade e à capacidade de resolução de litígios, visando aprimorar as instituições de gestão e cooperação transfronteiriça.

Leite²⁷ destaca a salutar necessidade de se repensar e de se aplicar imediatamente um modelo de desenvolvimento que leve em consideração as gerações futuras e uma política que tenha como base a preservação dos recursos naturais a longo prazo.

Para tanto, destaca Fiorillo²⁸, “A busca e a conquista de um ‘ponto de equilíbrio’ entre desenvolvimento social, o crescimento econômico e a utilização dos recursos naturais exigem um adequado planejamento territorial que tenha em conta os limites da sustentabilidade”, de modo que o alcance de tal ponto de equilíbrio é o que se tem buscado diuturnamente, através de formas de concretização não somente dos objetivos propostos, mas a consecução de ideais que por longos anos seguiram inobservados, mas que hoje têm o condão de contribuir sobremaneira para o alcance das metas propostas.

Nos dias atuais, a caracterização da água como elemento essencial à cadeia alimentar animal e ao desenvolvimento das necessidades básicas do indivíduo tem alertado pesquisadores do assunto, que têm se preocupado com a finitude de tal recurso natural.

Um exemplo alarmante é a atual situação do Lago Chade, antiga referência para os astronautas em órbita da Terra. Imenso, localizado no coração do continente africano, outrora ocupava uma área equivalente ao Estado de Alagoas e, até dezembro de 2014, já havia perdido mais de 95% de seu tamanho original. A má gestão dos recursos hídricos, aliada à seca que tomou a região, poderão

²⁶ UNITED NATIONS. **Renewable Resources and Conflict**. Toolkit and Guidance for Preventing and Managing Land and Natural Resources Conflicts. 2012. Disponível em: http://www.un.org/en/land-natural-resources-conflict/pdfs/GN_Renew.pdf. Acesso em 18/10/2016.

²⁷ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick. A. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial** - teoria e prática. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 27.

²⁸ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 90.

ocasionar o desaparecimento do então famoso Lago Chade.²⁹

Problemas com relação a escassez também já podem ser sentidos em território brasileiro. De acordo com o Relatório de Desenvolvimento Humano de 2006³⁰, os 20% mais ricos da população brasileira desfrutam de níveis de acesso à água e saneamento comparáveis ao de países ricos, enquanto os 20% mais pobres têm uma cobertura de água e esgoto inferior à do Vietnã.

O presente cenário ainda apresenta perspectivas de piora, tendo em vista o agravamento do aquecimento global e as alterações no regime de chuvas no planeta. Segundo a ONU, existe a previsão de que já em 2025 a escassez hídrica mundial atingirá 2,7 bilhões de pessoas, e ainda conclui alertando que as regiões sob maior risco são Ásia e África.³¹

Com base neste contexto, como já dito, no ano de 2015 a Organização das Nações Unidas uniu esforços no intuito de elaborar metas e objetivos que estimularão ações em áreas de importância crucial para a humanidade e para o planeta durante os próximos quinze anos.

Seguindo tal premissa e buscando atingir o referente proposto à presente pesquisa, tratar-se-á especificamente da caracterização do direito à água potável como premissa de dignidade da pessoa humana.

4 DIREITO À ÁGUA POTÁVEL COMO PREMISSA DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana é premissa de árdua conceituação. Nesse sentido, Sarlet³² entende que a busca de uma definição de conteúdo para dignidade da pessoa humana é difícil especialmente porque a mesma pode partir da definição de condição humana do ser humano e, por isso, guarda uma relação com as manifestações da personalidade. Ademais, juridicamente é muito difícil se ter uma definição a respeito.

Para Sarlet³³, o reconhecimento da dignidade da pessoa pelo Direito resultou da evolução do pensamento humano, considerando o modo com que o Direito reconheceu e protegeu a mesma,

²⁹ RYDLEWSKY, Carlos; GRISOTTO, Raquel. A vida sem água. **Revista Época Negócios**. São Paulo, n. 94, p. 96-109.

³⁰ PNUD. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. **Relatório de Desenvolvimento Humano 2006**. Para lá da escassez: poder, pobreza e a crise mundial da água. Disponível em http://www.pnud.org.br/HDR/Relatorios-Desenvolvimento-Humano-Globais.aspx?indiceAccordion=2&li=li_RDHGlobais.p. 50. Acesso em 19/10/2016.

³¹ IRVING, Marta de Azevedo; OLIVEIRA, Elizabeth. **Sustentabilidade e transformação social**. Rio de Janeiro: Senac Nacional, 2012. p. 55.

³² SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível**. In: Revista Brasileira de Direito Constitucional. n. 9. Jan/jun., 2007. Disponível em <http://www.esde.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-07-INDICE.html>. p. 361.

³³ SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível**. In: Revista Brasileira de Direito Constitucional. n. 9. Jan/jun., 2007. Disponível em <http://www.esde.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-07-INDICE.html>. p. 362.

configurando verdadeiro dialogo entre a Filosofia e o Direito. Nesse sentido, entende o autor:

[...] O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças.³⁴

Portanto, de forma geral, para que haja respeito à dignidade humana, deve existir respeito pela vida, pela integridade física e moral do ser humano; deve haver condições mínimas a uma existência digna, devendo, inclusive, haver limitação do poder.

Nessa direção, ligando o princípio da dignidade da pessoa humana ao acesso à água potável, ensina Fensterseifer³⁵ que:

O conteúdo conceitual e normativo do princípio da dignidade da pessoa humana está intrinsecamente relacionado à qualidade do ambiente (onde o ser humano vive, mora, trabalha, estuda, pratica lazer, bem como o que se come, veste, etc.). A vida e a saúde humanas (ou como refere o caput do artigo 225 da Constituição Federal, conjugando tais valores, a *sadia qualidade de vida*) só são possíveis, dentro dos padrões mínimos exigidos constitucionalmente para o desenvolvimento pleno da existência humana, num ambiente natural onde haja qualidade ambiental da água que se bebe, dos alimentos que se comem, do solo onde se planta, do ar que se respira, da paisagem que se vê, do patrimônio histórico e cultural que se contempla, do som que se escuta, entre outras manifestações da dimensão ambiental.

Desta feita, apresentando-se o meio ambiente como elemento-chave nas questões mais vitais e elementares para a condição humana, o princípio da dignidade da pessoa humana guarda íntima relação à qualidade do ambiente em que o ser humano vive de forma geral e, por conseqüência, ao direito ao acesso à água potável, dado o caráter de fundamentalidade de tal recurso.

Entende Fensterseifer³⁶, assim, que a proteção ambiental está diretamente relacionada à garantia dos direitos sociais, já que o gozo desses últimos, em patamares constitucionalmente desejáveis, está necessariamente vinculado a condições ambientais favoráveis.

Depreende-se, pois, que o acesso à água potável, seja através do fornecimento da água em si ou por meio de saneamento básico, configura verdadeiro direito fundamental do ser humano, podendo ser considerado parte essencial do princípio da dignidade da pessoa humana, sem o qual este perde

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível.** In: Revista Brasileira de Direito Constitucional. n. 9. Jan/jun., 2007. Disponível em <http://www.esde.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-07-INDICE.html>. p. 381.

³⁵ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente:** a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 61-62.

³⁶ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente:** a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 74-75.

parte de seu sentido.

Pode-se concluir, diante do exposto e elucidado, que, partindo-se da premissa do contido no princípio da dignidade da pessoa humana, vislumbra-se o direito à água potável, por seu caráter de fundamentalidade e essencialidade, como elemento intrinsecamente ligado à dignidade humana, constituindo parte essencial e integrante desta, posto que o acesso à água potável representa condição mínima de existência e manutenção do ser humano na Terra.

Por tal razão, o Direito Ambiental, dotado de específicos mecanismos e estratégias de atuação, deve se ocupar de, a cada dia mais, estabelecer planos de ação capazes de fazer valer o Direito das Águas substancialmente, inclusive consagrando a perspectiva de ter o direito à água potável um viés fundamental e, por tal motivo, ser merecedor de amparo jurídico com força vinculante.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa se desenvolveu com o objetivo de analisar a possibilidade de tratamento do direito à água potável como direito fundamental, analisando-se como princípio ensejador a dignidade da pessoa humana.

De acordo com o exposto, vislumbra-se não haver qualquer possibilidade de se atingir a tão pretendida gestão sustentável da água e saneamento para todos se não houver efetivo controle prévio de qualidade dos recursos hídricos, garantindo-se, de tal forma, a adequada distribuição e abastecimento de água às comunidades em geral.

Partindo-se de tal premissa, a proteção dos recursos hídricos passou a ser um pressuposto para um meio ambiente ecologicamente equilibrado, carecendo, por tal razão, de dispositivos legais capazes de fazerem valer sua efetiva proteção.

Neste contexto, observa-se que as nações que já desenvolveram legislações específicas apresentam dificuldades na implementação de suas regulamentações, e aquelas que ainda não possuem dispositivos pertinentes têm como desafio o desinteresse das autoridades competentes e até mesmo a falta de transparência das administrações públicas em geral, requerendo um esforço sobremaneira da sociedade civil para alcançar os resultados pretendidos.

Evidencia-se claramente através da presente pesquisa o caráter fundamental do direito à água, posto que não há que se falar em sobrevivência humana sem referido recurso natural. Por tal razão, o caráter de universalidade da água, aliado à premissa do princípio da dignidade da pessoa humana, tornam clara a necessidade do tratamento da água como direito fundamental.

Através do presente estudo, assim, evidencia-se que o princípio da dignidade da pessoa humana contempla, entre outras divisões, o acesso à água potável (seja por meio de fornecimento da água ou via saneamento básico) como verdadeiro direito fundamental a ser protegido, razão pela qual essencialidade de referido princípio se revela elemento ensejador da proteção jurídica da água.

6 REFERÊNCIAS

BARBOSA, Erivaldo Moreira. Água doce: direito fundamental da pessoa humana. **Revista Âmbito Jurídico**. Rio Grande, 2008. Disponível http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3172.

BONISSONI, Natammy Luana de Aguiar; KOCH SCHLICKMANN, Rafaela Borgo. **O acesso à água potável e os principais desafios do século XXI**: A poluição da água potável por meio de agrotóxicos, desenvolvido para a disciplina “Governança e Sustentabilidade”, do Curso de Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, ministrada pelo Professor Doutor Gabriel Real Ferrer.

BRASIL. **Política Nacional dos Recursos Hídricos**. Lei nº. 9.433/97.

CAPRILES, Renê. **Meio Século de Lutas**: Uma Visão Histórica da Água. Disponível em: http://ambientes.ambientebrasil.com.br/agua/artigos_agua doce/meio_seculo_de_lutas%3A_uma_visao_historica_da_agua.html.

CASTRO, José Esteban. A água (ainda) não é uma mercadoria: aportes para o debate sobre a mercantilização da água. **Revista UFMG**. v. 20, n.2, p. 190-221, jul./dez. Belo Horizonte, 2013. Disponível em https://www.ufmg.br/revista_fmg/downloads/20-2/09-a-agua-ainda-nao-e-uma-mercadoria-jose-castro.pdf.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente**: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FREIRIA, Rafael Costa. **Direito das Águas**: Aspectos legais e institucionais na perspectiva da qualidade. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1738.

IRVING, Marta de Azevedo; OLIVEIRA, Elizabeth. **Sustentabilidade e transformação social**. Rio de Janeiro: Senac Nacional, 2012.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick. A. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial - teoria e prática. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ONU. Organização das Nações Unidas no Brasil. **Agenda 2030**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>.

PNUD. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. **Relatório de Desenvolvimento Humano 2006**. Para lá da escassez: poder, pobreza e a crise mundial da água. Disponível em

http://www.pnud.org.br/HDR/Relatorios-Desenvolvimento-Humano-Globais.aspx?indiceAccordion=2&li=li_RDHGlobais.

RYDLEWSKY, Carlos; GRISOTTO, Raquel. A vida sem água. **Revista Época Negócios**. São Paulo, n. 94.

SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível**. In: Revista Brasileira de Direito Constitucional. n. 9. Jan/jun., 2007. Disponível em <http://www.esde.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-07-INDICE.html>.

SHIVA, Vandana. **Guerras por água: privatização, poluição e lucro**, 2006.

UNITED NATIONS. **Renewable Resources and Conflict**. Toolkit and Guidance for Preventing and Managing Land and Natural Resources Conflicts. 2012. Disponível em: http://www.un.org/en/land-natural-resources-conflict/pdfs/GN_Renew.pdf.

UNITED NATIONS. International Conference on Water and the Environment (ICWE). **The Dublin Statement on Water and Sustainable Development**. Disponível em: <http://www.wmo.int/pages/prog/hwrrp/documents/english/icwedece.html>

UNITED NATIONS. United Nations Water Conference. **Report**. Mar del Plata, 1977. Disponível em: http://www.internationalwaterlaw.org/bibliography/UN/Mar_del_Plata_Report.pdf

VARGAS, Everton Vieira. Água e Relações Internacionais. **Revista Brasileira de Política Internacional**. Vol. 43. n. 1. Brasília, 2000. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292000000100010.

APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA: ASPECTOS TEÓRICOS E JURISPRUDENCIAIS

Edivane Brum¹
Marco Antonio Linhares²

Recebido em: 03 set. 2017

Aceito em: 22 set. 2017

Resumo: Este trabalho objetiva versar sobre a aplicação do princípio da boa-fé objetiva nas relações em geral, e para tanto será exposto um breve histórico afeto ao tema, os respectivos conceitos e sua evolução até a concreta aplicação nos dias atuais. Será adotado como base principal o Código Civil de 2002 que externa a importante função social dos contratos nas obrigações, observado o atual Código de Processo Civil e demais legislações. Para esta explanação, utiliza-se do método indutivo, sendo as fontes de pesquisas são a lei, a doutrina e a jurisprudência, colecionados no decorrer do trabalho através de recortes. Poderá ao final se constatar que o princípio da boa-fé objetiva é positivado na legislação atual e presente nas decisões em apertada pesquisa à jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Palavras-chave: Princípios. Contratos. Direito das obrigações. Boa-fé objetiva. Relações contratuais.

APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF THE OBJECTIVE BOA-FAITH:

THEORETICAL AND JURISPRUDENTIAL ASPECTS

Abstract: This paper aims at discussing the application of the principle of objective good faith in relationships in general, and for this purpose a brief history of the subject, its concepts and its evolution up to the concrete application in the present day will be exposed. It will be adopted as a main basis the Civil Code of 2002 that outlines the important social function of the contracts in the obligations, observing the current Code of Civil Procedure and other legislations. For this explanation, the inductive method is used, the sources of research being the law, doctrine and jurisprudence, collected in the course of the work through cuts. In the end, it can be verified that the principle of objective good faith is positivized in the current legislation and present in the decisions in close research to the jurisprudence of the Court of Justice of the State of Santa Catarina.

Keywords: Principles. Contracts. Right of duties. Objective good faith. Contractual relations.

1 INTRODUÇÃO

Nas linhas que seguem objetiva-se tratar do princípio da boa-fé objetiva e seu alcance no direito brasileiro direcionado aos contratos, face aos atuais Código Civil e Código de Processo Civil, expondo em um breve estudo legislativo e principiológico da sua conceituação bem como sua aplicabilidade, onde pode-se verificar nas decisões colecionadas que tal princípio é utilizado nas

¹ Faculdade Sociesc - Blumenau – UNISOCIESC. Mestranda no Programa de Desenvolvimento e Sociedade da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe – UNIARP. E-mail: edivanebrum@gmail.com.

² Faculdade Sociesc - Blumenau – UNISOCIESC. E-mail: linharesblumenau@gmail.com.

fundamentações dos magistrados nas soluções de conflitos bem como tratado pela doutrina

Faz-se útil o conhecimento do tema para o operador do direito e demais leitores interessados, sendo o conhecimento técnico do instituto em estudo e aos que lhe estão paralelos, como por exemplo a boa-fé subjetiva, possibilitando sua possível identificação, sua diferenciação e incidência ou não para uma correta interpretação dos casos que lhe são expostos, na busca de uma solução mais justa.

A partir disso, estabelece-se como problema se o princípio da boa-fé objetiva no direito civil nacional é de ser aplicado atualmente de forma sistemática, vez que o Código Civil de 2002 conta hoje com mais de 15 anos desde sua promulgação e o atual Código de Processo Civil de 2015 teve sua vigência decretada a partir de 18 de março de 2016, quando findo a *vacatio legis*.

Pode-se constatar que o referido instituto é regularmente utilizado e tem previsão legal, fato que leva a ser invocado nas relações contratuais, sendo sua aplicabilidade possível para dirimir as lides trazidas à juízo as quais na área cível tais conceitos são muito relevantes, tendo em vista a atividade econômica exercida, por exemplo, pelas sociedades empresárias e pela função social dos contratos.

Com a devida análise quanto a presença ou não da boa-fé objetiva nas relações contratuais, procurar-se-á demonstrar que o tema desta pesquisa pode fazer a diferença na solução da lide, desde que constatada sua aplicação, ou a sua falta se for o caso.

No início será exposto um breve histórico do referido instituto, do conceito de boa-fé e dos demais conceitos afetos ao tema, e adiante serão estabelecidas considerações gerais observando-se as previsões legais.

Serão colecionados comentários e opiniões dos doutrinadores relacionados ao final na forma de citações oriundas de pesquisa às obras referenciadas, ou seja, por recortes bibliográficos, e também decisões jurisprudenciais que tratam do tema serão expostas.

Para a exposição, o método adotado será o indutivo partindo-se de uma formulação geral e abrangente das partes do fenômeno estudado, buscando com as diversas citações colecionadas criar alicerce para um entendimento geral perante as considerações expostas, gerando conclusões a respeito do tema e motivando o leitor na busca de complementação de seus estudos de forma mais específica ou delimitada, se for esse o caso.

2 BREVES APONTAMENTOS HISTÓRICOS RELEVANTES

Como forma de iniciar esta pesquisa, serão expostos alguns aspectos mais relevantes do histórico do princípio da boa-fé objetiva, e neste sentido o pensamento de França (1977, p. 486) é de que o direito romano deixou importantes contribuições para o Estado Democrático de Direito na busca do bem social e em relação aos princípios:

Todas as vezes em que a lei falha em sua função socializadora; todas as vezes que não basta

para prover às necessidades sociais – tais princípios são evocados, para, rejuvenescendo-a, modificar-lhe a aplicação, de modo a não deixar que o direito se anacronize. Roma, o laboratório jurídico do Ocidente, com uma clarividência que só ela possuiu, com a intuição perfeita das realidades, teve a felicidade de formular grande número de princípios gerais, que até hoje vivem sobranceiros aos sistemas de todos os povos, que envolveram à sombra das normas do *jus romanum*.

Sobre os princípios, Silva (2008, p. 1097) ensina que estes “mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas”, [...].

O Estado moderno trouxe para si a função de regulamentar as mais diversas relações e quando a relação entre particulares não cumpre seu objetivo, quer seja por uma parte ou por outra, ter-se-á o direito subjetivo de ação, excluindo a vingança privada ou as penas corporais.

O Código Civil Francês, outorgado em 21 de março de 1804 e também conhecido como Código Napoleônico, já trazia menção a boa-fé, e que esta deveria estar presente dentre os contratantes, e sobre o tema Loureiro (2008, p. 76) leciona:

Na era moderna, a história da boa-fé começa na França. Apoiada pela tradição canonista, pela doutrina de DOMAT, um dos inspiradores do Código Civil de 1804, confortada pela concepção moralizadora da teoria do direito natural, a boa-fé foi considerada, no momento da concepção do código francês, como uma noção fundamental do direito do contrato. O projeto de Código Civil do Ano VII continha um artigo (ancestral do atual art. 1.134. al. 3) segundo o qual “as convenções devem ser contratadas e executadas de boa-fé”. [...]

Assevera Reale (2009, p. 277) que [...] “a Revolução Francesa atinge um ponto culminante com a publicação do Código Civil de Napoleão. É um monumento da ordenação da vida civil, projetado com grande engenho e não menor arte”.

O conceito de boa-fé é trazido ao ordenamento jurídico pátrio através da Lei nº 556 de 25 de junho de 1850 (BRASIL, 1850) o então Código Comercial, em sua parte primeira que se refere ao comércio em geral, e de forma mais específica do que em relação ao posterior Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916), pelo disposto no art. 131, I, da lei de 1850.

No diploma posterior de 1916 (BRASIL, 1916), a previsão expressa do princípio da boa-fé objetiva estava contida apenas no art. 1.443 que fazia menção às relações contratuais obrigacionais oriundas da contratação seguros.

Por sua vez, Monteiro (1997, p. 339) aduz que todos os contratos de forma natural devem advir da boa-fé, pois se fundamentam nas afirmações dos contratantes que conclui-se serem mútuas, verdadeiras, honestas.

Já Mamede (2010, p. 58) discorre sobre uma importante questão, a da confiança de que a lei estando criada resolveria todas as questões advindas do tema:

Em verdade, o modelo jurídico do Código Civil de 1916 acreditou excessivamente na lei, o que o século XX provou ser enganoso; o texto de normas positivas foi utilizado reiteradamente como as *cordas de um ringue*, em cujo limite *valia tudo* ou quase tudo: conquanto não vencesse a lei, uma parte poderia espancar a outra até o *nocauté*, que o seu

comportamento seria lícito e jurídico.

Pode-se entender que o Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916) não contemplou de plano a boa-fé objetiva nas relações contratuais, como descreve Pereira (2007, p. 20) e que seria uma crítica que se poderia fazer em relação à lei, pois desconsiderou o princípio em estudo não o prevendo inclusive como cláusula geral.

No Direito Empresarial, quanto a gestão de negócios cuja importante função social se expõe, o princípio da boa-fé está presente no art. 1.011 do atual Código Civil (BRASIL, 2002) através da conduta que se espera do gestor das sociedades empresárias, e a Lei das Sociedades Anônimas (BRASIL, 1976) da mesma forma prevê que o princípio da boa-fé deve estar presente nos atos do acionista, dos administradores e ainda nos de terceiros.

Com a vigência do atual Código Civil (BRASIL, 2002), ter-se-á a ideia de que não há mais espaço nas relações contratuais, sejam de natureza pessoal ou empresarial, que não contemplem uma relação intrínseca com a boa-fé objetiva, comportamento que se espera das partes antes, durante e após a execução dos contratos.

Apesar de uma lei estar positivada e baseada em determinado princípio, considerar-se-á a função social da norma e o alcance dela pelos seus resultados e efeitos, fazendo-se necessário dar-lhe a devida interpretação hermenêutica, observando-se assim a Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro. (BRASIL, 1942)

Na lição de Rizzardo (2009, p. 21), este aduz quanto às relações contratuais e sobre a ótica da função social dos contratos, defendendo que prevalece o interesse público sobre o privado, e o coletivo sobre o individual, havendo uma justiça mais distributiva do que retributiva apenas.

Quanto ao surgimento do atual Código Civil (BRASIL, 2002), Pereira (2007, p. 21) flexibiliza lecionando que a previsão legal da boa-fé objetiva no referido diploma contribuirá para o desenvolvimento da doutrina e da jurisprudência.

Constata-se que a probidade e a boa-fé são princípios basilares para a formação dos contratos, onde as partes exprimem suas vontades e anseiam por manter a segurança nas relações jurídicas. (RIZZARDO, 2009)

3 CONCEITO DE BOA-FÉ OBJETIVA

Entende-se que a noção básica de boa-fé seria quanto ao politicamente correto, o moralmente aceito, a conduta reta e ilibada, a probidade, a não lesão de um bem jurídico alheio e tantos outros exemplos que a sociedade exterioriza através de seus atos e opiniões em diversos níveis culturais, valorando assim tais condutas de diferentes formas e dimensões.

Porém, faz-se necessário que o operador do direito conheça o tema sob o aspecto jurídico e

técnico, e que também o leitor interessado tenha acesso a mesma informação, e por isso expor-se-á inicialmente o conceito de Diniz (2005, p. 507), que leciona ser a boa-fé um “[...] 1. Modelo de conduta social, ao qual cada pessoa deve ajustar-se para agir com probidade. [...] 2. Dever de agir conforme certos padrões socialmente recomendados, de correção, lisura e honestidade [...]”.

França (1977, p. 489) define de outra forma mas no mesmo sentido que: “Etimologicamente, boa fé é a *bona fides*, e *fides*, em linguagem, seria honestidade, confiança, lealdade, sinceridade, fidelidade. Nestas acepções todas vem sendo usada a expressão boa-fé.”

Tem-se a sensação de que a boa-fé gera certo equilíbrio e harmonia entre as partes para que não ocorra o abuso de um direito, ou ainda, a forma arbitrária de utilizar-se de outro, onde as vontades exteriorizadas pelas partes se submeterão às leis antes, durante e após a celebração do contrato, como expõe Loureiro (2008, p. 78) em relação ao tema expondo que: “[...] “a boa-fé agrega uma exigência ético-social que é, ao mesmo tempo, de respeito à personalidade alheia e de colaboração com os demais. [...] A boa-fé, portanto, está na ordem do dia”. [...]

Pode-se entender também que a presença ou a ausência da boa-fé é um desafio em termos de constatação no caso concreto, pois de plano encontra-se em abstrato e faz parte do íntimo sentimento do ser humano por muitas vezes não exteriorizado, e no objetivo de não cometerem-se injustos, há que se estudar cada caso, segundo Mamede (2010, p. 68) que ensina:

[...] A constituição de uma dogmática de boa-fé não se apresenta como tarefa fácil, fugindo ao comum da técnica e teoria – portanto, da tecnologia – do Direito Civil. Implica uma consideração de aspectos abstratos, de forte cunho filosófico (por implicar uma investigação do espírito, abstrata – um modelo aplicável a todos os seres humanos – e concretamente, em cada caso específico), que são perquiridos a partir de fragmentos dos comportamentos dos contratantes, elevados a condição de material relevante para aferição do *animus contrahendae*. Uma tarefa difícil, por certo.[...]

Aferir o *animus* dos contratantes é um desafio, mas no decorrer da relação é que se pode efetivamente constatar a presença ou a ausência da boa-fé pelos fatos decorridos, no que Pereira (2007, p. 20) sobre a constatação ou a falta da boa-fé aduz que: “A boa-fé objetiva não diz respeito ao estado mental subjetivo do agente, mas sim ao seu comportamento em determinada relação jurídica de cooperação”

Para Mamede (2010, p. 72) na sua ótica quanto à probidade e a boa-fé, comenta ainda que a intenção das partes precisa ser investigada, suas intenções, sua consciência e fins para que sejam atendidas as expectativas de ambos.

Por isso exposto, faz-se necessária a ponderação e a análise do aspecto cognitivo das partes contratantes, exteriorizado pelo seu comportamento demonstrado antes, durante e/ou após a celebração do contrato.

4 A BOA-FÉ OBJETIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Como já citado de forma introdutória, o atual Código Civil (BRASIL, 2002) trata de maneira funcional da boa-fé objetiva através de alguns artigos, conforme Venosa (2007, p. 348) leciona: [...] “pelo prisma do vigente Código, há três funções nítidas no conceito de boa-fé: função interpretativa (art. 113); função de controle dos limites do exercício de um direito (art. 187); e função de integração do negócio jurídico (art. 422)”.

Com relação ao art. 422 do citado *codex*, em 2005 sua importância fora ressaltada pelos enunciados 167 a 170 do Conselho da Justiça Federal – CJF aprovados na III Jornada de Direito Civil, tais enunciados não tem força de lei mas são relevantes indicadores interpretativos de artigos do Código Civil (BRASIL, 2002), e contribuem para com a evolução do Direito como uma Ciência dinâmica em favor da sociedade.

O art. 113 do Código Civil (BRASIL, 2002) em sua função interpretativa se refere a não prevalência do sentido literal da linguagem expressado pelas partes, mas ao interesse social e segurança nas relações jurídicas. Já o art. 187 por sua vez, expressa a função de controle dos limites do exercício do direito e se refere justamente as questões de abuso de direito, ou o exercício irregular do direito. O art. 422 em sua função de integração do negócio jurídico é a forma expressa do princípio da boa-fé objetiva positivado no atual Código Civil brasileiro (BRASIL, 2002), pois até mesmo a violação de deveres conexos independem de culpa para constituir inadimplemento. (DINIZ, 2009)

Muito embora não haja a expressão do termo boa-fé, pode-se vislumbrar a presença do instituto no art. 1.011 *caput*, do Direito de Empresa no atual Código Civil (BRASIL, 2002) que trata da boa-fé na conduta do gestor da sociedade empresária dispondo que: “Art. 1011. O administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios”, e sobre o referido artigo, Diniz (2008, p. 687) aduz que:

[...] O investido na gerência poderá praticar todos os atos que não excederem aos limites normais da administração (p.ex., pagar dívidas, movimentar somas, cobrar devedores, receber ou dar quitação, admitir empregado, locar, etc.) até mesmo sem autorização dos demais sócios, desde que não proceda dolosamente (RT, 417:134 e 536:155), visto que deverá no exercício de suas funções ter todo o cuidado e diligência que qualquer pessoa probo (honesta, honrada) e ativa costuma empregar ao administrar seus próprios negócios. Não se exige do administrador perfeição técnica na sua gestão, mas correção em sua conduta decisória, ante o princípio da boa-fé objetiva. Aplicar-se-ão às atividades do administrador, no que forem cabíveis, as normas alusivas ao mandato, por ser representante da sociedade. Logo, deverá prestar contas e responder por danos que causar no exercício da administração, pela prática de atos exorbitantes.[...]

O Código Civil anterior (BRASIL, 1916) em relação ao atual (BRASIL, 2002) não contemplava regra similar, como constatado por Fiuza (2008, p. 1010) que inclusive observa a Lei das Sociedades por Ações (BRASIL, 1976) e concorda com Diniz supra citada no que diz respeito ao modo com que o gestor das sociedades empresárias deve administrar os negócios: [...] “o Código Civil de 1916 não

continha regra semelhante. O *caput* deste art. 1.011 reproduz, de modo fiel, o dever de diligência dos administradores das sociedades anônimas contido no art. 153 da Lei 6.404/76”.

Reitera-se assim a importância da boa-fé nas relações empresariais diretamente ligadas aos atos dos administradores na condução da empresa, pois a função social da empresa é algo muito abrangente e por vezes até difuso, merecendo a devida atenção dadas as circunstâncias da finalidade econômico social do contrato.

Pode-se considerar também uma das mais importantes conquistas do direito brasileiro, o Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990), que pelo disposto nos arts. 4º; inc. III; e art. 51; inc. IV; prevê expressamente a boa-fé nas relações de consumo, e que a relação contratual não se encerra pelo simples fato de adquirir-se e pagar-se por um produto ou serviço, pois dependendo do caso pode-se estender esta relação.

Na relação consumerista, o princípio em estudo é de elevada importância pelo já citado art. 51 do CDC (BRASIL, 1990), que trata das cláusulas abusivas prevendo serem nulas de pleno direito aquelas relativas ao fornecimento de produtos e serviços.

E na busca deste entendimento junto ao caso concreto como proposto, coleciona-se a seguinte jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina – TJSC:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO. AQUISIÇÃO DE VEÍCULO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. [...] O recorrente defende a impossibilidade de revisão do contrato, em respeito ao princípio da boa-fé, e pugna sua manutenção na integralidade. Razão não lhe assiste. Isso porque a relação existente entre os litigantes é típica de consumo, nos termos do art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor - CDC e da Súmula 297 do Superior Tribunal de Justiça: "*O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras*". O objetivo do Código de Defesa do Consumidor é proteger o hipossuficiente em decorrência de sua vulnerabilidade - no caso perante a instituição financeira -, e tem como finalidade, nos termos da Política Nacional das Relações de Consumo, resguardar os interesses econômicos e harmonizar os negócios consumeristas. Nesse contexto, o art. 6º, V, do CDC estabelece que são direitos básicos do consumidor "*a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas*". Já o art. 51, IV, do mesmo Diploma Legal dispõe que são nulas as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que "*estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade*". [...] (TJSC – 2ª Câmara de Direito Comercial – Apelação Cível 0003190-82.2012.8.24.0041, de Mafra/SC – Rel. Des. Newton Varella Júnior, j. em 16/5/17)

O consumidor tem como seu aliado a legislação geral e a específica e também os princípios que as regem, exteriorizados aqui por uma decisão que se operou por uma interpretação sistemática das normas transcritas em seu texto, sendo que o Código Civil (BRASIL, 2002) neste sentido parece ter sido concebido em total consonância com o diploma consumerista (BRASIL, 1990) que é anterior à ele.

Para as sociedades empresárias fornecedoras de produtos e serviços ao consumidor final, é de

extrema importância monitorar suas relações com os clientes e implementar políticas de qualidade, fiscalização e outros que proporcionem segurança ao consumidor.

Neste contexto, surge também a importância de uma advocacia de partido para uma constante manutenção jurídica preventiva, evitando demandas face a sociedade empresária, quer seja por uma publicidade mal elaborada ou por eventuais riscos na oferta de produtos e serviços.

5 A BOA-FÉ SUBJETIVA

Apesar de não ser objeto de estudo desta pesquisa, a boa-fé subjetiva não pode ser excluída da devida apreciação, com a finalidade de distinguir esta da boa-fé objetiva de forma técnica, por isso, coleciona-se o entendimento de Diniz (2005, p. 507) que leciona sendo a boa-fé subjetiva “[...] a que se liga a um convencimento individual de estar agindo conforme a lei [...] quando a pessoa acredita ser titular de um direito que, na realidade, não tem, por existir na aparência [...]”.

Porém, por cautela, há que se observar ainda o previsto na Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro (BRASIL, 1942) em seu art. 3º, o qual prevê que “Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”.

A subjetividade gera um grau de dúvida ainda maior quanto a interpretação e a constatação das intenções dos contratantes, se existe ou não oculto um vício ou comportamento que social ou juridicamente poderia restar reprovado, como expõe Mamede (2010, p. 70):

De qualquer sorte, não se pode desconhecer, por outro lado, que mesmo a *boa-fé subjetiva* investiga-se a partir dos elementos externos do ajuste, destacada a impossibilidade de investigação do contexto psicológico por via direta, a implicar *procedimentos telepáticos* ainda não assimilados pelo direito. Portanto, a investigação do universo subjetivo faz-se pela pesquisa do universo objetivo: não só o contrato, mas as circunstâncias contratuais.

Fazendo um paralelo, Pereira (2007, p. 21) de forma exemplificatória entre um e outro conceito flexibiliza que a “[...] simples abstenção de prejudicar, característico da boa-fé subjetiva, se transforma na boa-fé objetiva em dever de cooperar.”

Se for o caso, no processo judicial não restará outra saída se não uma investigação das atitudes dos contratantes e a análise dos efeitos posteriores da relação contratual, aproximando-se a verdade dos autos à verdade real dos fatos na busca da identificação e aferição dos elementos que caracterizam ou excluem a presença da boa-fé.

Ainda no campo da subjetividade, por mero erro pode o contratante estar convencido plenamente de que sua intenção é de boa-fé, em estado de inconsciência tal que convencido está ser legítimo seu posicionamento, como explica Venosa (2007, p. 347) concordando com Maria Helena Diniz supra citada: “[...] “Na boa-fé subjetiva, o manifestante de vontade crê que sua conduta é correta, tendo em vista o grau de conhecimento que possui de um negócio. Para ele há um estado de consciência ou aspecto psicológico que deve ser considerado”.

Evitar-se-á entretanto confundir a boa-fé subjetiva com a má-fé, onde na segunda, diferente da primeira, existe a intenção de causar uma lesão através de uma atuação de forma ilegítima ou ilícita, como por exemplo a obtenção de vantagem econômica pelo enriquecimento sem causa.

Restaria mais fácil identificar a boa-fé objetiva numa relação contratual pelo comportamento exteriorizado quanto a probidade e a honestidade, enquanto que para aferição da boa-fé subjetiva os cuidados são maiores e de mais difícil identificação, pois esta poderia confundir-se até mesmo com a má-fé, dependendo da vontade do agente que bem pode simular seu comportamento.

6 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA E AS RELAÇÕES CONTRATUAIS

Pessoas e empresas estão diariamente contratando produtos e serviços pessoalmente ou mesmo pela internet, que com seu advento facilitou o acesso a muitos itens não disponíveis nas lojas, um verdadeiro fomento da economia.

Porém, os contratos são ainda mais importantes sob o ponto de vista de sua função social, ou seja, impera uma regra e um sentimento geral de que o sujeito que contrata precisa e receberá o produto ou serviço do sujeito que foi contratado, nem mais nem menos, e pelo preço acordado.

Imagine-se que do outro lado de um contrato feito pela internet está um consumidor menor de idade, nem por isso deixará de ser nulo pela incapacidade do agente.

Na prática, as vezes, a contratação não ocorre exatamente da forma avençada, até mesmo não por vontade do fornecedor, e não resolvendo-se em prazo hábil pode gerar transtornos para as partes, porém, se estas estiverem de boa-fé é possível se chegar numa solução sem maiores problemas.

Aí que entra o respeito mútuo que as partes devem ter uma com a outra, o dever de lealdade e honestidade para o consumidor não tentar obter uma vantagem indevida e o fornecedor corresponder às suas expectativas, inclusive nas relações entre empresas onde a regra consumerista muitas vezes não pode ser utilizada como amparo legal.

Não apenas o princípio da boa-fé objetiva deverá estar presente, mas também outros paralelos que são afetos a relação contratual, em especial na área empresarial, como leciona Sarhan Júnior (2017, p. 390):

Os princípios que norteiam qualquer relação contratual são o da **liberdade para contratar** (as partes são livres para contratar e dispor sobre suas cláusulas, desde que não infrinjam proibições legais nem atentem contra a moral e aos bons costumes), **cumprimento da relação contratual** (também conhecido como *pacta sunt servanda*, este princípio aduz que o contrato faz lei entre as partes, sendo seu cumprimento obrigatório), **relativização das obrigações contratuais** (o contrato faz lei entre as partes e não pode ser cobrado de terceira pessoa que não se obrigou, tampouco possui responsabilidade sobre o mesmo), **função social dos contratos** (art. 421 do CC) e **princípio da boa-fé** (art. 422 do CC, a fim de que estejam de forma proba na formação e no adimplemento da relação contratual).

Correlacionando o tema com a dignidade da pessoa humana, Diniz (2005, p. 35) exemplifica:

A liberdade contratual é reconhecida, mas seu exercício está condicionado à função social do contrato e implica valores de boa-fé e probidade (CC, art. 422). Logo, a função social do contrato, dirigida à satisfação de interesses sociais, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz seu alcance, quando estiverem presentes interesses meta-individuais ou interesse individual coletivo relativo à dignidade da pessoa humana (Enunciado do STJ n. 23, aprovado na Jornada de Direito Civil, promovida em setembro de 2002, pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal). A autonomia privada como auto-regulamentação de interesses só se justificaria se o contrato corresponder a uma função considerada socialmente útil pelo ordenamento.

Sobre as tendências contemporâneas dos princípios no direito civil, Farias e Rosenvald (2017, p. 89) lecionam que estes:

[...] constituem as proposições genéricas que servem de substrato para a organização de um ordenamento jurídico. Daí a sua inquestionável importância no estudo das ciências jurídicas. Com isso, não se pode olvidar que os princípios são *enunciados com força normativa* e, por força disso, tendem à produção de efeitos concretos, que emergem do garantismo constitucional, voltados, em especial, à valorização da pessoa humana e à afirmação de sua dignidade.

Como já citado, na legislação infraconstitucional constata-se a previsão de forma expressa e relevante no Código Civil (BRASIL, 2002) vigente, que dispõe nos arts. 113, 187, 421, 422 e 1011 *caput*, este último relacionado ao Direito de Empresa, e analisados de forma conjunta podem proporcionar entendimento do tema abrangendo o Direito das Obrigações e o Direito Empresarial, aplicando-se aos contratos.

Cumprido ressaltar que no exercício da advocacia, o advogado pelos seus atos expressa a vontade do cliente, e esses atos devem estar fundados em boa-fé na busca pela prestação jurisdicional, colaborando assim com o sistema judiciário na relação processual, evitando lides temerárias, e conforme disposto no art. 5º do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) que dispõe: “Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

Observar-se-á ainda o § 2º do art. 322 do mesmo diploma processual que determina: “Art. 322. O pedido deve ser certo. [...] § 2º A interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé”, e nesse sentido, Nery Júnior (2016, p. 972) leciona:

[...] Este parágrafo foi incluído no CPC [...] e não passa de adequação da lei ao que atualmente dispõe a jurisprudência do STJ, que, por sua vez, tem aceitado determinados pleitos não expressos na inicial mas que, em tese, seriam passíveis de dedução, de acordo com o conjunto do que foi pedido, mas tudo em respeito, evidentemente, ao princípio da boa-fé. [...]

No supra mencionado art. 5º do atual CPC, Nery Júnior (2016, p. 217) também esclarece que: [...] “agora, existe uma imposição geral, uma regra geral de boa conduta mais explícita, além dos dispositivos que tratam dos deveres das partes e da sua responsabilidade por dano processual”. [...]

Já o art. 2º, inc. II; do atual Código de Ética e Disciplina da OAB, dispõe que o advogado deve “atuar com destemor, independência, honestidade, decoro, veracidade, lealdade, dignidade e boa-fé”.

As decisões dos Tribunais quanto a observância do princípio da boa-fé objetiva nos contratos

em consonância com os princípios gerais do direito, da probidade, da lealdade e do não abuso econômico, se mostram presentes, como pode-se observar na seguinte ementa jurisprudencial da corte catarinense – TJSC:

PLANO DE SAÚDE COLETIVO. PEDIDO DE RESTABELECIMENTO. CANCELAMENTO UNILATERAL E IMOTIVADO PELA OPERADORA. ABUSIVIDADE DA CONDUTA CARACTERIZADA. [...] QUADRO QUE REVELA A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA, NO CONTEXTO EM QUE SE DEU. [...] MANUTENÇÃO DO PLANO CONTRATADO QUE SE IMPÕE. [...] Com efeito, é importante ressaltar que a *quaestio* – ainda que eventualmente não abarcada pelos ditames da Lei 9.656/98 por interpretação legal – deve ser analisada não só pela ótica do Código de Defesa do Consumidor, que rege os efeitos de contratos de trato sucessivo, mas também por meio da cláusula geral de boa-fé objetiva, implícita em nosso ordenamento antes mesmo da vigência do CDC e do Código Civil de 2002 – inobstante expressada a partir desses marcos legislativos –, que impõe deveres de conduta leal aos contratantes e funciona como um limite ao exercício abusivo de direitos. [...] (TJSC – 3ª Câmara de Direito Civil – Apelação Cível 0501886-78.2013.8.24.0033, de Itajaí/SC – Rel. Des. Maria do Rocio Luz Santta Rita, j. em 31/1/17)

A decisão supra colecionada externa uma vontade social, a de que o consumidor hipossuficiente não pode ser lesado pela outra parte que, de forma unilateral, resolve por fim ao contrato sem justa causa e arbitrariamente, e sobre uma noção de interesse geral, Noronha (2007, p. 25 e 26) exterioriza que:

Se toda obrigação visa satisfazer um interesse do credor, seja ele patrimonial ou extrapatrimonial, acima dele está o “interesse geral” ou “bem comum”, de que já falavam Aristóteles e São Tomás de Aquino. O que pode ser difícil, na sociedade real, dividida por conflitos de interesse e valores fortemente influenciada pelas ideologias dominantes, é saber que conteúdo deve ser dado ao interesse geral, ou ao bem comum.

De certa forma, pode-se entender que o princípio da boa-fé objetiva se contrapõe ao direito da autonomia da vontade contratual e do *pacta sunt servanda*, onde este último determina que [...] “a vontade manifestada no contrato faz lei entre as partes” [...] (DINIZ, 2009, p. 363), pois as disposições contratuais avençadas, apesar de serem ajustadas pelas partes que devem cumprir cada qual a sua, não determina de forma absoluta que o contrato precisa ser cumprido, eis que se nele de alguma forma faltou a boa-fé por uma das partes restando prejudicada a outra, em assim sendo, haverá que ser relativizado.

Nota-se que o interesse geral e o bem comum sempre devem ser considerados na solução dos conflitos de interesse, utilizando-se dos princípios como fundamentos, e estes mesmos princípios vindo a conflitarem-se entre si, também necessitam de reflexão quanto a serem utilizados na busca do bem comum, e para isso faz-se necessário analisar o caso concreto, sopesando-os.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Constata-se que o princípio da boa-fé objetiva tem sua aplicabilidade antes, durante e até mesmo após a execução dos contratos, sendo que nos dias atuais entender-se-á não haver mais espaço

nas relações para sujeitos que apenas se mascaram de boa-fé buscando obter vantagem econômica em detrimento da outra parte da relação, pois o Código Civil (BRASIL, 2002), na inteligência de seus artigos a respeito da matéria e também as demais legislações que fazem referência ao instituto aqui estudado, externam que deve existir o pressuposto da boa-fé objetiva nas relações contratuais diversas, anseio de uma sociedade justa.

Nas demais relações, de forma igual o princípio tem sua relevante importância, pois a responsabilidade dos gestores das sociedades empresárias na sua administração, aliada a função social da empresa, exige que os atos sejam de boa-fé, bem como a condução dos processos trazidos à juízo precisam ser pautados na boa-fé por todas as partes, quer sejam o jurisdicionado, o advogado, o magistrado, o ministério público e demais agentes.

Em síntese, pode-se concluir que o princípio da boa-fé objetiva expressou-se nos diplomas anteriores de forma diferente e menos presente em relação aos atuais, e foi objeto de anseio legislativo, faltando apenas exteriorizar sua forma e definição expressa, sobrevivendo da norma geral para a norma específica quando necessário, buscando a função social da norma pela via, por exemplo, das interpretações teleológica ou sistemática.

Por ser elemento abstrato, é necessária a avaliação do caso concreto e das vontades das partes para constatar quando da sua incidência ou ausência, sem prejuízo dos demais princípios do direito a serem sopesados.

Com a evolução, a doutrina traz à luz o conhecimento, considerando desde o direito romano até o contemporâneo, objetivando iluminar cada vez mais a difícil adequação do caso concreto à norma prevista em abstrato pelo legislador, visando o operador do direito a chegar na justa prestação jurisdicional, direito este dinâmico e evolutivo.

O Código Civil de 2002 e o Código de Processo Civil de 2015 parecem estar em consonância com os anseios da sociedade, sendo nas relações privadas ou nas lides trazidas a juízo.

Importante ainda salientar que todas estas relações requerem uma análise técnica por parte do operador do direito, figura indispensável neste processo, e que se espera estar em harmonia com o ordenamento jurídico.

A tarefa mais difícil talvez esteja a cargo do Magistrado, que tem a árdua porém nobre missão de adequar a lei ao caso concreto, e que também deverá pautar-se nos princípios, buscando assim a melhor aplicabilidade técnica e harmônica, visando a finalidade social que cabe devidamente ao caso *sob judice*.

A boa-fé objetiva é, portanto, elemento indispensável nos contratos, é desejada pela sociedade através da vontade externada pela legislação. Leis contemporâneas que buscam o bem social tem o objetivo de melhorar as mais diversas relações, onde o direito vem operacionalizar a busca do equilíbrio nestas relações, nas quais o Estado tem sua efetiva participação quando provocado para

servir de mediador das divergências, e que poderão ser objeto de estudo e aperfeiçoamento legislativo para a aplicação das normas numa sociedade que deseja evoluir nos mais diversos níveis, visando crescimento cultural, normativo e também econômico, objeto fim da maioria dos contratos, em especial, os de nível empresarial.

8 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código civil brasileiro**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 13 jul. 2017.

BRASIL. **Código civil dos estados unidos do brasil**. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 13 jul. 2017.

BRASIL. **Código comercial**. Lei nº 556, de 25 de junho de 1850. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 13 jul. 2017.

BRASIL. **Código de processo civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 13 jul. 2017.

BRASIL. **Código de proteção e defesa do consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 13 jul. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 17 jul. 2017.

BRASIL. **Dispõe sobre as sociedades por ações**. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 13 jul. 2017.

BRASIL. **Dispõe sobre o estatuto da advocacia e a ordem dos advogados do Brasil (OAB)**. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 17 jul. 2017.

BRASIL. **Lei de introdução às normas do direito brasileiro**. Decreto Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 17 jul. 2017.

CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciados aprovados na III jornada de direito civil**. Disponível em <www.jf.jus.br>. Acesso em 17 jul. 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 13. ed. revista, aum. e atual. de acordo com a reforma do CPC e com o Projeto de Lei n. 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Código civil anotado**. 14. ed. revista, aum. e atual. de acordo com as leis nº 11.698/2008 e 11.804/2008. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 21. ed. revista e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Dicionário jurídico**. 2. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2005. 1200 p. v. 1.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e lindb**.

15. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

FIUZA, Ricardo. **Código civil comentado**. 6. ed. rev. e atual. – coordenação de Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2008.

FRANÇA, Limongi (Coord). **Enciclopédia saraiva do direito n. 11**. São Paulo: Saraiva, 1977.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Contratos: teoria geral e contratos em espécie**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Método, 2008.

MAMEDE, Gladson. **Direito empresarial brasileiro: teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2010. v. 5

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das obrigações – 2ª parte**. São Paulo: Saraiva, 1997.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações: fundamento das obrigações; introdução à responsabilidade civil**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

OAB. **Código de ética e disciplina da OAB**. Anexo Único da Resolução nº 02/2015 – CFOAB. Em vigor a partir de 1º de Setembro de 2016 (Ver art. 79, com redação aprovada pela Resolução nº 03/2016 – DOU, 19.04.2016, S. 1, p.81. Disponível em: <www.oab.org.br>. Acesso em 8 mai. 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: contratos**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2009.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 9. ed. revista e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

SILVA, de Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 27 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

SARHAN JÚNIOR, Suhel. **Curso de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. Apelação cível nº 0003190-82.2012.8.24.0041, de Mafra/SC, Rel. Des. Newton Varella Júnior, *j.* em 16.5.2017. Disponível em: <www.tjsc.jus.br>. Acesso em 13 jul. 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. Apelação cível nº 0501886-78.2013.8.24.0033, de Itajaí/SC, Rel. Des. Maria do Rocio Luz Santta Rita, *j.* em 31.1.2017. Disponível em: <www.tjsc.jus.br>. Acesso em 13 jul. 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 7. ed. São

Paulo: Atlas, 2007.

Contribuição individual:

EB – Concepção, redação do artigo, revisão crítica e aprovação da versão a ser publicada.

MAL – Concepção, delineamento e redação do artigo.

INSTITUTO DA ARBITRAGEM E O ACESSO À JUSTIÇA

Robson da Silva Matos¹
Ivonete Moreira²

Recebido em: 03 set. 2017

Aceito em: 22 set. 2017

Resumo: Procurou-se demonstrar por meio da presente monografia, as características do Instituto da Arbitragem, como forma de demonstrar do que se trata tal Instituto, de onde ele surgiu, onde foi e é utilizado. Ainda demonstrar como tal instituto acabou por se inserir na legislação pátria, as etapas de seu desenvolvimento, os altos e baixos em sua utilização ao longo da história da nossa nação. Para finalmente marcar o ponto onde a Arbitragem se firmou como meio eficaz e eficiente de acesso à justiça, como forma de resolução de conflitos, alternativamente e complementarmente em relação a jurisdição estatal. Culminando nos mecanismos arbitrais que possibilitam a segurança jurídica e sua plena utilização. Mecanismos esses que sofreram recente atualização com a promulgação da Lei 13.105 e da Lei 13.129.

Palavras-chave: Arbitragem. Justiça. Lei.

INSTITUTE FOR ARBITRATION AND ACCESS TO JUSTICE

Abstract: The purpose of this monograph was to demonstrate the characteristics of the Arbitration Institute as a way of demonstrating what the Institute is about, where it came from, where it was and is used. Still demonstrate how such an institution ended up being inserted in the homeland legislation, the stages of its development, the ups and downs in its use throughout the history of our nation. To finally mark the point where Arbitration has established itself as an effective and efficient means of access to justice, as a form of conflict resolution, alternatively and complementarily in relation to state jurisdiction. Culminating in the arbitration mechanisms that make legal security and its full use possible. These mechanisms have recently been updated with the enactment of Law 13.105 and the law 13.129.

Keywords: Arbitration. Justice. Law.

1 INTRODUÇÃO

O presente instrumento de pesquisa tratará do Instituto da Arbitragem sua história e evolução bem como a sua aplicabilidade no Brasil e no mundo. O estudo pretende demonstrar o que é tal instituto e analisar os impactos dele no sistema jurídico e na sociedade além de demonstrar qual a situação do mesmo hoje.

Em 1996 entrou em vigor no ordenamento jurídico Brasileiro a Lei nº 9.307, de 23 de setembro, a Lei da Arbitragem. Contudo, constata-se que o Instituto da Arbitragem já era observado desde as Ordenações Filipinas. Com a sua entrada em vigor o Instituto da Arbitragem tem se demonstrado um tanto quanto controverso haja vista que apesar de estar em consonância com os princípios

¹ Bacharel em direito pela Universidade Alto Vale do Rio do Peixe, campus de Caçador.

² Bacharel em direito, Mestranda no Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Desenvolvimento e Sociedade da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe – UNIARP. E-mail: ivonete.moreira@uniarp.edu.br.

constitucionais da liberdade, eficiência e eficácia, não da àquele que o utiliza a oportunidade de um duplo grau de jurisdição e conseqüentemente não permite uma ampla defesa em tese assim como não se alinha ao Art. 5º da CF que prevê que a *lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou perigo de ameaça a direito*.

Faz-se necessário uma criteriosa análise que pondere a ascensão do Instituto Arbitral para verificar se trata-se de algo benéfico ou não. De um lado temos as vantagens da celeridade, qualidade, baixo custo e segurança das decisões arbitrais do outro temos a não observação ao duplo grau de jurisdição, a falta de cultura no Brasil para o uso da arbitragem e a preocupação do desequilíbrio das partes no processo arbitral. Assim precisa-se saber quais os possíveis problemas da Arbitragem? Como equilibrar-se-iam as partes na lide? A Arbitragem é ou não Constitucional?

2 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS E FUNDAMENTAIS DA ARBITRAGEM

A lei da arbitragem, em geral é compatível com a Constituição Federal. Ela não vai contra o princípio de acesso ao judiciário, consagrado no art. 5º, inciso XXXV, pois não é de forma alguma obrigatória, sendo que a sua escolha funda-se na liberdade das partes na celebração de um livre acordo. Seria inconstitucional tal lei se a arbitragem fosse de algum modo obrigatória e conseqüentemente restringisse o acesso ao judiciário. Seu uso é restrito aos direitos patrimoniais disponíveis, aqueles economicamente mensuráveis, e que o exercício discorre exclusivamente da vontade do titular, os direitos dos quais o titular pode dispor, ou seja, pode abrir mão ou não como desejar. Logo, se o titular do direito, que é um direito patrimonial disponível, pode dispor dele, nada impede de ele escolher a arbitragem para solucionar litígios inerentes a ele.³

2.1 AUTONOMIA DA VONTADE DAS PARTES

O princípio da autonomia da vontade das partes é central perante o Instituto da Arbitragem, pois, na manifestação, livre, da vontade das partes é que se encontra alicerçado tal Instituto. Esse princípio imprime que da vontade das partes cria e determinado o conteúdo do negócio jurídico celebrado.⁴

Essa liberdade de contratar pode ser vista sob dois aspectos. Pelo prisma da liberdade propriamente dita de contratar ou não, estabelecendo-se o conteúdo do contrato, ou pelo prisma da escolha da modalidade do contrato. A liberdade contratual permite que as partes se valham dos modelos contratuais constantes do ordenamento jurídico (contratos típicos), ou criem uma modalidade de contrato de acordo com suas necessidades (contratos atípicos).⁵

A liberdade contratual, o poder para os contratantes disciplinar os seus interesses frente a um acordo de vontades é o que sustenta o princípio da autonomia da vontade. É facultativo as partes

³ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 89.

⁴SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. **Noções gerais da arbitragem**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 39.

⁵VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: contratos**. São Paulo: Atlas, 2016, p. 15

celebrar ou não contratos sem que o Estado precise participar para que os mesmos sejam tutelados pela ordem jurídica vigente no próprio Estado, celebrando assim contratos nominados, não nominados.⁶

2.2 ACESSO À JUSTIÇA

O procedimento jurisdicional, regulado pelo Código de Processo Civil na figura do processo de conhecimento é o centro de um grande sistema de solução de conflitos que agrega diversos microsistemas em torno dele mesmo, surgidos pela promulgação de novas leis que regulam matérias específicas e que exigem a tutela também específica ou instrumentos específicos para a sua efetivação.⁷

A ideia do acesso à justiça pode ser confundida, por vezes, com a possibilidade de utilização do Poder Judiciário, ou mesmo com o acesso ao Poder Judiciário. Ocorre que o acesso à justiça não se restringe apenas à ideia de acesso ao Poder Judiciário. O acesso à justiça implica o estabelecimento de mecanismos que permitam a efetivação dos direitos através de instrumentos que, adequada, satisfatória e rapidamente, possibilitem a obtenção concreta dos objetivos buscados pela sociedade, entre eles, a concretização da justiça social.⁸

Santos sustenta que “a Arbitragem consiste assim em um *microsistema* de diluição de controvérsias voltado precipuamente a atender determinada espécie de demanda por justiça”.⁹

2.3 EQUIVALENTES JURISDICIONAIS OU FORMAS ALTERNATIVAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Mesmo quando não provem da autoridade judiciária brasileira, certos atos podem vir, sob determinadas condições, à composição, definitiva ou não da lide.¹⁰ Assim Bacellar define que “de regra os métodos consensuais apresentam-se na forma autocompositiva e os métodos adversariais na forma heterocompositiva.”¹¹

2.3.1 Definições de arbitragem

Segundo a interpretação mais correta sobre a lei da arbitragem, pode-se defini a arbitragem como o meio de resolver litígios civis, atuais ou também futuros, sobre os direitos patrimoniais disponíveis, onde árbitros privados, escolhidos pelas partes, decidirão o conflito. As decisões proferidas produzem os mesmo efeitos das decisões proferidas no âmbito da justiça estatal, na forma

⁶GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 41 .

⁷SILVA, Eduardo Silva da; MORAES, Henrique Choer; BARBIERI, Lindenmeyer Maurício. **Teoria geral do processo**. 2002, p. 31.

⁸SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. **Noções gerais de arbitragem**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 34, 35.

⁹SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. **Noções gerais de arbitragem**. p. 35.

¹⁰CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 48.

¹¹BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem**. p. 38.

das sentenças do Poder Judiciário.¹²

2.4 JURISDIÇÃO E ARBITRAGEM

O direito subjetivo de ação, pelo qual o cidadão solicita ao Estado que faça justiça ao problema que aquele lhe apresenta, corresponde a atividade denominada jurisdição. Através desta última o Estado cumpre o seu dever de mediante um determinado procedimento, o devido processo legal, levar justiça aos litigantes. Jurisdição é uma forma de exercício da soberania estatal que se desenrola pela legislação e administração da lei¹³

A jurisdição dirige-se, essencialmente, à eliminação (ou composição) do conflito de interesses existente (ou virtual) entre as partes. A lide é eliminada mediante a *declaração e aplicação do direito* incidente ao caso concreto (processo de conhecimento), ou mediante a *realização do direito* (processo de execução)¹⁴

Misturar a atividade do árbitro com a atividade do juiz de direito, ou estender demasiadamente o conceito de jurisdição, coloca em patamar iguais coisas que de comum, não tem nada. Desqualificam a essência da jurisdição. Não há como relacionar o dever estatal de proteger os direitos com a simples necessidade de procurar julgadores capacitados com conhecimentos técnicos para decidir sobre determinado assunto também técnico.¹⁵

2.5 NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM

O debate acerca da natureza jurídica da arbitragem não é novo, de um lado há os estudiosos que vêem no instituto uma atividade privada, desligada da função estatal de julgar, e há aqueles que enxergam no juízo arbitral o exercício da função do estado de julgar, ou seja da jurisdição.¹⁶

3 HISTÓRIA E ATUALIDADE DA ARBITRAGEM NO BRASIL

Segundo Szklarowsky “observa-se o Instituto da Arbitragem desde muito tempo, “entre os povos antigos, a arbitragem e a mediação constituíam meio comum para sanar os conflitos entre as pessoas”.¹⁷

Desde os tempos mais remotos da humanidade, dos quais não temos registro algum, sendo um dos institutos mais antigos que temos notícia. Já na origem da humanidade, segundo a Bíblia Sagrada no Livro de Gênesis, Capítulo 31, Versículos 36 e 37, quando Jacó interroga Labão, se achou algo

¹²ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 88.

¹³CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 3.

¹⁴CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. 13. ed. p. 5

¹⁵MARIONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 156.

¹⁶CARMONA, Carlos Alberto. **A Arbitragem no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 29.

¹⁷SZKLAROWSKY, Leon Frejda. **Evolução histórica da arbitragem**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6842/evolucao-historica-da-arbitragem>>. Acesso em: 27 set. 2014.

em sua casa.¹⁸

Qual é a minha transgressão? Qual o meu pecado, que tão furiosamente me tens perseguido? Havendo apalpado todos os meus utensílios, que achaste de todos os utensílios de tua casa? Põe-nos aqui diante de meus irmãos e de teus irmãos, para que julguem entre mim e ti.¹⁹

Segundo Martins “na Grécia antiga, a unidade de raça, de tradição e de cultura, acentuada pelo comum antagonismo ao mundo bárbaro, favoreceu, sobremaneira o desenvolvimento do instituto da arbitragem”.²⁰

3.1 SURGIMENTO DA ARBITRAGEM NO DIREITO BRASILEIRO

A arbitragem é, legalmente, reconhecida no Brasil desde tempos da colonização do Império Português, naquela época a arbitragem já existia e era obrigatória. Naquele tempo, século XVII, sob domínio espanhol, era obedecido às Ordenações Filipinas, que vigoraram até a Proclamação da República. Nas Ordenações Filipinas continham normas sobre arbitragem, condicionadas sempre à homologação pelo Poder Judiciário. Ainda em tempos remotos tinha-se notícia da arbitragem no Assento de 10 de novembro de 1644 e no Decreto nº 353 de 1845.²¹

Não se pode dizer que as Constituições nacionais tenham ignorado totalmente a arbitragem: A de 1824 – “Constituição Política do Império do Brasil” -, por exemplo, contém referência expressa ao juízo arbitral no Título 6º - “Do Poder Judicial”, Capítulo Único – “Dos Juizes e Tribunais de Justiça”. Diz o art. 160 dessa Constituição: “Nas (causas) cíveis e nas penais civilmente intentadas poderão as partes nomear juizes árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas partes”.²²

Para Muniz;

Entretanto, nas Constituições republicanas de 1891, 1946 e 1934, havia previsão apenas da arbitragem como meio para evitar a guerra, com ressalva a essa última, que, em seu artigo 5º, XIX, c, referia-se à competência dos Estados para legislar sobre “organizações públicas, com o fim de conciliação extrajudiciária dos litígios ou sua decisão arbitral”. Posteriormente, o texto constitucional de 1967, com a Emenda nº 1 de 1969, dispôs sobre a utilização de arbitragem nos conflitos internacionais (MUNIZ, 2006, p. 42-43).²³

Petrocelli afirma que “nas Constituições de 1891, 1946, 1967, 1969 e 1988 – houve omissão, em seus textos, quanto à arbitragem, prevalecendo o juízo estatal como capaz de dirimir os litígios.”

¹⁸CONDADO, Elaine Christina Gomes. **A Arbitragem como instrumento eficaz de acesso à justiça**. Orientador: Dr^a Rozane da Rosa Cachapuz. Dissertação (Pós-Graduação em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2008, p. 94.

¹⁹A Bíblia Sagrada: Gênesis – Capítulo 31: Versículos 36-37.

²⁰MARTINS, Pedro Batista. **Aspectos jurídicos da arbitragem comercial no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1990, p. 5.

²¹CONDADO, Elaine Christina Gomes. **A Arbitragem como instrumento eficaz de acesso à justiça**. Orientador: Dr^a Rozane da Rosa Cachapuz. Dissertação (Pós-Graduação em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2008, p. 99.

²²SANTOS, Paulo de Tarso. **Arbitragem e poder judiciário: mudança cultural**. São Paulo: LTR, 2001, p. 19.

²³MUNIZ, 2006, p. 42-43. *Apud*. EIRAS, Marcia dos Santos. Dos princípios norteadores da arbitragem, seus aspectos processuais e medidas cautelares frente à Lei 9.307/96. Orientador: Prof^a. Doutora Rozane da Rosa Cachapuz. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2009, p.24.

3.2 EVOLUÇÃO E DESENVOLVIMENTO DA ARBITRAGEM NO BRASIL

Após a promulgação da Lei Marco Maciel, a Lei da Arbitragem, em 1996, várias barreiras legais e burocráticas foram rompidas, aquelas que causavam insegurança e instabilidade para a plena aplicação do instituto da arbitragem. Atualmente, a nova Lei da Arbitragem é considerado um instrumento privado e alternativo para a resolução de conflitos, capaz de garantir segurança jurídica às partes que voluntariamente vierem a instituir a cláusula compromissória em seus contratos.²⁵

Também contribui para sua melhor aceitação social o fato de que a questão da constitucionalidade levantada no Supremo Tribunal Federal foi superada, tendo este órgão pronunciado pela constitucionalidade da arbitragem, como instrumento eficaz para solução de controvérsias que se consolida no Brasil, com o mesmo consentimento que encontra nos Estados e países da Europa.²⁶

Cabe ressaltar que o Código Civil de 2002, a Lei 10.406, nos artigos 851 a 853, fortaleceu o Instituto da Arbitragem quando passou a admitir o compromisso e a cláusula compromissória, para resolver forçosamente os litígios perante o juízo arbitral, frisando a autonomia da vontade e os princípios de boa-fé objetiva e função social do contrato.²⁷

3.3 ATUAL FUNCIONAMENTO DA ARBITRAGEM NO BRASIL

Sancionado em 2015 a lei 13.129/2015, a nova lei da arbitragem vem com o condão de ampliar a aplicação do instituto, trazendo consigo regulamentação adequada à matérias controversas, dais quais podemos citar: a escolha dos árbitros; a interrupção da prescrição na justiça comum durante o processo arbitral; a questão da concessão de tutela cautelar de urgência; cláusula arbitral para empresas Sociedade Anônimas em seus estatutos entre outras novidades e evidentemente revogando os respectivos dispositivos na antiga lei da arbitragem.²⁸

4 MECANISMOS DO INSTITUTO DA ARBITRAGEM

O procedimento arbitral, regulado, na lei da arbitragem nos seus artigos 19 e 22 é uma sequencia ordenada de atos, encadeados de forma lógica em que cada um deles é uma consequência do anterior, sendo assim, o processo se apresenta como um fenômeno sucessivo. A arbitragem manifesta-se,

²⁴PETROCELLI, Daniela. Arbitragem como meio alternativo à crise do judiciário. Orientador: Dr. Jorge Luiz Almeida. Dissertação (Pós-Graduação em Direito) – Universidade Metodista de Piracicaba, Piracicaba, 2006 p. 88.

²⁵REICHE, Ana Carolina Miiller. **Do Acesso à Justiça: A Arbitragem como Exercício da Autonomia Privada.** Orientador: Dr^a. Rozane da Rosa Cachapuz. Dissertação (Pós-Graduação em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2007, p.32.

²⁶REICHE, Ana Carolina Miiller. **Do acesso à justiça: a arbitragem como exercício da autonomia privada.** p. 32.

²⁷REICHE, Ana Carolina Miiller. **Do acesso à justiça: a arbitragem como exercício da autonomia privada.** p. 32.

²⁸PRADO, Melitha Novoa. Nova redação à lei de arbitragem. Disponível em: <<http://www.abf.com.br/lei-no-13-1292015-nova-redacao-a-lei-de-arbitragem/>>. Acesso em: 16 maio 2017.

extrinsecamente, como um procedimento realizado em contraditório, motivo pelo qual se pode falar aqui em processo arbitral e que consiste exatamente neste procedimento em contraditório, revelador da existência de um processo.²⁹

4.1 CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

Para Camara, “há duas espécies de convenção de arbitragem: a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. A primeira é necessariamente prévia, quanto o segundo surge após o nascimento da lide”.³⁰

Segundo Condado, “em linhas gerais, —convenção de arbitragem, segundo a lei, é uma modalidade colocada à disposição das partes para que possam optar pelo juízo arbitral em substituição à justiça comum”.³¹

4.2 ÁRBITRO

Árbitro vem do direito romano e significa aquele terceiro que tinha poderes de julgar, de *arbiter*. Pode-se definir árbitro como um terceiro eleito pelas partes, com determinados e regulados poderes para definir determinadas e reguladas controvérsias. O árbitro é o elemento subjetivo decisório e durante a evolução e o desenvolvimento do instituto da arbitragem já recebeu diversas denominações.³²

Assim, pode-se afirmar que árbitro é um terceiro que não tem qualquer interesse no litígio, possuindo a confiança das partes e a competência legislativa para decidir sobre determinada matéria, caracterizado em suma por ter um conhecimento na matéria que objeta o conflito. Ainda, assemelha-se com a função do judiciário, haja vista ambas serem consideradas meios heterocompostos de solução de conflitos onde este é levado a um terceiro chamado de juiz no caso do judiciário, e a um árbitro no caso da arbitragem.³³

O árbitro substitui o magistrado, proferindo, na maioria das vezes, decisão extremamente técnica relativa à causa, devido sua especialidade. Infelizmente, não se pode pretender tal fato pelo Poder Judiciário visto que o Juiz não tem condições de solucionar causas específicas, de matérias que demandariam um tempo absurdo para conseguir estudar o caso e solucionar, essa é sem dúvida uma das características que mais interessam às empresas em seus negócios.³⁴

²⁹CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem**: Lei nº 9.307/96. p. 75.

³⁰CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem**: Lei nº 9.307/96. p. 25.

³¹CONDADO, Elaine Christina Gomes. A arbitragem como instrumento eficaz de acesso à justiça. Orientador: Dr^a Rozane da Rosa Cachapuz. Dissertação (Pós-Graduação em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2008, p. 132.

³²LEMES, Selma Maria Ferreira. **Árbitro**: princípios da independência e da imparcialidade. São Paulo: Ltr, 2001. p. 47. *Apud*. PRADO, Thaysa; GOLDENSTEIN, Alberto A. I. B. de Amorim. Arbitragem e ordenamento jurídico. **Cad. Esc. Dir. Rel. Int.** Curitiba, vol. 1, n. 24, jan./jun. 2016, p. 98.

³³PRADO, Thaysa; GOLDENSTEIN, Alberto A. I. B. de Amorim. Arbitragem e ordenamento jurídico. **Cad. Esc. Dir. Rel. Int.** Curitiba, vol. 1, n. 24, jan./jun. 2016, p. 98.

³⁴MARDEGAN, Herick. Da efetividade e adequação da arbitragem e o direito empresarial. Orientador: Dra. Tânia Lobo Muniz. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2008, p. 60.

4.3 SENTENÇA ARBITRAL

Assim é chamado o documento final e decisório na arbitragem, sentença arbitral. Denominação consoante a doutrina supervenientemente dominante onde se entende que o árbitro exerce sim atividade jurisdicional. Principalmente, pois, consoante com o que afirmado no capítulo 5, que trata da sentença arbitral, especificamente o disposto no art. 23 e 26 da Lei de Arbitragem, verificamos que não restam dúvidas quanto ao emprego do termo “sentença”.³⁵

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Arbitragem, percebe-se com o respectivo estudo, é tão velha quanto o homem, precedeu de longe os Estados de direito, funcionando muito antes de se quer cogitar o que seria direito positivo, direito constitucional, processual e *tutti quanti*. Pode-se alegar, sem sombras de dúvidas que é um direito natural, hoje regulado pelo direito positivo ou costumes, em virtude da complexidade das relações humanas modernas.

Os últimos 21 anos de Arbitragem no Brasil foram, digamos, conclusivos a respeito do Instituto de Arbitragem no Brasil. Especialmente após a promulgação da Lei 13.129 que alterou a Lei 9.307 a lei da Arbitragem. Muito se discutiu tanto antes quanto após a promulgação da lei 9.307 de 23 de setembro de 1996 sobre a constitucionalidade da Arbitragem, sobre a equidade das partes perante a lide composta no âmbito da Arbitragem, sobre o caráter publicista ou privatista do referido instituto, se a Arbitragem exerce o poder de jurisdição de alguma forma ou não.

A Arbitragem seguiu a corrente doutrinária e conseqüentemente jurisprudencial de que a mesma exerce sim jurisdição, onde esta é gênero e jurisdição privada e pública são espécies. De que a jurisdição é o Estado que confere e quem confere poder ao Estado é o Povo, conseqüentemente se o Povo quer exercer suas liberdades sem a interferência do Estado ele pode, pois todo o poder emana do Povo.

6 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Alberto de. **Processo arbitral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARRETO, Elisete Nunes Nascimento; NUNES, Ozeas da Silva. A arbitragem como meio alternativo para resolução de conflitos. **Revista Ciência e Sociedade**, 2016.

BÍBLIA, Português. **Bíblia do Peregrino**: Antigo e Novo Testamento. Tradução de Ivo Storniolo e

³⁵BRASIL, Luciano. A arbitragem como forma de acesso à justiça e amenização da crise jurídica: uma necessária mudança da cultura acadêmica. Orientador: Doutor Carlos Henrique Bezerra Leite. Dissertação (Pós-Graduação em Direito e Garantias Fundamentais) – Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2008, p. 83, 84.

Jose Bortolini. 3ª. ed. São Paulo, Paulus, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre arbitragem. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Novo Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, DF, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>.

BRASIL. **Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015**. Altera Lei 9.307 de 96. Diário Oficial da União, DF, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo REG. na sentença estrangeira n. 5.206-7 Reino da Espanha. Agravante: MBV Comercial and Export Management Establishment. Agravado: Resil Indústria e Comércio LTDA. Relator: Sepúlveda Pertence. Brasília, 1997.

CAHALI, Francisco José. Lei de Arbitragem consolidada a Lei 13.129/15, destacadas as modificações com breves comentários. Disponível em: <<http://www.cahali.adv.br/arquivos/LArb.%20consolidada%20destacada%20aletaracoes%20com%20breves%20comentarios.pdf>>.

CAMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto. **A Arbitragem no processo civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CINTRA, Anotnio C. de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CONDADO, Elaine Christina Gomes. A arbitragem como instrumento eficaz de acesso à justiça. Orientador: Dr^a Rozane da Rosa Cachapuz. Dissertação (Pós-Graduação em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2008.

FIGUERIA JUNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FREITAS, Ramiro Ferreira de; PINTO, Lucas Alencar. A arbitragem ante o poder público: desafios e potencialidades. **Direito Izabela Hendrix**, Belo Horizonte, 2015.

GAIO JUNIOR, Antônio Pereira; RIBEIRO, Weslly Carlos. Breves apontamentos para a arbitragem na administração pública. **Cadernos de Direito Actua**, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: contratos e atos unilaterais. São Paulo: Saraiva, 2010.

KALLAS, Daniela Prado. O que muda com a reforma da lei da arbitragem. **Informativo – Agenda PMRAF**, Brasília. 2015.

KROETZ, Tarcísio Araujo. Arbitragem: Conceito e pressupostos de validade. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1998.

MARASCA, Elisângela Nedel. Meios alternativos de solução de conflitos como forma de acesso à justiça e efetivação da cidadania. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/668/386>>.

MARDEGAN, Maria Beatriz. Arbitragem: um meio de acesso à ordem jurídica justa. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8665>.

MARIONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2010.

MARTINS, Pedro Batista. **Aspectos jurídicos da arbitragem comercial no brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1990.

OLIVEIRA, Andrea Araujo. A ampliação do acesso à justiça pela arbitragem. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1203/A-ampliacao-do-acesso-a-justica-pela-arbitragem>>.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Evolução histórica da arbitragem. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6842/evolucao-historica-da-arbitragem>>.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Arbitragem e terceiros: litisconsórcio fora do pacto arbitral – outras intervenções de terceiros. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: contratos. São Paulo: Atlas, 2016.

WALD, Arnoldo. A reforma da lei da arbitragem (uma primeira visão). **Revista de Arbitragem e Mediação**, 2014.

A EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE FACE À LEI DE COTAS PARA INGRESSO DE NEGROS EM UNIVERSIDADES PÚBLICAS

Viviane Aparecida Trindade¹

Jociane Machiavelli Oufella²

Recebido em: 22 set. 2017

Aceito em: 10 out. 2017

Resumo: O presente artigo se presta a analisar como se dá a aplicação do princípio da igualdade para ingresso em universidades públicas, na lei de cotas raciais. A Constituição da República Federativa do Brasil assegura tratamento igualitário a todos os cidadãos, sem distinção de qualquer natureza. Em virtude da realidade política e social brasileira se buscou dar mais efetividade ao princípio da igualdade, inserindo no contexto educacional a política de cotas. O sistema foi criado com o escopo de assegurar que estudantes negros tenham acesso ao ensino superior, reservando uma parcela das vagas a esse público. As justificativas para a implantação dessa política afirmativa são a reparação histórica e a inclusão social. No entanto, verifica-se que apesar de bem intencionada, a reserva de vagas para estudantes negros fere o princípio constitucional da igualdade, já que confere direitos a estes em detrimento de milhões de estudantes brancos que também enfrentam exclusão social.

Palavras-chave: Cotas Raciais. Princípio da Igualdade. Ensino Superior. Discriminação.

THE EFFECTIVENESS OF THE PRINCIPLE OF EQUALITY FACING THE LAW OF QUOTAS FOR BLACK ENTRY IN PUBLIC UNIVERSITIES

Abstract: This course conclusion work lends itself to examine how it gives the application of the constitutional principle of equality in the law that gives quotas for black students enrolling in public universities. The Constitution of the Federative Republic of Brazil shall ensure equal treatment to all citizens, without distinction of any kind. Similarly, gives the State the obligation to ensure access to all levels of education, according to the capacity of each (art. 208). Thus, by virtue of political reality and Brazilian social is that it tried to give more effectiveness to the principle of equality, entering the educational context the quota policy. The system was created with the aim of ensuring that black students have access to higher education, reserving a portion of the openings to the public. The justifications for the implementation of this policy statement are the historical reparation and social inclusion.

Keywords: Racial Quotas. Principle of equality. Higher education. Discrimination.

¹ Mestranda em Desenvolvimento e Sociedade Interdisciplinar pela Universidade Alto Vale do Rio do Peixe – UNIARP, Pós Graduada em Gestão Pública na Educação Profissional Tecnológica pelo Instituto Federal de Santa Catarina (IFSC), Bacharel em Direito (UNIARP) 2017 em Licenciada em Pedagogia, Pós Graduada em Pedagogia (UNIARP) 2006. Pedagoga no Instituto Federal de Santa Catarina - campus Caçador.

² Doutoranda do Doutorado em Ciências Jurídicas da Pontificia Universidad Catolica da Argetina (Buenos Aires). Possui graduação em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (1999) e mestrado em Direito Economia e Política - Università degli Studi di Padova (2000). Atualmente é Coordenadora do Curso de Direito da UNIARP – Universidade Alto Vale do Rio do Peixe, professora titular da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe- Caçador.

1 INTRODUÇÃO

A Política de Cotas Raciais implantada recentemente no Brasil tem gerado inúmeras discussões especialmente no que tange a legalidade do sistema, ante o princípio constitucional da igualdade. Trata-se de um modelo de ação afirmativa adotado por inúmeras universidades, com o objetivo principal de beneficiar grupos de indivíduos com longo histórico de discriminação e exclusão social, em virtude da raça.

No Brasil, os maiores beneficiários desse sistema são os estudantes da raça negra, razão pela qual é o tema do presente estudo.

A Constituição da República Federativa do Brasil, elegeu como objetivo fundamental, construir uma sociedade livre, justa e solidária, promovendo a redução das desigualdades, sem preconceito de raça ou qualquer outra forma de discriminação. Assim, o que se questiona é se a política de cotas raciais pode ser considerada uma solução para as práticas discriminatórias contra negros e qual é a real efetividade do princípio constitucional da igualdade em relação a essa política.

O tema mostra-se de extrema relevância, já que apesar de o preconceito racial ainda fazer parte da realidade da sociedade brasileira, a tentativa de inserir os estudantes de raça negra nas universidades públicas por meio de reserva de vaga, pode conceder privilégios a uns em detrimentos de outros, acentuando ainda mais a desigualdade social.

Assim, objetiva-se com a presente pesquisa analisar a real efetivação do princípio constitucional da igualdade, no ordenamento jurídico brasileiro em relação à aplicabilidade da leis de cotas raciais.

2 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE

Os princípios são verdades fundamentais que embasam ou garantem certeza a um grupo de juízos e orientam a aplicação das normas, definindo as diretrizes sobre as quais tais normas atuarão, acabando com os possíveis excessos e erros cometidos na aplicação das leis³.

O princípio da igualdade é uma norma de direito fundamental que confere aos indivíduos o direito à igualdade de tratamento⁴. Tal princípio vem insculpido na Constituição Federal, em seu artigo 5º, *caput*, *in verbis*:

Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes⁵.

³ MARQUESI, Roberto Wagner. **Os Princípios do Contrato na Nova Ordem Civil**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5996>. Acesso em: 09 nov. 2015. p. 2.

⁴ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 231.

⁵ BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 09 nov. 2015, p. 2.

O direito à igualdade remonta à época da Revolução Francesa quando a burguesia suplantou os privilégios da nobreza e do clero, fazendo nascer a partir de então, uma sociedade que rejeitava a discriminação das pessoas em razão do nascimento⁶.

O conceito de igualdade foi se transformando ao longo dos tempos, em conformidade com as demandas sociais e com as mudanças históricas ocorridas na humanidade. O conceito meramente jurídico-formal foi ultrapassado, alcançando sentido material, o qual foi amplamente promovido pela Constituição Federal de 1988⁷.

Assim, o princípio da igualdade, inscrito na Constituição, não permite que haja qualquer distinção no tratamento de indivíduos que estejam em situação igual, ao passo que permite tratamento diferenciado quando não forem semelhantes as situações em que se encontram os indivíduos⁸.

O princípio da igualdade implica que as pessoas postas em circunstâncias diversas recebam tratamento desigual: “Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades⁹”.

Portanto é imprescindível que haja uma razão razoável que justifique o tratamento igual ou desigual. É neste sentido o entendimento do Supremo Tribunal Federal, quando autoriza tratamento diferenciado desde que presentes os critérios impessoais, racionais e objetivos, correlação lógica e racional, pressupostos lógicos e objetivos ou necessário coeficiente de razoabilidade¹⁰.

Para verificar se há ou não uma justificação racional e objetiva para a aplicação do princípio da igualdade, deve-se utilizar concomitantemente o princípio da proporcionalidade. Deste modo, o tratamento desigual será constitucional se combinado com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sob pena de configurarem privilégios inconstitucionais ou prejuízos e desvantagens inconstitucionais¹¹.

2.1 AÇÕES AFIRMATIVAS

Pode-se definir as ações afirmativas como um conjunto de políticas públicas e privadas de cunho obrigatório, facultativo ou voluntário, idealizadas com o intuito de combater todas as formas de discriminação, seja de raça, cor, gênero ou origem. Tais ações objetivam concretizar efetivamente o ideal de igualdade de oportunidades a todos, no que tange ao acesso à educação e ao mercado de trabalho¹².

⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 51 - 52.

⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 213.

⁸ STEINMETZ, op. cit., p. 232.

⁹ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 42.

¹⁰ STEINMETZ, 2004, p. 231.

¹¹ Ibid., p. 238.

¹² GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade**: o direito como

Barbosa menciona as políticas afirmativas como uma forma de extinguir as desigualdades e promover a justiça:

Da transição da ultrapassada noção de igualdade estática ou formal ao novo conceito de igualdade substancial ou material surge a ideia de igualdade de oportunidades, noção justificadora de diversos experimentos constitucionais pautados na necessidade de extinguir-se ou de pelo menos mitigar o peso das desigualdades econômicas e sociais e, conseqüentemente, de promover a justiça social¹³.

Dworkin¹⁴, afirma que o que se busca inicialmente com a implantação de ações afirmativas é aumentar o número de indivíduos de determinadas raças em certas posições e profissões, culminando com a conseqüente redução do grau de consciência racial da sociedade.

Os primeiros movimentos voltados a discutir a implantação de políticas afirmativas no Brasil, datam de 1968. No entanto, foi com a aprovação da Constituição Federal de 1988 que ocorreram avanços indiscutíveis no que se refere à questão racial, pelo menos no plano formal¹⁵.

A Constituição instituiu um Estado Democrático de Direito, proposto a garantir o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos e uma sociedade justa, fraterna, pluralista e sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e sem qualquer forma de discriminação¹⁶.

A partir de então, várias ações foram tomadas em todo o país, visando assegurar a igualdade, conforme se pode aduzir do que segue:

Desde então, políticas de ações afirmativas direcionadas à população negra espalharam-se pelo país. Dentre elas, podemos destacar a criação do grupo de trabalho interministerial para a valorização da população negra, de 1995, ainda no governo Fernando Henrique Cardoso. Além dessa, também merecem notoriedade as primeiras ações afirmativas no âmbito dos Ministérios, em 2001, com a criação da Secretaria Especial para Promoção de Políticas da Igualdade Racial (SEPPIR)¹⁷.

Sabe-se que é encargo brasileiro reparar os males causados com a escravidão, no entanto, isso deve se dar através da criação de uma consciência da situação de racismo instalada no país, não esquecendo que a Constituição Brasileira assegura que todos são iguais, independentemente de cor, raça, religião ou opinião política.

instrumento de transformação social. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 41.

¹³ BARBOSA *apud* BAYMA. **Reflexões Sobre a Constitucionalidade das Cotas Raciais em Universidades Públicas no Brasil**: referências internacionais e os desafios pós-julgamento das cotas. Ensaio: aval. pol. públ. Educ., Rio de Janeiro, v. 20, n. 75, p. 329.

¹⁴ DWORKIN *apud* GOMES, op. cit., p.69.

¹⁵ BEGHIN, Nathalie; JACCOUB, Luciana de Barros. **Desigualdades Raciais no Brasil**: um balanço da intervenção governamental. Brasília, IPEA, 2002. Disponível em: <http://www.ufgd.edu.br/reitoria/neab/downloads/desigualdades-raciais-no-brasil-um-balanco-da-intervencao-governamental-2013-jacoudd-beghin>. Acesso em: 08 nov. 2015, p. 17.

¹⁶ *Ibid.*, p.17.

¹⁷ MARTINS, Adriana de Fátima; MELO, Belane Rodrigues de. **Políticas de Cotas no Ensino Superior**: a favor da sua implantação. Disponível em: <http://www.faedf.edu.br/faedf/Revista/AR07.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2015, p. 18.

3 A POLÍTICA DE COTAS RACIAIS NAS UNIVERSIDADES

O sistema de cotas raciais, é um modelo de ação afirmativa adotado por inúmeras universidades, com o intuito de beneficiar grupos de indivíduos com longo histórico de discriminação e exclusão social, em virtude da raça.¹⁸

Há tempos as universidades e institutos federais de educação, instituíram programas de seleção de candidatos, além do vestibular. Pode-se citar a título de exemplificação os processos seletivos de avaliação e o próprio ENEM – Exame Nacional do Ensino Médio.

Mais recentemente, a Lei nº 12.711/2012 uniformizou a discussão quando instituiu um sistema de cotas raciais e sociais. O artigo 3º trata da reserva de vagas aos candidatos negros, pardos e indígenas:

Art. 3º Em cada instituição federal de ensino superior, as vagas de que trata o art. 1º desta Lei serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas, em proporção no mínimo igual à de pretos, pardos e indígenas na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Parágrafo único. No caso de não preenchimento das vagas segundo os critérios estabelecidos no caput deste artigo, aquelas remanescentes deverão ser completadas por estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas¹⁹.

O dispositivo supra citado assevera que, do percentual reservado aos candidatos oriundos de escolas públicas (50%), seja reservada parcela das vagas proporcional ao número de indivíduos desses grupos na população do Estado em que está instalada a instituição. Essa determinação tem prazo fixado no artigo 8º da referida lei, ou seja, deve ser cumprida até 30 de agosto de 2016²⁰.

Apesar de o STF já haver reconhecido a legitimidade e a constitucionalidade do sistema de cotas, ainda há um clamor social no que tange o respeito ao princípio da igualdade, insculpido no bojo do texto constitucional. Assim, importante proceder a análise do sistema de cotas à luz do princípio da igualdade.

3.1 ANÁLISE DA POLÍTICA DE COTAS À LUZ DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

A política das cotas raciais é estabelecida por normas de cunho geral, que atribuem tratamento diferenciado aos indivíduos que participam de concursos para ingresso em universidades públicas, admitindo como critério de diferenciação, a raça a qual pertencem.

A raça, assim como a altura, idade ou sexo, são critérios inerentes aos indivíduos e que se

¹⁸ MEIRA, André Vinícius Carvalho. **O Princípio da Igualdade e as Cotas Raciais no Brasil**. Alethes: Periódico Científico dos Graduandos em Direito - UFJF - nº 3 - Ano 2, 2011, p.17. Disponível em: <http://periodicoalethes.com.br/media/pdf/3/o-principio-da-igualdade-e-as-cotas-raciais-no-brasil.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2016.

¹⁹ BRASIL, 2012. Lei nº 12.711 de 29 de agosto de 2012, p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112711.htm. Acesso em: 24 abr. 2016.

²⁰ Ibid., p. 1.

prestam a distingui-los, podendo ser utilizado como parâmetro para justificar tratamento jurídico diferenciado²¹.

No entanto, Mello²² lembra a proibição de se adotar critérios que não estão intrínsecos aos próprios indivíduos com o intuito de enquadrá-los em regimes diferentes e de privilégios.

Desponta nesse momento o questionamento acerca da existência de motivo crível para justificar o tratamento desigual que favorece negros em detrimento de brancos em função da raça.

Para Alexy²³, “o enunciado geral de igualdade estabelece um ônus argumentativo para o tratamento desigual”. Logo, não havendo motivo razoável que explique a discriminação realizada com a adoção das cotas raciais, elas serão inaceitáveis, segundo o princípio constitucional da igualdade.

Diversas são as explicações apresentadas para justificar o tratamento desigual conferido às pessoas negras nos concursos para ingresso em universidades públicas. Resumindo, Meira²⁴ apresenta duas justificativas:

a) o argumento da reparação histórica, segundo o qual a sociedade teria uma imensa dívida a pagar aos negros em decorrência dos séculos de escravização a que eles teriam sido submetidos; b) e argumento da inclusão social, segundo o qual os negros estariam atualmente em uma situação de exclusão social em decorrência da grande discriminação racial que sofreriam, tendo, por isso, menores chances de ingressar em uma universidade pública.

A justificativa baseada na reparação histórica vem sendo amplamente aplicada por vários segmentos sociais, inclusive pelo poder judiciário: “Trata-se de resgatar uma imensa dívida da sociedade em face da população negra brasileira. (...) o sofrimento e a dor dos navios negreiros, privações física, humilhações, dor moral”²⁵.

No entanto, são vários os equívocos presentes nesse pensamento. Inicialmente, ele se baseia na hipótese errônea de que a escravidão foi um episódio racial, ou seja, os brancos teriam escravizado os negros apenas por uma questão ligada a cor da pele. O que na verdade se verifica, é que a escravidão ocorria por interesses meramente econômicos e comerciais. Tanto é verdade que os próprios negros de tribos rivais, escravizavam os semelhantes lucrando com a venda aos europeus²⁶.

Outro aspecto a se destacar tem base científica, e é resultado de estudos da genética, por meio da qual chega-se à conclusão que em consequência ao alto nível de miscigenação da população

²¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. 11. tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 15.

²² *Ibid.*, p. 16.

²³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p.409.

²⁴ MEIRA, 2011, p. 9.

²⁵ TJ/RJ, AI 2005.017.00015, ReI. Des. Silvio Teixeira, J. 17.04.2006.

²⁶ GÓES, José Roberto Pinto. **Histórias Mal Contadas**. In: Divisões perigosas: políticas raciais no Brasil Contemporâneo. Org. Peter Fry, Yvonne Maggie, Marcos Chor Maio, Simone Monteiro e Ricardo Ventura Santos, Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2007, p. 59.

brasileira, é extremamente difícil estimar-se a ancestralidade de alguém, somente analisando a cor da pele²⁷.

Ante o exposto, conclui-se que o argumento da reparação história é frágil e incoerente. Não se pode admitir que um candidato negro seja privilegiado em face de seu concorrente de cor branca apenas pela hipótese de que o primeiro seria descendente de escravos e o segundo seria descendente de proprietários de escravos, devendo suportar as consequências dessa imposição.

Contrariando o que propõe a justificativa da reparação histórica, totalmente atrelada ao passado, o argumento da inclusão social visa avaliar as circunstâncias que envolvem os indivíduos negros na conjuntura da sociedade brasileira na atualidade. De acordo com este argumento, a política de cotas raciais é autêntica uma vez que põe em situação de igualdade os negros, vítimas de exclusão social em função do racismo, e os brancos.

Inicialmente, importante consignar que o modo de seleção para ingresso em universidades públicas, consiste em provas de conhecimento. Assim, os candidatos mais bem preparados serão aprovados.

Sucede que os alunos aprovados e mais bem preparados são àqueles que estudaram em melhores escolas, dispuseram de ferramentas melhores e normalmente convivem em um ambiente familiar estável. Em contrapartida, os alunos oriundos de uma classe social menos privilegiada, não tiveram acesso às mesmas condições de estudo sendo atendidos por uma educação pública de péssima qualidade além de enfrentarem diariamente dificuldades familiares em razão da escassez de recursos financeiros²⁸.

Sob esta perspectiva, a reserva de cotas para alunos provenientes de escolas públicas é totalmente aceitável segundo o princípio da igualdade, tendo em vista que há claramente demonstrado uma conexão entre as condições desiguais que enfrentam e o critério discriminatório adotado. No entanto, essa conexão não se evidencia quando se utiliza o critério “raça”, como forma de favorecimento²⁹.

A cor da pele de um indivíduo não pode ser utilizada para classificá-lo como mais ou menos capaz. O critério da inclusão social do negro como justificativa para a adoção das cotas raciais deixa à desejar pois utiliza fundamentos extremamente genéricos, ignorando o fato de que muitos estudantes de todas as raças enfrentam as mesmas dificuldades para adentrarem em universidades públicas. Dificuldades essas originárias da pobreza, e não da sua cor³⁰.

²⁷ PENA, Sérgio. **Razões para Banir o Conceito de Raça da Medicina Brasileira**. In História, Ciências, Saúde-Manguinhos, vol. 12, n. 2, Rio de Janeiro, Maio/Agosto, 2005, p. 336.

²⁸ OLIVEIRA JUNIOR, Manoel Rodrigues de. **Ações Afirmativas e o Sistema de Cotas Raciais como Meio de Ingresso nas Instituições de Ensino Superior**: Uma Questão Constitucional, 2008. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/819/796>. Acesso em: 21 abr. 2016.

²⁹ MEIRA, 2011, p. 22 – 23.

³⁰ Ibid., p. 23.

Além disso, pode-se citar ainda a violação ao princípio do mérito, insculpido no artigo 208, inciso V, da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

[...]

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;³¹

Segundo o dispositivo constitucional, o acesso às universidades deverá se dar de acordo com a capacidade de cada um, independentemente de cor, raça, idade, sexo ou qualquer outro aspecto.

Sobre o sistema de cotas, Tregnago³² conclui:

As universidades deveriam continuar selecionando pelo mérito, sem distinções de qualquer espécie. Não cabe ao governo definir qual será o percentual de negros numa universidade. Se há poucos negros na universidade, certamente não há por causa de racismo. O que dificulta a ascensão social dos negros é a pobreza da maior parte desta população, não o racismo. Nos últimos anos, aumentou o número de alunos na universidade, mas a qualidade do ensino piorou bastante. (...) Se as políticas de cotas forem estendidas, o que parece ser a tendência, vislumbra-se uma piora significativa na qualidade do ensino prestado, pois a ação afirmativa premia os despreparados. Ao tratar negros e brancos de forma desigual oficializa o racismo e incluindo à força o cidadão negro na sociedade, o que torna tal ato é inconstitucional, faz discriminação entre pessoas em situações de igualdade.

Assim, o tratamento desigual conferido a negros e brancos legitima o racismo quando busca incluir à força na universidades, indivíduos sem preparo para tal. Além disso, viola o princípio da igualdade fazendo distinção entre pessoas em situações de igualdade.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em vista dos aspectos descritos na pesquisa, pode-se articular inicialmente que a igualdade, perseguida por todos os setores da sociedade desde a Antiguidade, nem sempre é efetivada já que, infelizmente, a discriminação e o preconceito ainda estão presentes na sociedade brasileira.

Conforme restou demonstrado, as políticas educacionais brasileiras no que diz respeito ao ensino superior, no modo como vinham se apresentando não apresentavam igualdade de condições aos seus candidatos.

Tal fato é consequência de uma educação fundamental precária que não prepara de forma satisfatória seus alunos para competirem a uma vaga nas universidades públicas. De outro lado, os alunos advindos de escolas privadas, melhor preparados, acabam ficando com a maioria das vagas.

Na tentativa de ampliar o acesso ao ensino superior, sem discriminação de qualquer gênero, foi criada a Lei nº 12.711/12, que estabelece o sistema de cotas para indivíduos negros ou pardos. No

³¹ BRASIL, 1988.

³² TREGNAGO, Carlos Alberto. **Cisma Moderna**: sistema de cotas é ferramenta de injustiça e inferioridade. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3804/Cisma-moderna-sistema-de-cotas-e-ferramenta-de-injustica-e-inferioridade>. Acesso em: 23 abr. 2016.

entanto, o que se verifica é que esse sistema concede benefícios a uns em detrimento de outros, utilizando a cor da pele como critério de seleção.

Os argumentos que embasam o sistema de cotas estão relacionados com a inclusão social e a reparação histórica. No entanto, os brasileiros necessitam de ações que compensem sim a falta de oportunidades para a sociedade como um todo.

Porém, isso não se conquista com um atalho à universidade. As ações afirmativas devem ser direcionadas para todos os que sofrem as mazelas da sociedade, ou seja, os que não tem moradia, os que passam fome, os que não tem assistência médico-hospitalar, enfim, estão privados de todos os seus direitos.

Promover a separação de raças, como objetiva o sistema de cotas raciais é violar o preceito constitucional da igualdade, dentre outros.

Finalmente, pelo exposto até o presente, pode-se concluir que a adoção do sistema de cotas raciais para o ingresso de indivíduos da raça negra e parda nas universidades públicas, reforça a discriminação e desrespeita o princípio da igualdade.

5 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

BAYMA. **Reflexões Sobre a Constitucionalidade das Cotas Raciais em Universidades Públicas no Brasil**: referências internacionais e os desafios pós-julgamento das cotas. Ensaio: aval. pol. públ. Educ., Rio de Janeiro, v. 20, n. 75, 2012.

BEGHIN, Nathalie; JACCOUB, Luciana de Barros. **Desigualdades Raciais no Brasil**: um balanço da intervenção governamental. Brasília, IPEA, 2002. Disponível em: <http://www.ufgd.edu.br/reitoria/neab/downloads/desigualdades- raciais-no-brasil-um-balanco-da-intervencao-governamental-2013-jacoudd-beghin>. Acesso em: 08 nov. 2015.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 09 nov. 2015.

BRASIL, 2012. **Lei nº 12.711 de 29 de agosto de 2012**, p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/12711.htm. Acesso em: 24 abr. 2016.

BRASIL, TJ/RJ, AI 2005.017.00015, ReI. Des. Silvio Teixeira, J. 17.04.2006.

GÓES, José Roberto Pinto. **Histórias Mal Contadas**. In: Divisões perigosas: políticas raciais no Brasil Contemporâneo. Org. Peter Fry, Yvonne Maggie, Marcos Chor Maio, Simone Monteiro e

Ricardo Ventura Santos, Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2007.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade: o direito como instrumento de transformação social.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MARQUESI, Roberto Wagner. **Os Princípios do Contrato na Nova Ordem Civil.** Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5996>. Acesso em: 09 nov. 2015.

MARTINS, Adriana de Fátima; MELO, Belane Rodrigues de. **Políticas de Cotas no Ensino Superior: a favor da sua implantação.** Disponível em: <http://www.faedf.edu.br/faedf/Revista/AR07.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2015.

MEIRA, André Vinícius Carvalho. **O Princípio da Igualdade e as Cotas Raciais no Brasil.** Alethes: Periódico Científico dos Graduandos em Direito - UFJF - nº 3 - Ano 2, 2011, p.17. Disponível em: <http://periodicoalethes.com.br/media/pdf/3/o-principio-da-igualdade-e-as-cotas- raciais-no-brasil.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade.** 3. ed. 11. tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA JUNIOR, Manoel Rodrigues de. **Ações Afirmativas e o Sistema de Cotas Raciais como Meio de Ingresso nas Instituições de Ensino Superior: Uma Questão Constitucional,** 2008. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/819/796>. Acesso em: 21 abr. 2016.

PENA, Sérgio. **Razões para Banir o Conceito de Raça da Medicina Brasileira.** In História, Ciências, Saúde-Manguinhos, vol. 12, n. 2, Rio de Janeiro, Maio/Agosto, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2004.

TREGNAGO, Carlos Alberto. **Cisma Moderna: sistema de cotas é ferramenta de injustiça e inferioridade.** Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3804/Cisma-moderna-sistema-de-cotas-e-ferramenta-de-injustica-e-inferioridade>. Acesso em: 23 abr. 2016.

O CRESCIMENTO URBANO (IN) SUSTENTÁVEL: UM ESTUDO DO CRESCIMENTO DA CIDADE DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ/SC

Douglas de Souza Garbe¹
Levi Hülse²
Joel Haroldo Baade³

Recebido em: 10 out. 2017
Aceito em: 01 dez. 2017

Resumo: O presente artigo tem como objetivo apresentar o crescimento urbano desenfreado na cidade de Balneário Camboriú/SC, seus reflexos e implicações socioambientais aos moradores locais. O estudo também chama a atenção para um modelo de crescimento urbano insustentável e predatório que vem ocorrendo na cidade nos últimos anos, tendo como principal agente, o poder econômico, notadamente as empresas de construção civil. O trabalho proposto serve de matéria prima para tratar acerca de uma problemática bastante atual, qual seja: o crescimento urbano com pouco planejamento e respeito ao meio ambiente, que culmina em cidades ambientalmente insustentáveis e caóticas. A importância do tema visa fortalecer a consciência crítica sobre a problemática socioambiental atual, fortalecer a cidadania, e a solidariedade ambiental, como fundamentos para o futuro da humanidade. O artigo foi elaborado com base na interdisciplinaridade e transversalidade, características intrínsecas ao direito ambiental, valendo-se de farta bibliografia, informações, fotos e dados buscando traduzir os problemas atuais da cidade de Balneário Camboriú/SC.

Palavras-chave: Crescimento Urbano Desenfreado. Sustentabilidade.

THE (UN)SUSTAINABLE URBAN GROWTH: A STUDY OF THE GROWTH OF THE CITY OF BALNEÁRIO CAMBORIÚ/SC

Abstract: The objective of this article is to present the urban growth in the city of Balneário Camboriú/SC, its reflexes and socioenvironmental implications for local residents. The study also draws attention to a model of unsustainable and predatory urban growth that has been occurring in the city in recent years, having as its main agent, economic power, notably construction companies. The proposed work serves as a raw material to deal with a very current problem, namely: urban growth with little planning and respect for the environment, culminating in cities that are environmentally unsustainable and chaotic. The importance of this theme aims to strengthen critical awareness of current socio-environmental issues, strengthen

¹ Mestrando em Sociedade e Desenvolvimento UNIARP. Pós graduado em Direito Penal. Administrador Público pela Universidade Estadual de Santa Catarina UDESC/SC. Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí UNIVALI/SC. Foi bolsista no grupo de pesquisa PAIDEIA/Balneário Camboriú/SC por 03 anos. Foi Assistente de Promotoria e Advogado na comarca de Brusque/SC. Atualmente é Escrivão de Polícia Civil em Santa Catarina.

² Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí- UNIVALI - SC, na área de concentração em Constitucionalismo, Transnacionalidade e Produção do Direito. Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Graduado Bacharel em Direito pela Fundação Universidade Regional de Blumenau FURB (2010) e graduado em História pela Fundação Universidade Regional de Blumenau FURB (2006). Advogado com a OAB/SC 31.986. Professor na Universidade do Alto Vale do Rio do Peixe – UNIARP. Editor da Revista Ponto de Vista Jurídico - UNIARP. O autor agradece ao Fundo de Apoio à Pesquisa (FAP) da Uniarp pelo apoio financeiro. E-mail: levi@uniarp.edu.br.

³ Doutor. Docente do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento e Sociedade da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe – UNIARP. Líder do Grupo de Pesquisa em Ética, Cidadania e Sustentabilidade, que possui financiamento da Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Estado de Santa Catarina – FAPESC. E-mail: baadejoel@gmail.com.

citizenship, and environmental solidarity as foundations for the future of humanity. The article was elaborated based on interdisciplinarity and transversality, characteristics intrinsic to environmental law, making use of abundant bibliography, information, photos and data seeking to translate the current problems of the city of Balneário Camboriú/SC.

Keywords: Unbridled Urban Growth. Sustainability.

1 INTRODUÇÃO

O artigo sugerido tem como proposta apurar o crescimento urbano desenfreado, a insustentabilidade ambiental e os problemas socioambientais enfrentados na cidade de Balneário Camboriú/SC nos últimos anos.

O trabalho busca apontar que o crescimento urbano insustentável na cidade de Balneário Camboriú/SC ocasionado sobretudo por influência de algumas empresas de construções civis com a omissão do poder público pode gerar danos e consequências severas ao município.

Dentre as consequências, pode-se citar, por exemplo, a perda de áreas verdes, a destruição de ambientes públicos para o lazer, poluição sonora e atmosférica, redução da qualidade de vida local, entre outros.

Desta forma, mesmo que grandes construtoras visem o lucro, o que é natural, contudo, a busca de riqueza perpetrada por esses atores econômicos não podem de maneira nenhuma ocorrer de forma irresponsável e trespoucada em detrimento ao meio ambiente, nem tampouco, da comunidade que ali reside.

Assim, os temas sustentabilidade ambiental e sua aplicabilidade não podem ser negligenciados pelo poder público, nem tampouco, serem utilizados como meros discursos retóricos de publicidade por parte de grandes empresas para atrair mais consumidores e assim, obter mais lucro em detrimento do verde e por conseguinte da vida alheia.

Valendo dos argumentos acima, este artigo tem como espinha dorsal a temática da dicotomia entre a expansão econômica fomentada por grandes construtoras civis e, por outro lado, as consequências desta expansão econômica no âmbito social e ambiental na cidade de Balneário Camboriú/SC.

2 DO DIREITO AMBIENTAL

O Direito Ambiental é um ramo do Direito Público formado por um conjunto de princípios e regras jurídicas que regulamentam a proteção e o uso do meio ambiente, visando à concretização do desenvolvimento sustentável, no sentido de almejar uma sadia qualidade de vida para às presentes e futuras gerações⁴.

⁴ OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves de. **Direitos difusos e coletivos, VI : ambiental**. São Paulo : Saraiva, 2012. –

Pode ser definido, o Direito Ambiental, como um direito que tem por finalidade regular a apropriação econômica dos bens ambientais, de forma que ela se faça levando em consideração a sustentabilidade dos recursos e seu desenvolvimento econômico⁵.

De acordo com o relatório Nosso Futuro Comum da ONU (Organizações das Nações Unidas) o Princípio do desenvolvimento sustentável é:

Aquele que as atuais gerações consumam as porções necessárias da natureza sem privar as futuras gerações de consumir as suas porções.

O Princípio de n. 4º da declaração ECO/92 diz que Desenvolvimento Sustentável é:

Para se alcançar um desenvolvimento sustentável a proteção ambiental deve integrar o processo de desenvolvimento, não podendo ser considerada separadamente.

Assim, Desenvolvimento Sustentável, em apertada síntese, é o equilíbrio do Meio Ambiente e o crescimento das economias.

Neste sentido, a Constituição Federal em seu artigo 225 procurou equilibrar o antropocentrismo com o biocentrismo, havendo preocupação em harmonizar e integrar os seres humanos e a biota (art. 225, § 1º, I, II, III e VII, e §§ 4º e 5º⁶)

Diante disso, nas palavras de Frederico Amado⁷:

É preciso compreender que o crescimento econômico não poderá ser ilimitado, pois depende diretamente da disponibilidade dos recursos ambientais naturais, que são limitados, já podendo, inclusive, ter ultrapassado os limites da sustentabilidade. Com efeito, o fundo mundial para a natureza divulgou o relatório planeta vivo 2002, no qual concluiu que o homem já está consumindo 20% além da capacidade de reposição e suporte do meio ambiente terrestre. Ou seja, nestes termos, a humanidade transformou o planeta terra em uma verdadeira bomba-relógio, estando as presentes gerações consumindo as reservas das futuras.

Assim, o homem não tem o poder de ditar as regras da natureza, devendo portanto, respeitá-las, sob pena de o meio ambiente ser compelido a promover a extinção da raça humana como instrumento de legítima defesa natural, pois é inegável que o homem é parte do todo natural, mas o egoísmo humano (visão antropocêntrica) cria propositadamente uma miopia transindividual, em que poucos possuem lentes para superá-la⁸.

Desta forma, pode-se afirmar, portanto, que o Direito Ambiental se preocupa em organizar a forma pela qual a sociedade se utiliza dos recursos ambientais, estabelecendo métodos, critérios, proibições e permissões, definindo o que pode e o que não pode ser apropriado .

(Coleção saberes do direito) p. 09

⁵ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 12ª Edição. Editora Lumen Juris/RJ 2010 P. 11

⁶ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

⁷ AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. **Direito Ambiental Esquematizado**. 2011. P. 02 Editora Método.

⁸ AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. **Direito Ambiental Esquematizado**. 2011. P. 02 Editora Método.

O Direito Ambiental se encontra no coração de toda atividade econômica, haja vista que qualquer atividade econômica se faz sobre a base de uma infraestrutura que consome recursos naturais⁹.

3 A RELEVÂNCIA DA SUSTENTABILIDADE NO CRESCIMENTO DAS CIDADES

No ano de 2001, surgiu no Brasil o chamado Estatuto da Cidade (Lei nº. 10. 257/01), que dentre outras tarefas, visou normatizar e proteger o chamado meio ambiente artificial.

Neste particular, o meio ambiente artificial se revela no sentido de afirmar que a propriedade urbana não se resume meramente ao seu simples uso.

Pelo contrário, a propriedade urbana, para existir, precisa seguir padrões e normas com vistas ao equilíbrio ambiental, buscando, neste caso, oferecer aos seus moradores, além da dignidade humana, uma qualidade de vida sadia e sustentável¹⁰.

O meio ambiente artificial é entendido como aquele composto pelo espaço urbano construído (conjunto de edificações) e pelos equipamentos públicos (ruas, praças, áreas verdes) – fruto da interação do homem com o meio ambiente natural. Assim, em virtude de necessidade ou de oportunidades econômicas, o ser humano vai moldando e adaptando o ambiente natural, fazendo surgir um conjunto de edificações que caracterizam o nascimento do direito de propriedade ou os espaços e edificações públicos destinados a concretizar o bem comum¹¹.

Diante disso, uma cidade, para cumprir sua função social, deve destinar e oferecer aos moradores daquela região áreas ao lazer e à recreação, construindo praças e implementando áreas verdes para a comunidade local.

Até porque o meio ambiente sadio configura-se na verdade, como extensão do direito à vida, quer sob o enfoque da própria existência (a qualidade de vida), que faz com que valha a pena viver¹².

Marcado pela necessidade de acomodar mais de 200 milhões de seres humanos e convivendo com realidades que apontam a existência de mais de um milhão de pessoas em algumas capitais do país, o Brasil convive com a formação de uma cidade irregular ao lado da regular, obrigando a considerar, nos dias de hoje, uma realidade no campo jurídico que nasce com o regramento constitucional (constituição federal de 1988), para superar as discriminações sociais da cidade pós-liberal e dar a todos os brasileiros e estrangeiros que aqui residem os benefícios de um meio ambiente artificial cientificamente concebido¹³.

Desta forma, é importante ser levado em consideração que, para existir um crescimento sustentável nas cidades ‘o verde’ não deve ser visto como uma mera mercadoria ou um produto, muito

⁹ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 12ª Edição. Editora Lumen Juris/RJ 2010 P. 03

¹⁰ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. Ed saraiva. P. 567

¹¹ OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves de **Direitos difusos e coletivos**, VI : ambiental / Fabiano Melo Gonçalves de Oliveira. – São Paulo : Saraiva, 2012. – (Coleção saberes do direito) p. 12

¹² ANTONIO. A cançado trindade. **Direitos humanos e meio ambiente: paralelos do sistemas de proteção internacional**. Porto Alegre: fabris, 1993, p. 76

¹³ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. ed saraiva. p. 564

pelo contrário, o verde deve ser observado como essência da vida, e também da economia¹⁴.

Ademais, a natureza está hierarquicamente acima e em situação inigualável da economia, não podendo a natureza, ser tratada da mesma forma e com o mesmo valor dos instrumentos ou produtos econômicos¹⁵.

Além disso, a economia não é sequer um Direito Fundamental.

Não se pode portanto, colocar o meio ambiente em segundo plano e a economia em primeiro plano.

Por isso, impõe-se uma alteração na ordem dos fatores, economia verde para verde economia, como norma que se impõe, ou seja, que a economia venha depois do verde¹⁶.

Em outras palavras, pode-se dizer que o capital por si só não é capaz de restaurar o grave dano ou o impacto perpetrado ao meio ambiente, ao passo que tais danos ambientais, respingam direta e indiretamente, de forma difusa, a toda comunidade.

Assim, o fator econômico deve ser compreendido como desenvolvimento, evolução, melhora e não como simples crescimento descontrolado ou acúmulo irresponsável.

O desenvolvimento se distingue do crescimento na medida em que pressupõe uma harmonia entre os diferentes elementos constitutivos¹⁷.

A livre iniciativa que fundamenta a ordem econômica não é absoluta, tendo limites em vários princípios constitucionais, em especial devendo observar a defesa do meio ambiente, conforme previsão do art. 170,VI da lei maior¹⁸.

Neste sentido o Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar a ADI-MC 3.540 em 2005 disse que :

A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se tiver presente que a atividade econômica, considera a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, aquele que privilegia a ‘defesa do meio ambiente’ (art. 170,VI CF), que traduz, conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de mero ambiente laboral.

Por fim, cumpre ressaltar aqui que o progresso econômico não é proibido, ou seja, não pode-se aqui adotar uma postura ambientalista radial, que tudo quer preservar, até porque a sustentabilidade

¹⁴ RECH, Adir Ubaldo e Adivandro Ubaldo. **Zoneamento ambiental como plataforma de planejamento da sustentabilidade**. P. 31/33 Editora EDUCS.

¹⁵ RECH, Adir Ubaldo e Adivandro Ubaldo. **Zoneamento ambiental como plataforma de planejamento da sustentabilidade**. P. 31/33 Editora EDUCS.

¹⁶ RECH, Adir Ubaldo e Adivandro Ubaldo. **Zoneamento ambiental como plataforma de planejamento da sustentabilidade**. P. 31/33 Editora EDUCS.

¹⁷ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 12ª Edição. Editora Lumen Juris/RJ 2010.P. 16

¹⁸ AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. **Direito Ambiental Esquemático**. 2011. P. 45 Editora Método.

não é expulsar o homem do planeta¹⁹.

Ademais, em determinadas situações é necessária a derrubada de algumas capoeiras, árvores ou a construção de uma represa para abastecimento de água²⁰

4 DO CRESCIMENTO URBANO INSUSTENTÁVEL NA CIDADE DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ

Localizada no litoral norte do estado de Santa Catarina, Balneário Camboriú/SC, desde o seu surgimento, foi povoada por índios que ali encontraram um lugar ideal para moradia em razão da pesca, clima e rio de água doce, sem contar, as áreas verdes de mata atlântica, que lá existiam²¹.

Na década de 60 quando a atividade turística tomou impulso, a cidade se tornou um centro do turismo Brasileiro, e de lá para cá, os índices de crescimento urbano só vem aumentando.

Percebe-se abaixo que nos últimos 30 anos a cidade de Balneário Camboriú teve um acréscimo de aproximadamente 80 mil habitantes²².

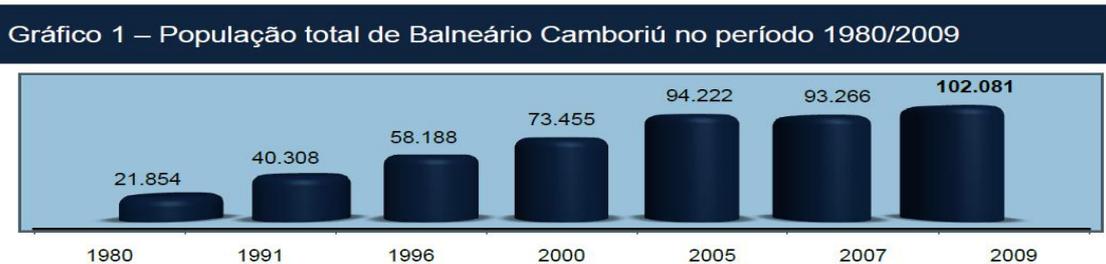


Tabela 01²³

Mas não é só isso, no ano de 2009 o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), estimou que a cidade de Balneário Camboriú/SC possuía uma densidade demográfica de 2.193,9 hab/km², conforme demonstra o Gráfico 3.

¹⁹ RECH, Adir Ubaldó e Adivandro Ubaldó. **Zoneamento ambiental como plataforma de planejamento da sustentabilidade**. P. 30/ 47 Editora EDUCS.

²⁰ RECH, Adir Ubaldó e Adivandro Ubaldó. **Zoneamento ambiental como plataforma de planejamento da sustentabilidade**. P. 30/ 47 Editora EDUCS.

²¹ IBGE, retirado em: 01/08/2015, disponível em:

<http://cidades.ibge.gov.br/painel/historico.php?lang=&codmun=420200&search=santa-catarina|balneario-camboriu|infograficos:-historico>

²² IBGE, Diretoria de Estatística, Geografia e Cartografia. Notas: Censos Demográficos 1980, 1991 e 2000.

²³ Disponível em: IBGE, Diretoria de Estatística, Geografia e Cartografia. Acesso em : 13/07/2015.

https://atendimento.sebrae-sc.com.br/projetos/portal_sebrae-sc/uploads/pdfs-municipios/relatorio-municipal-balneario-camboriu.pdf

Gráfico 3 – Densidade demográfica, segundo Brasil, Santa Catarina e Balneário Camboriú – 2009

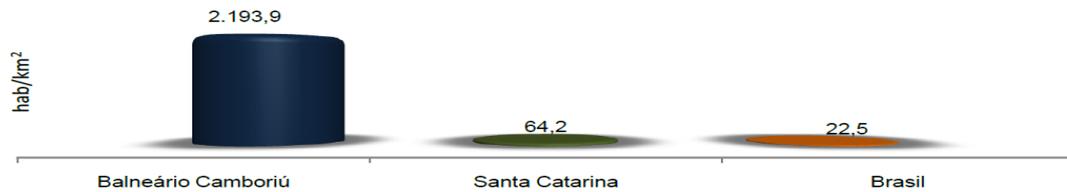


Tabela 02²⁴

Cinco anos depois (2014), a população continuou crescendo, e cada vez mais desordenada, com uma população estimada de 124. 557 mil pessoas e uma densidade demográfica de **2.337,67 hab/km²**.



Tabela 03²⁵

Neste particular, oportuno comparar a referida densidade demográfica da cidade de Balneário Camboriú/SC com a de outras cidades e capitais brasileiras para se ter uma referência de quanto exatamente equivale **2.337,67 hab/km²⁶** :

- Cidade de Florianópolis/SC possui uma densidade demográfica de: **623,68 hab/km²**
- Cidade de Caxias do sul/RS possui uma densidade demográfica de: **264,89 hab/km²**
- Cidade de Santa Maria /RS possui uma densidade demográfica de: **145,98 hab/km²**
- Porto Alegre possui uma densidade demográfica de: **2.837,53 hab/km²**

Com base nisso, observa-se *in casu*, que muito embora a cidade de Balneário Camboriú, apresente uma população de pouco mais de 100 mil habitantes, é flagrante sua alta densidade demográfica, se aproximando, inclusive, de algumas metrópoles brasileiras como Porto Alegre.

A elevada densidade demográfica, somada a falta de política pública eficiente tem como consequência um crescimento urbano desordenado na cidade de Balneário Camboriú, revelado sobretudo, pelo excesso de obras e construções de edifícios que crescem, com pouco planejamento

²⁴ Disponível em: Resultados elaborados pelo SEBRAE/SC com base em dados do IBGE - apoiados na Estimativa Populacional 2009. Acesso em : 13/07/2015

²⁵ Disponível em: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Acesso em : 13/07/2015.

<http://cidades.ibge.gov.br/xtras/perfil.php?lang=&codmun=420200&search=santa-catarina|balneario-camboriu>

²⁶ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Acesso em : 13/07/2015. Disponível em : <http://cidades.ibge.gov.br/xtras/home.php?lang=>

estratégico ambiental, fato este que afeta o bioma e a saúde de seus moradores.

O avanço por parte das construtoras e empresas de construção civil somada a omissão do Poder Público, fez com que Balneário Camboriú/SC chegasse ao seu limite de construir, expandindo para municípios limítrofes, destruindo áreas verdes preservadas, havendo, conforme demonstra a foto abaixo, um crescimento urbano desenfreado, fora dos precedentes.



Foto 01²⁷.

Como comparação, segue abaixo, o retrato de como era esta mesma região central de Balneário Camboriú há 15 anos.



Assim, a atuação tresloucada do poder econômico, gerado pela influência de grandes construtoras, traduz um comportamento pautado na alta especulação imobiliária, sendo hoje Balneário Camboriú, a cidade com o metro quadrado mais caro da região sul do país^{28,29}.

Diante disso, algumas empresas da construção civil encabeçam projetos arquitetônicos na cidade com vistas tão somente ao lucro, agindo de maneira desvencilhada as leis ambientais, divorciada aos interesses socioambientais construindo assim, a longo e médio prazo um modelo de cidade caótica e inabitável.

Infelizmente construtoras hoje na região de Balneário Camboriú constroem em áreas ambientais

²⁷ Documento fotográfico retirado pelo autor, na região Central de Balneário Camboriú/SC. Data: 07/08/2015.

²⁸ <http://www.gazetadopovo.com.br/imoveis/as-cidades-com-o-metro-quadrado-de-luxo-mais-carro-da-regiao-sul-59enq2aa8btghcda4yxwocuuz>

²⁹ <http://osoldiario.clicrbs.com.br/sc/noticia/2013/05/balneario-camboriu-tem-o-metro-quadrado-mais-carro-de-santa-catarina-4141529.html>

preservadas em flagrante menosprezo com as normas vigentes.

Nota-se que tal postura de desídia pelo poder econômico implica no rebaixamento da qualidade de vida de toda coletividade, na medida em que a conduta adotada por tais construtoras afeta diretamente aos moradores da região. Para aqueles que aderem a teoria do *Law and Economics*, a conduta dessas empresas mostram-se correta: eis que o custo para elas, de seu não cumprimento as exigências legais, é mais vantajoso que seu cumprimento.

Caso assim não fosse, a sua conduta seria a oposta

Neste sentido o jornal folha de São Paulo no dia 27/12/2015 publicou a seguinte reportagem³⁰:

Em uma faixa litorânea de cinco quilômetros entre uma movimentada rodovia e áreas de preservação, construtoras erguem uma fileira de arranha-céus. No térreo, a disputa é por um lugar ao sol: os edifícios criaram zonas de sombra na areia da praia. (...) Três empreiteiras locais disputam o título de responsável pelo maior arranha-céu. As construtoras analisam a viabilidade de projetos com mais de 80 andares e alegam que as megaconstruções são feitas por necessidade de mercado.

O Poder Judiciário de Balneário Camboriú atento a todo este cenário, vem adotando uma postura mais ativa e enérgica em face das construtoras locais, no sentido de proibir novas construções na cidade, impedindo novos alvarás para construir, sob pena destes receberem multas, suspensão no direito de construir e até demolição dos prédios.

Observa-se isso, nas recentes matérias publicadas no Jornal Diário Catarinense:

- Justiça cancela normas que autorizam construções sem limite em Balneário Camboriú³¹
- Audiência definirá futuro das obras do maior edifício residencial do Brasil, em Balneário Camboriú³² -

Por fim, denota-se que a cidade de Balneário Camboriú/SC vem sendo desenhada por uma política de crescimento urbano sem equilíbrio, que se traduz estritamente pela lógica de mercado, tendo as grandes construtoras como protagonistas e o poder público conivente com tal postura, gerando assim, um crescimento insustentável na cidade de Balneário Camboriú, necessitando da intervenção do poder judiciário como forma de frear tal crescimento.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, o estudo, de forma sistêmica, arguiu a temática do crescimento urbano

³⁰ BACHTOLD, Felipe. Prédios mais altos do país cobrem o sol em Balneário Camboriú (SC). Folha de São Paulo, São Paulo, 27 dezembro 2015. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/12/1723364-predios-mais-altos-do-pais-cobrem-o-sol-em-balneario-camboriu-sc.shtml?cmpid=facefolha>

³¹ SPAUTZ, Dagmara. Justiça cancela normas que autorizam construções sem limite em Balneário Camboriú. Diário Catarinense, Florianópolis, 25 maio 2016.

³² SPAUTZ, Dagmara. Audiência definirá futuro das obras do maior edifício residencial do Brasil, em Balneário Camboriú. Diário Catarinense, Florianópolis, 30 março 2017.

insustentável, na cidade de Balneário Camboriú - Santa Catarina, fomentado por algumas empresas de construção civil.

O trabalho proposto promoveu uma reflexão, com vistas ao aproveitamento racional dos recursos naturais por parte do poder econômico, salvaguardando a estabilidade e a renovação ecológica, assegurando assim, uma qualidade no crescimento das cidades, notadamente, a cidade de Balneário Camboriú.

O artigo expôs que o crescimento de Balneário Camboriú, vem atingindo patamares em que o interesse econômico e o crescimento urbano transbordam um limite sustentável razoável, prejudicando não apenas a perenidade dos recursos ambientais e a biodiversidade como um todo, mas também, refletindo na qualidade de vida dos moradores locais, a ponto de começar a ter interferência judicial sobre o caso.

Dito isso, o estudo perscrutou dados socioambientais dos últimos anos da referida cidade, bem como, os reflexos desse crescimento urbano até os dias de hoje.

Por derradeiro, o trabalho fez um alerta da necessidade de um novo perfil de empresas, perfil este que se traduz em uma postura menos intransigente e mais flexível, com maior consciência socioambiental e assim, garantindo um crescimento econômico sadio, equilibrado e sustentável ambientalmente para as futuras gerações.

6 REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. **Direito Ambiental Esquematizado**. [s.l.]: Método, 2011.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 12.ed. Juris/RJ: Lumen, 2010.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, s.d.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves de. **Direitos difusos e coletivos, VI: ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2012. (Coleção saberes do direito)

RECH, Adir Ubaldo; RECH, Adivandro Ubaldo. **Zoneamento ambiental como plataforma de planejamento da sustentabilidade**. [s.l.]: Editora EDUCS, s.d.

IBGE, Diretoria de Estatística, Geografia e Cartografia.

O NECESSÁRIO ESTADO SOCIOAMBIENTAL DE DIREITO DIANTE DO NOVO PARADIGMA DA SUSTENTABILIDADE

Nathalia Batschauer D'Avila Martins¹

Heloise Siqueira Garcia²

Recebido em: 25 out. 2017

Aceito em: 04 dez. 2017

Resumo: O objetivo da presente pesquisa é a análise da necessidade de consolidação de um novo modelo de Estado de Direito, frente às atuais condições globais de crise ecológica e social. O método utilizado para a pesquisa foi o método indutivo. Durante o trabalho será analisada a evolução histórica dos Estados de Direito Liberal, Social e Democrático, e a forma como essa evolução está ligada às mudanças de paradigma suscitados pelas crises vivenciadas pela humanidade. Considerando a atual crise ambiental e social vivida mundialmente, será estudada a insurgência da sustentabilidade como novo paradigma e a necessidade da instituição do Estado Socioambiental de Direito.

Palavras-chave: Estado Liberal. Estado Social. Estado Democrático. Paradigma da Sustentabilidade. Estado Socioambiental de Direito.

THE NECESSARY STATE OF SOCIO-ENVIRONMENTAL STATE OF LAW BEFORE THE NEW SUSTAINABILITY PARADIGM

Abstract: The objective of this research is the analysis of the need to consolidate a new model of State of Law, in face of the current global conditions of ecological and social crisis. The method used for the research was the inductive method. During the work the historical evolution of the States of Law, Liberal, Social and Democratic, will be analyzed, and the way in which this evolution is linked to the paradigm changes provoked by the crises experienced by humanity. Considering the current environmental and social crisis experienced worldwide, the insurgency of sustainability as a new paradigm and the need for the institution of the Socio-Environmental State of Law will be studied.

Keywords: Liberal State. Social State. Democratic State. Paradigm of Sustainability. Socio-Environmental State of Law.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo da presente pesquisa é a análise da necessidade de consolidação de um novo modelo de Estado de Direito, frente às atuais condições globais de crise ecológica e social.

¹Mestranda Bolsista PROSUP – CAPES do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica - PPCJ da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Itajaí, Santa Catarina, Brasil. Advogada Associada no Escritório Braga, Ronconi & Fillus Advogados Associados – BRF Advogados. E-mail: nathaliabdavila@edu.univali.br ou nathaliabdavila@gmail.com

²Doutoranda do PPCJ – UNIVALI. Doutoranda em Direito pela Universidade de Alicante. Mestre em Ciência Jurídica pelo PPCJ – UNIVALI. Mestre em *Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad* pela Universidad de Alicante – Espanha. Pós-graduada em Direito Previdenciário e do Trabalho pela UNIVALI. Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Professora dos cursos de Direito das Faculdades Sinergia e Avantis. Advogada. Email: heloisegarcia@univali.br.

Nesse sentido, será analisada a evolução histórica dos Estados de Direito, conforme os contextos em que estavam inseridos e as mudanças de paradigma suscitados na sociedade ou, em uma análise global, pelas crises vivenciadas pela humanidade. Para tanto, serão estudadas a instituição e a transição dos Estados de Direito Liberal, Social e Democrático.

Após, analisar-se-á a atual crise ambiental e social vivida mundialmente e a insurgência da sustentabilidade como novo paradigma global, momento em que se observará em que contexto emergiu a sustentabilidade, bem como o seu potencial axiológico para ser aplicada nesta nova ordem jurídica altamente complexa, plural e transnacionalizada.

Com a consolidação da sustentabilidade como novo paradigma global, nasce a necessidade de uma transformação do atual Estado de Direito que não consegue mais atender às demandas suscitadas pela humanidade.

Por esta razão, o Estado Socioambiental de Direito será estudado, para que se compreenda este novo modelo de Estado, as suas características e se, de fato, poderá sanar os anseios do atual crise que se vive mundialmente, sem, entretanto, esgotar o tema.

A relevância do estudo do presente tema reside na necessidade de apresentar evidências de que a humanidade está se aproximando de um momento de evolução social, que reclama a consolidação de um novo paradigma do Direito e, conseqüentemente, de um novo Estado de Direito.

As categorias operacionais ou termos estratégicos utilizados e seus conceitos operacionais serão esboçados no desenvolvimento da pesquisa.

A investigação, o tratamento de dados e o relato da pesquisa segue o método indutivo³, acionado com auxílio das técnicas do referente⁴, da categoria⁵, do conceito operacional⁶ e da pesquisa bibliográfica⁷.

³ “MÉTODOS INDUTIVOS: base lógica da dinâmica da Pesquisa Científica que consiste em pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral.” Conforme PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. p. 205.

⁴ “REFERENTE: explicitação prévia do motivo, objetivo e produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” Conforme PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. p. 209.

⁵ “CATEGORIA: palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia.” Conforme PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. p. 197.

⁶ “CONCEITO OPERACIONAL [COP]: definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias expostas.” Conforme PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. p. 198.

⁷ “PESQUISA BIBLIOGRÁFICA: Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais.” Conforme PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. p. 207.

2 DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ESTADO DE DIREITO EM DECORRÊNCIA DA MUDANÇA DE PARADIGMAS

Inicialmente, para que se possa compreender o verdadeiro sentido de um paradigma e como ocorreu sua introdução na discussão epistemológica contemporânea, é fundamental o estudo da concepção de paradigma formulada por Thomas Kuhn⁸.

Um paradigma, em seu entendimento, consiste em um modelo de padrão aceito, o qual, em regra, não admite reprodução, na medida em que “é um objeto a ser mais bem articulado e precisado em condições novas ou mais rigorosas”⁹.

Portanto, a cada mudança de paradigma é necessário que o passado seja novamente trabalhado, a fim de que o novo paradigma complemente o anterior¹⁰.

Para Menelick de Carvalho Netto a noção de paradigma apresenta duplo aspecto, por permitir explicar o desenvolvimento científico comparado a um processo de rupturas, por intermédio da “tematização e explicitação de aspectos centrais dos grandes esquemas gerais de pré-compreensões e visões-de-mundo”, consubstanciados no conjunto das condições e circunstâncias das práticas sociais, “que a um só tempo tornam possível a linguagem, a comunicação, e limitam ou condicionam o nosso agir e a nossa percepção de nós mesmos e do mundo”¹¹.

Utilizando a concepção de paradigma na seara das ciências sociais e do direito, J. Habermas¹², mencionado por Marcelo Cattoni, ensina que paradigmas de direito são “as visões exemplares de uma comunidade jurídica que considera como o mesmo sistema de direitos e princípios constitucionais podem ser realizados no contexto percebido de uma dada sociedade”. Com efeito, “um paradigma de direito delineia um modelo de sociedade contemporânea para explicar como direitos e princípios constitucionais devem ser concebidos e implementados para que cumpram naquele dado contexto as funções normativamente a eles atribuídas”¹³.

Em uma breve análise, conclui-se que os paradigmas foram e são os grandes causadores das mudanças nos modelos de Estado de Direito durante a história, razão pela qual o estudo individual de cada modelo e suas peculiaridades é fundamental para a presente pesquisa.

⁸ KUHN, Thomas s. A estrutura das revoluções científicas. São Paulo: Perspectiva, 2000. p. 43.

⁹ KUHN, Thomas s. A estrutura das revoluções científicas. São Paulo: Perspectiva, 2000. p. 44.

¹⁰ MAULAZ, Ralph Batista de. *Os paradigmas do Estado de Direito. O Estado Liberal, o Estado Social (socialista) e o Estado Democrático de Direito*. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2628, 11 set. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17368>>. Acesso em: 31 jul. 2017.

¹¹ CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, n. 3, p. 476, mai., 1999.

¹² HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1997. p. 123.

¹³ HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to discourse theory of law and democracy*. Cambridge: The MIT, 1996. p. 194-195. Apud., CATTONI, Marcelo. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 54.

2.1 O ESTADO LIBERAL DE DIREITO

Este modelo de Estado institucionalizou-se após a Revolução Francesa de 1789, com o término do Estado Monárquico autoritário e constituiu o primeiro regime jurídico-político da sociedade, materializando novas relações econômicas e sociais: de um lado os capitalistas (burgueses em ascensão) e de outro a realeza (monarcas) e a nobreza (senhores feudais em decadência)¹⁴.

Com o lema “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”, os reais desejos burguesia estavam resumidos, porquanto almejavam a liberdade individual, a abolição das discriminações e fraternidade dos camponeses e sans-culottes¹⁵, com o intuito de que apoiassem a revolução e lutassem por ela, competindo ao Estado “garantir a certeza nas relações sociais, através da compatibilização dos interesses privados de cada um com o interesse de todos, mas deixar a felicidade ou a busca da felicidade nas mãos de cada indivíduo”¹⁶.

Ao obstar o exercício arbitrário do poder pelos governantes, o Estado de Direito Liberal reconhece, de uma forma mínima, direitos individuais fundamentais, como a vida, a liberdade e a propriedade.

Segundo Norberto Bobbio:

Na doutrina liberal, Estado de direito significa não só subordinação dos poderes públicos de qualquer grau às leis gerais do país, limite que é puramente formal, mas também subordinação das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais considerados constitucionalmente, e portanto em linha de princípio invioláveis¹⁷.

Assim, o Estado Liberal cria os chamados direitos fundamentais de primeira geração.

Consagra-se, ademais, a igualdade de todos perante a lei, proprietários, no mínimo, de si próprios, pondo-se fim aos privilégios de nascimento que prevaleciam¹⁸ e os indivíduos passam a ser respeitados como sujeitos de direito.

Com o rompimento da ideologia passada, o homem traça seus passos rumo à democracia, buscando concretizar os ideais burgueses referentes às liberdades concretas¹⁹.

Por conseguinte, a separação de poderes foi salutar para a proteção dos direitos da liberdade, por fracionar o exercício das funções administrativas, legislativas e judiciais e, dentre outras

¹⁴ LA BRADBURY, Leonardo Cacau Santos. Estados liberal, social e democrático de direito: noções, afinidades e fundamentos. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1252, 5 dez. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9241>>. Acesso em: 31 jul. 2017.

¹⁵Sans-culottes (tradução: sem-calças): população pobre de Paris, formada pela massa de artesãos, aprendizes, lojistas, biscateiros e desempregados; teve importante participação nos acontecimentos revolucionários de 1789 a 1794.

¹⁶ CATTONI, Marcelo. Direito constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 55.

¹⁷ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. Trad. brasileira de Marco Aurélio Nogueira. 2º ed. São Paulo: Brasiliense, 1988, pág. 19.

¹⁸ CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. Revista de Direito Comparado, Belo Horizonte, n. 3, p. 478, mai., 1999.

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. Do Estado liberal ao Estado social. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 44.

prerrogativas, a segurança jurídica também passou a ser respeitada²⁰.

E então, a Constituição passa a ser entendida como uma ordenação normativo-sistemática da comunidade política, que, nas palavras de J. J. Canotilho, pode ser definida como uma "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"²¹.

Em resumo, o paradigma do Estado Liberal de Direito gera liberdade a todos, isto é, a liberdade, a propriedade e a igualdade são conferidas a todos e encontram sustento na legislação, na separação de poderes e nos direitos e garantias individuais.

2.2 O ESTADO SOCIAL DE DIREITO

No paradigma constitucional do Estado Liberal, não obstante o homem tenha alcançado o ideal de liberdade perante o Estado, especialmente com o implemento de um documento formal garantidor de direitos de 1ª geração, a condição humana não melhorou muito em relação à noção pré-moderna²².

Isso porque a igualdade formal aplicada e o absenteísmo do Estado Liberal agravaram a situação da classe trabalhadora, especialmente diante da expansão do capitalismo, que passou a submeter o trabalhador a condições degradantes²³.

Essa situação moveu a classe trabalhadora a organizar-se com o objetivo de resistir à exploração, com a possibilidade de uma ruptura drástica do Estado Liberal, em virtude da acentuada adesão de operários do ocidente europeu, colocando-se em risco a ordem liberal com o surgimento de ideias socialistas, comunistas e anarquistas, que "animam os movimentos coletivos de massa cada vez mais significativos e neles reforça com a luta pelos direitos coletivos e sociais"²⁴. Consequentemente, torna-se necessário o tratamento desigual aos desiguais na medida de suas desigualdades.

Sobre as semelhanças e diferenças existentes entre estas duas formas de Estado, Gordillo assim enuncia:

A diferença básica entre a concepção clássica do liberalismo e a do Estado de Bem-Estar é que, enquanto naquela se trata tão-somente de colocar barreiras ao Estado, esquecendo-se de fixar-lhe também obrigações positivas, aqui, sem deixar de manter as barreiras, se lhes

²⁰ MAULAZ, Ralph Batista de. *Os paradigmas do Estado de Direito. O Estado Liberal, o Estado Social (socialista) e o Estado Democrático de Direito*. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2628, 11 set. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17368>>. Acesso em: 31 jul. 2017.

²¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 48.

²² MAULAZ, Ralph Batista de. *Os paradigmas do Estado de Direito. O Estado Liberal, o Estado Social (socialista) e o Estado Democrático de Direito*. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2628, 11 set. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17368>>. Acesso em: 31 jul. 2017.

²³ LA BRADBURY, Leonardo Cacao Santos. *Estados liberal, social e democrático de direito: noções, afinidades e fundamentos*. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1252, 5 dez. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9241>>. Acesso em: 31 jul. 2017.

²⁴ CARVALHO NETTO, Menelick de. *Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito*. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, n. 3, p. 478, mai., 1999.

agregam finalidades e tarefas às quais antes não sentia obrigado. A identidade básica entre o Estado de Direito e Estado de Bem-Estar, por sua vez, reside em que o segundo toma e mantém do primeiro o respeito aos direitos individuais e é sobre esta base que constrói seus próprios princípios²⁵.

Inferese que o Estado Social (ou do Bem-Estar) e o Estado Liberal, conquanto possuam finalidade diversa, apresentam afinidades, pois ambos destinam-se a respeitar os direitos individuais, notadamente o da liberdade, para a edificação de pilares que fundamentam a criação dos direitos sociais²⁶.

Desse modo, surgem os “direitos de segunda geração”, que apresentam a função de melhorar as condições de vida e de trabalho da população em geral, requisitando do Estado a proteção das pessoas exploradas, compreendendo, entre outros, o direito ao trabalho, à saúde, à educação, ao lazer e à moradia²⁷, sendo que a Constituição do México, de 1917, foi a primeira a consagrar os direitos sociais, ainda que a Constituição Alemã de 1919 (de Weimar) seja a mais conhecida. No Brasil, a primeira Constituição a consagrá-los foi a de 1934²⁸.

Posteriormente, surge a fase social do constitucionalismo, alicerçada na Constituição da República de Weimar, inaugurando-se o Estado Social de Direito, materializando determinados direitos, gerando a “internalização na legislação de uma igualdade não mais apenas formal, mas tendencialmente material”²⁹, não apenas no âmbito dos direitos individuais, na medida em que também reinterpreta o princípio da separação de poderes.

Surgem novos institutos no direito, tais como: os direitos sociais, a função social do contrato, a função social da propriedade, o dirigismo contratual, a legislação econômica pelo Poder Executivo³⁰.

Nas palavras de Paulo Cruz, o Estado de Bem-Estar Social “caracteriza-se pela união da tradicional garantia das liberdades individuais com o reconhecimento, como direitos coletivos, de certos serviços sociais que o Estado providencia, pela intervenção, aos cidadãos de modo a proporcionar iguais oportunidades a todos”³¹.

Portanto, o Estado Social de Direito institucionalizou-se naquele momento para assegurar direitos sociais e concretizar o ideal da igualdade material aos cidadãos.

²⁵ GORDILLO, Agustín. *Princípios Gerais de Direito Público*. Trad. Brasileira de Marco Aurelio Greco. Ed. RT: São Paulo, 1977, pág. 74.

²⁶ LA BRADBURY, Leonardo Cacau Santos. Estados liberal, social e democrático de direito: noções, afinidades e fundamentos. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1252, 5 dez. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9241>>. Acesso em: 31 jul. 2017.

²⁷ Inserida no rol do art.6º da C.F./88 por meio da Emenda Constitucional nº 26/2000.

²⁸ LA BRADBURY, Leonardo Cacau Santos. Estados liberal, social e democrático de direito: noções, afinidades e fundamentos. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1252, 5 dez. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9241>>. Acesso em: 31 jul. 2017.

²⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2. p. 127.

³⁰ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. p. 76

³¹ CRUZ, Paulo Márcio. *Política, poder, ideologia e estado contemporâneo*. Curitiba, Juruá, 2002. p. 163.

2.3 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Posteriormente à Segunda Guerra Mundial, o paradigma do Estado Social começa a entrar em crise³².

Na lição de Paulo Bonavides, o Estado Social não mais atendia de forma efetiva aos anseios democráticos, pois "o Estado Social se compadece com regimes políticos antagônicos, como sejam a democracia, o fascismo e o nacionalsocialismo"³³.

Conseqüentemente, na tentativa de superar a oposição existente entre Estado Social e o direito formal burguês, houve a criação de uma nova compreensão do modelo constitucional de Estado³⁴.

Assim, o Estado Democrático de Direito vem para corrigir as falhas que existiam no Estado Social, o qual não conseguiu garantir a justiça social, tampouco a efetiva participação democrática do povo no processo político³⁵.

E assim, consagram-se os direitos de 3ª geração (direitos ou interesses difusos). Por sua vez, os de 1ª e 2ª acabam passando por uma releitura, adequando-se ao novo modelo³⁶.

Os direitos de terceira geração localizam-se no plano do respeito, apresentando conteúdo fraternal e compreendem os direitos coletivos, ou seja, o Estado passa a tutelar, além dos interesses individuais e sociais, os transindividuais (ou metaindividuais), os quais compreendem, dentre outros, a paz, a autodeterminação dos povos, a moralidade administrativa, o respeito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado³⁷.

Este modelo de Estado emerge da evolução do Estado Liberal e do Estado Social. Em verdade, cada modelo é o resultado das transformações dos anteriores.

Nessa perspectiva, Menelick de Carvalho Netto salienta que os direitos de 1ª geração são revestidos de conotação processual e retomados como direitos de participação no debate público, informando a soberania do paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito e seu direito participativo, pluralista e aberto³⁸.

O Poder Judiciário tem sua participação ampliada, a fim de que seja concretizado este modelo

³²CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, n. 3, p. 481, mai., 1999.

³³BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 205-206.

³⁴HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2. p. 131.

³⁵SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 118.

³⁶MAULAZ, Ralph Batista de. *Os paradigmas do Estado de Direito. O Estado Liberal, o Estado Social (socialista) e o Estado Democrático de Direito*. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2628, 11 set. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17368>>. Acesso em: 31 jul. 2017.

³⁷LA BRADBURY, Leonardo Cacao Santos. Estados liberal, social e democrático de direito: noções, afinidades e fundamentos. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1252, 5 dez. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9241>>. Acesso em: 31 jul. 2017.

³⁸CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, n. 3, p. 481, mai., 1999.

de Estado³⁹.

José Afonso da Silva (1999, p. 123), com precisão, traduz a união que gerou o respectivo modelo:

A configuração do 'Estado Democrático de Direito' não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do '*status quo*'.

A teoria adequada ao Estado Democrático de Direito resulta da aproximação da prática de interpretação de textos constitucionais exercida na jurisdição constitucional⁴⁰, com a inserção de princípios constitucionais.

Nesse pensar, na vertente pós-positiva, o ordenamento jurídico revela-se como um conjunto normativo que engloba regras e princípios, fundindo-se, assim, as diretrizes do Estado Democrático com as do Estado de Direito, tendo em vista que formam uma forte relação de interdependência, como assinala Bobbio:

Estado Liberal e estado democrático são interdependentes em dois modos: na direção que vai do liberalismo à democracia, no sentido de que são necessárias certas liberdades para o exercício correto do poder democrático, e na direção oposta que vai da democracia ao liberalismo, no sentido de que é necessário o poder democrático para garantir a existência e a persistência das liberdades fundamentais. Em outras palavras: é pouco provável que um estado não liberal possa assegurar um correto funcionamento da democracia, e de outra parte é pouco provável que um estado não democrático seja capaz de garantir liberdades fundamentais⁴¹.

No Brasil, o Estado Democrático de Direito foi proclamado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 1º, o qual, de acordo com José Afonso da Silva, não se trata de "mera promessa de organizar tal Estado, pois a Constituição aí já está proclamando e fundando"⁴².

Carlos Ari Sundfeld⁴³ afirma que "o Estado brasileiro de hoje constrói a noção de Estado Social e Democrático de Direito". Isso porque a figura estatal destina-se a atingir determinados direitos sociais, além de garantir a efetiva democracia e o respeito aos direitos e garantias fundamentais.

³⁹ CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, n. 3, p. 481, mai., 1999.

⁴⁰ Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 146; PIMENTA, Roberto Lyrio. *Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas*. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 126.

⁴¹ BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia – Uma Defesa das Regras do Jogo*. Trad. Brasileira de Marco Aurélio Nogueira. 2ªed., Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1986, pág.20.

⁴² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.119.

⁴³ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4ª ed. 7ª tiragem. Ed. Malheiros: São Paulo, pág. 56.

3 O NOVO PARADIGMA: SUSTENTABILIDADE

A partir da década de 70, diante da situação de degradação ambiental do planeta e dos perigos que o desequilíbrio ecológico gera à humanidade, nasce uma consciência ecológica planetária⁴⁴, resultante da crise ambiental vivida mundialmente, como bem enuncia François Ost:

É que o balanço da saúde do planeta revela-se de tal modo catastrófico, que não é mais possível esconder o facto à população. De todos os lados aparecem os sintomas da maleita: sintoma de febrilidade pelo aquecimento do clima, na sequência do aumento vertiginoso da produção de gases com efeito estufa, como o famoso CO₂, síndrome de imunodeficiência da atmosfera, atacada pelos CFC e outros compostos clorados, doenças cutâneas sob a forma de desflorestação e desertificação, empobrecimento genético devido à redução vertiginosa da biodiversidade, envenenamento do ar, da água e da terra pelos resíduos tóxicos, e sufocação sob as montanhas de lixo... A que se juntam os sintomas mais físicos, vivamente sentidos pelas populações e afectando o quadro de vida, como o aumento dos danos acústicos, o despeamento das cidades sacrificadas aos automóveis e às promoções imobiliárias, a uniformização das culturas e a banalização das paisagens.⁴⁵

Fritjof Capra afirma que “a destruição ambiental não é somente um efeito colateral, mas um elemento essencial da concepção do capitalismo global”⁴⁶, de modo que a produção capitalista, que tem como objetivo a busca desenfreada pelo lucro, desconsidera a capacidade dos sistemas naturais se recuperarem das degradações sofridas⁴⁷.

O planeta, por sua vez, responde a estes ataques com catástrofes cada vez mais crescentes, tais como: furacões, tsunamis, erupções de vulcões, enchentes, deslizamentos, aquecimento global e mudanças climáticas abruptas⁴⁸.

Os desastres naturais têm se intensificado em todo o mundo, tanto em frequência quanto em intensidade, causando grandes danos econômicos e humanos⁴⁹. Nesse sentido, o Relatório de Desenvolvimento Humano de 2013, apresentado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), atestou que o mundo pode viver uma catástrofe ambiental em 2050⁵⁰.

Apenas em 2011, terremotos seguidos de tsunamis e deslizamentos de terra causaram mais de

⁴⁴ MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. *Terra-Pátria*. Porto Alegre: Sulina, 2005. p. 36.

⁴⁵ OST, François. *A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do Direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 121/122.

⁴⁶ CAPRA, Fritjof. *As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável*. São Paulo: Cultrix, 2005. p. 159.

⁴⁷ CRUZ, Paulo Marcio; DE FARIA, Daniela Lopes; ITO, Christian Normitsu. A necessária evolução do Estado de Direito Social teorizado por Herman Heller ao Estado de Direito Socioambiental diante da crise ambiental na sociedade de riscos / The necessary evolution of the social state teorized by Hermann Heller to the Socio- Envir. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 12, n. 1, p. 74-87, jun. 2016. ISSN 2238-0604. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1119>>. Acesso em: 30 jul. 2017. doi:<<http://dx.doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v12n1p74-87>>.

⁴⁸ HARDING, Stephan. *Terra viva: ciência, intuição e a evolução de Gaia – para uma nova compreensão da vida em nosso planeta*. São Paulo: Cultrix, 2008. p. 225.

⁴⁹ ARMADA, Charles Alexandre Souza. O estado socioambiental de direito brasileiro e a concretização multidimensional da sustentabilidade. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós- Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.1, edição especial de 2015. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

⁵⁰ Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Relatório do desenvolvimento humano 2013: a ascensão do sul. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/arquivos/rdh-2013.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2013.

20 mil mortes, 1 milhão de pessoas sem casas e prejuízos em torno de US\$ 365 bilhões (R\$ 730 bilhões) nos Estados Unidos da América⁵¹. Os pequenos países insulares em desenvolvimento sofreram perdas de até 8% do Produto Interno Bruto⁵².

Diante disso, muitos estudiosos entendem que a humanidade está se aproximando de um daqueles momentos evolutivos que determinam o surgimento de uma nova idade ou era⁵³, de forma que surge a necessidade da consolidação de um novo paradigma do Direito⁵⁴.

E é nesse contexto que emerge naturalmente a sustentabilidade, como grande potencial axiológico para ser aplicada e reconhecida na centralidade desta nova ordem jurídica altamente complexa, plural e transnacionalizada⁵⁵.

Assim, o ser humano deverá evoluir do individualismo liberal, passando pelas experiências de igualdade relativa do Estado de Bem-Estar Social, até alcançar a sustentabilidade⁵⁶.

Aceitar a sustentabilidade como novo paradigma do Direito é reconhecer que o planeta é finito e não tem recursos infundáveis, de forma que a humanidade precisa adotar novos padrões de produção e consumo, que se limitem aos recursos que a biosfera terrestre é capaz de repor, que não comprometam drasticamente o meio ambiente, os biomas do planeta, os seres vivos que neles vivem, as cadeias alimentares e reprodutivas e que não degradem os seres humanos, a fim de se preservar os direitos das futuras gerações⁵⁷.

O novo paradigma da sustentabilidade exige, também, uma readequação qualitativa e estratégica do próprio Direito, que, enquanto instrumento de controle social estatal emanado de um ente soberanamente isolado no planeta, já não produz mais respostas eficazes para assegurar um

⁵¹ Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Relatório do desenvolvimento humano 2013: a ascensão do sul. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/arquivos/rdh-2013.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2013.

⁵² ARMADA, Charles Alexandre Souza. O estado socioambiental de direito brasileiro e a concretização multidimensional da sustentabilidade. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós- Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.1, edição especial de 2015. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

⁵³ DANTAS, Marcelo Buzaglo; OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Marcio. Direito, transnacionalidade e sustentabilidade empática. Revista do Direito, Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 49, maio 2016. ISSN 1982-9957. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/7911>>. Acesso em: 30/07/2017. doi:<http://dx.doi.org/10.17058/rdunisc.v2i49.7911>.

⁵⁴ DANTAS, Marcelo Buzaglo; OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Marcio. Direito, transnacionalidade e sustentabilidade empática. Revista do Direito, Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 49, maio 2016. ISSN 1982-9957. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/7911>>. Acesso em: 30/07/2017. doi:<http://dx.doi.org/10.17058/rdunisc.v2i49.7911>.

⁵⁵ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Z. O novo paradigma de Direito na pós-modernidade. **RECHTD/UNISINOS. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, Porto Alegre, v. 3, p. 75-83, 2011 (a).

⁵⁶ DANTAS, Marcelo Buzaglo; OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Marcio. Direito, transnacionalidade e sustentabilidade empática. Revista do Direito, Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 49, maio 2016. ISSN 1982-9957. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/7911>>. Acesso em: 30/07/2017. doi:<http://dx.doi.org/10.17058/rdunisc.v2i49.7911>.

⁵⁷ NOVAES, Washington. Agenda 21: um novo modelo de civilização. In: MELLO, Celso de Albuquerque (Coord.). Anuário: direito e globalização, 1: a soberania. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 324.

futuro sustentável⁵⁸.

É necessária, portanto, a construção e a consolidação de uma nova concepção de sustentabilidade global, como paradigma de aproximação entre os povos e culturas, e na participação do cidadão de forma consciente e reflexiva na gestão política, econômica e social⁵⁹.

Destaca-se, nesse sentido, que a sustentabilidade deve ser construída a partir de diferentes dimensões, conforme Juarez Freitas⁶⁰:

A sustentabilidade é multidimensional (ou seja, é jurídico-política, ética, social, econômica e ambiental), o que pressupõe, antes de tudo, uma reviravolta hermenêutica habilitada a produzir o descarte de pré-compreensões espúrias e unidimensionais, com a libertação de tudo o que impede o cumprimento alastrado da sustentabilidade como princípio constitucional, na cena concreta. Afinal, para crises sistêmicas, impõem-se soluções sistêmicas, estruturais e interdisciplinares, cooperativas e globais, com o engajamento de todos, não apenas dos governos.

Gabriel Ferrer, assim como a maioria dos doutrinadores, entende que o conceito de sustentabilidade precisa ser compreendido em sua tripla dimensão: a dimensão ambiental, relacionando-se com a sobrevivência; a dimensão econômica, determinando a criação e a distribuição da riqueza; e, finalmente, a dimensão social, significando a governança e a luta contra a exclusão⁶¹.

Por conseguinte, é possível afirmar que a sustentabilidade consolida-se como o atual paradigma, tornando necessária, portanto, a formação de um novo modelo de Estado de Direito, destinado a atender aos anseios impostos pela atual crise ecológica mundial.

Dessa forma, num momento particular da história do planeta, nasce um novo modelo de Estado, o Estado Socioambiental de Direito.

4 ESTADO SOCIOAMBIENTAL DE DIREITO

No decorrer desta pesquisa, pode-se observar que o Estado de Direito não é uma obra acabada, ele está em constante processo de evolução, acompanhando as necessidades da população e incorporando novos valores, de modo a adaptar sua estrutura⁶².

Diante da complexidade da atual crise mundial, referida no item anterior, os paradigmas do

⁵⁸ DANTAS, Marcelo Buzaglo; OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Marcio. Direito, transnacionalidade e sustentabilidade empática. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 49, maio 2016. ISSN 1982-9957. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/7911>>. Acesso em: 30/07/2017. doi:<http://dx.doi.org/10.17058/rdunisc.v2i49.7911>.

⁵⁹ CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. Reflexões sobre o direito transnacional. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 17, n. 1 - Edição Especial Rio +20, p. 18-28, 2012.

⁶⁰ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. P. 50.

⁶¹ FERRER, Gabriel Real. La construcción del Derecho Ambiental. *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental* (Pamplona, Espanha), n. 1, 2002, págs. 73-94.

⁶² FERREIRA, Helene Sivini; FERREIRA, Maria Leonor Paes Cavalcanti. Mudanças climáticas e biocombustíveis: considerações sobre a sustentabilidade forte no Estado de Direito Ambiental. In: *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 59, n. 200, jul./set. 2010.

Estado Liberal e do Estado Social não são mais suficientes para suportar a demanda das questões humanas, sociais e ambientais difundidas no planeta. Nem mesmo o Estado Democrático de Direito, por ter constitucionalizado e buscado dar efetividade a tais paradigmas, é o bastante para tal reivindicação. Com o novo paradigma da sustentabilidade, há a necessidade de se falar em um novo modelo de Estado de Direito: O Estado Socioambiental.

O Estado Socioambiental de Direito tem por marco axiológico a solidariedade e, portanto, funda-se nos direitos difusos de terceira geração, como, por exemplo, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, a paz e o desenvolvimento. Dessa forma, pode-se afirmar que cada forma de estruturação do Estado de Direito corresponde a um lema da Revolução Francesa: “liberdade, igualdade e fraternidade”⁶³.

Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer corroboram com esse entendimento ao afirmarem:

No tocante ao modelo contemporâneo de Estado de Direito, é possível aderir à ideia de superação do modelo do Estado Social (que, por sua vez, já havia superado o Estado Liberal) – pelo menos na forma assumida após a Segunda Grande Guerra – por um modelo de Estado Socioambiental, também designado por alguns de Pós-Social, que, em verdade, não abandona as conquistas dos demais modelos de Estado de Direito em termos de salvaguarda da dignidade humana, mas apenas agrega a elas uma dimensão ecológica, comprometendo-se com a estabilização e prevenção do quadro de riscos e degradação ecológica⁶⁴.

Os autores entendem que de acordo com as diferentes dimensões (liberal, social e ecológica) dos direitos fundamentais, o seu processo de afirmação histórica reforça a caracterização constitucional do Estado Socioambiental, em superação aos modelos de Estado Liberal e Social⁶⁵.

Logo, o marco jurídico-constitucional socioambiental ajusta-se à necessidade da tutela e promoção – integrada e interdependente – dos direitos sociais e dos direitos ambientais num mesmo projeto jurídico-político para o desenvolvimento humano em padrões sustentáveis, de forma que, em uma perspectiva integrada, falar em direitos fundamentais socioambientais é o mesmo que falar em direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais (DESCA)⁶⁶.

É possível, portanto, destacar o surgimento de um constitucionalismo socioambiental, superando o modelo do constitucionalismo social, designadamente para corrigir o quadro de desigualdade e degradação humana em termos de acesso às condições mínimas de bem-estar⁶⁷.

⁶³ PORTANOVA, Rogério. Direitos humanos e meio ambiente: uma revolução de paradigma para o século XXI. In: LEITE, José Rubens Morato; BELLO FILHO, Ney Barros. (Orgs.). *Direito Ambiental Contemporâneo*. Barueri: Manole, 2004. p. 621-642.

⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente**. 3ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 53-54.

⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente**. 3ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 54.

⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente**. 3ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 54.

⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente**. 3ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 54.

Considerando que a função do Estado Social não se esgotou, havendo ainda um número considerável da população mundial que vive em condições miseráveis, sem ter assegurado um mínimo existencial dos direitos sociais, faz-se a opção pelo termo Estado Socioambiental de Direito em vez de puramente Estado Ambiental de Direito⁶⁸.

Isso porque é evidente que a questão ambiental não pode ser dissociada da social, conforme bem destaca Amartya Sen⁶⁹:

Existem problemas novos convivendo com antigos – a persistência da pobreza e de necessidades essenciais não satisfeitas, fomes coletivas [...] e ameaças cada vez mais graves ao nosso meio ambiente e à sustentabilidade de nossa vida econômica e social.

Nesse contexto, ao analisar o Brasil, Luís Roberto Barroso afirma que, “no país da malária, da seca, da miséria absoluta, dos menores de rua, do drama fundiário, dos sem-terra, há por certo espaço para mais uma preocupação moderna: a degradação do planeta”⁷⁰.

Dessa forma, o Estado Socioambiental busca ter uma visão holística dos problemas da sociedade atual e do ordenamento jurídico, visando a proteger tanto a biodiversidade quanto a sociodiversidade⁷¹, podendo “ser compreendido como produto de novas reivindicações fundamentais do ser humano e particularizado pela ênfase que confere à proteção do meio ambiente”⁷².

Neste modelo de Estado de Direito a proteção ambiental ocupa lugar fundamental na ordem constitucional, de forma que a preservação das condições ambientais passa a balizar as ações estatais e as políticas públicas, a fim de permitir uma existência digna às gerações futuras⁷³.

O comando constitucional expresso no art. 225, *caput*, da CRFB/88, tem especial relevância, pois adota uma concepção integrada do meio ambiente, prevendo responsabilidades e encargos ambientais compartilhados entre Estado e sociedade⁷⁴, quando subscreve que:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever

⁶⁸ FENSTERSEIFER, Tiago. Estado Socioambiental de Direito e o princípio da solidariedade como seu marco jurídico-constitucional. In: *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça*. n. 2, p. 132- 157, Porto Alegre, n. 2, jan./mar. 2008.

⁶⁹ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 9.

⁷⁰ BARROSO, Luis Roberto. A proteção do meio ambiente na Constituição brasileira. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, ano 1, v. 115, out./dez. 1992.

⁷¹ SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*. São Paulo: Peirópolis, 2005. p. 91/92.

⁷² FERREIRA, Heline Sivini. *Desvendando os organismos transgênicos: as interferências da sociedade de risco no Estado de Direito Ambiental Brasileiro*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2010. p. 161.

⁷³ WOLKMER, Maria de Fátima Schumacher; PAULITSCH, Nicole da Silva. O Estado de Direito Socioambiental e a Governança ambiental: ponderações acerca da judicialização das políticas públicas ambientais e da atuação do Poder Judiciário. *Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica*, v. 18, n. 2, p. 256-268/mai-ago 2013. p. 259-260.

⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente**. 3ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 55-56.

de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações⁷⁵.

Observa-se, da leitura deste dispositivo, que, com relação ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a CRFB/88 prevê uma nova formulação subjetiva-objetiva, em que a dimensão subjetiva é o próprio direito e a dimensão objetiva se traduz no dever, de forma a harmonizar duas dimensões que são necessariamente complementares⁷⁶.

Dessa forma, quando a Carta Constitucional determina que é dever do Poder Público e da coletividade proteger o meio ambiente observa-se a enunciação de um agir integrativo, com responsabilidades compartilhadas, incentivando a cidadania ambiental e a democracia participativa, de forma a preencher as exigências de um Estado Socioambiental de Direito⁷⁷.

Assim, o Estado Socioambiental de Direito surge como uma resposta à crise ambiental desencadeada na sociedade de risco pela irresponsabilidade organizada, tratando-se da reformulação de um dos pilares do Estado de forma a inserir o direito das futuras gerações ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o desenvolvimento sustentável na pauta política⁷⁸.

Este modelo de Estado de Direito deve impulsionar a sociedade para uma mudança de paradigma em nível social, permitindo a consolidação da participação popular na decisão de assuntos de caráter ambiental e em nível ambiental, consolidando uma atuação mais solidária e sustentável⁷⁹.

Entretanto, apesar dos fundamentos constitucionais analisados, “o Estado de Direito do Ambiente é uma construção teórica que se projeta no mundo real ainda como devir”⁸⁰. Trata-se de um modelo, que apesar de seu caráter abstrato, tem importância como paradigma para compreender melhor a crise ambiental na sociedade de risco⁸¹.

O modelo de Estado Socioambiental de Direito traz esperança e alternativas para que seja

⁷⁵ BRASIL. *Constituição Federal da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 out. 15.

⁷⁶ LEITE, José Rubens Morato FERREIRA, Helene Sivini. Tendências e perspectivas do Estado de Direito Ambiental no Brasil. In: FERREIRA, Helene Sivini; LEITE, José Rubens Morato; BORATTI, Larissa Verri. (Orgs.) *Estado de Direito Ambiental: tendências*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. p. 20.

⁷⁷ LEITE, José Rubens Morato FERREIRA, Helene Sivini. Tendências e perspectivas do Estado de Direito Ambiental no Brasil. In: FERREIRA, Helene Sivini; LEITE, José Rubens Morato; BORATTI, Larissa Verri. (Orgs.) *Estado de Direito Ambiental: tendências*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. p. 20-26.

⁷⁸ FERREIRA, Helene Sivini. *Desvendando os organismos transgênicos: as interferências da sociedade de risco no Estado de Direito Ambiental Brasileiro*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2010. p. 160.

⁷⁹ ARMADA, Charles Alexandre Souza Armada; SILVA, Carlos Roberto da. O Estado Socioambiental de Direito. In: DANTAS, Marcelo Buzaglo; SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. (Orgs.) *Transnacionalidade, direito ambiental e sustentabilidade: contribuições para a discussão na sociedade hipercomplexa*. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2014.

⁸⁰ LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. (Orgs.) *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 169.

⁸¹ CRUZ, Paulo Marcio; DE FARIA, Daniela Lopes; ITO, Christian Normitsu. A necessária evolução do Estado de Direito Social teorizado por Herman Heller ao Estado de Direito Socioambiental diante da crise ambiental na sociedade de riscos / The necessary evolution of the social state theorized by Hermann Heller to the Socio- Envir. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 12, n. 1, p. 74-87, jun. 2016. ISSN 2238-0604. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1119>>. Acesso em: 30 jul. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v12n1p74-87>.

possível visualizar um futuro em que os riscos são gerenciados em uma sociedade reflexiva e participativa⁸².

Consoante as premissas lançadas, há a necessidade de transcender de um pacto social para um pacto socioambiental, com o intuito de contemplar o novo papel que o Estado e a sociedade desempenham no âmbito do Estado Socioambiental de Direito.

Portanto, é fundamental a projeção de uma nova postura política e jurídica para a sociedade civil, que, especialmente sob o marco normativo da solidariedade, deverá compartilhar com o Estado, ainda que em menor intensidade, a carga de responsabilidades e deveres de tutela do ambiente para a atual geração e às futuras⁸³.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio da presente pesquisa, pôde-se observar que, durante a história da humanidade, os Estados de Direito se renovaram conforme as mudanças de paradigma suscitados na sociedade ou, em uma análise global, pelas crises vivenciadas pela humanidade.

Os paradigmas de direito têm a função de delinear um modelo de sociedade contemporânea para explicar como direitos e princípios constitucionais devem ser concebidos e implementados para que cumpram naquele dado contexto as funções normativamente a eles atribuídas.

Assim, percorrendo a evolução histórica dos Estados de Direito, observou-se que o Estado Liberal propugnava a liberdade e a luta contra os privilégios do clero e da nobreza, instituindo os chamados direitos fundamentais de primeira geração. Contudo, com o passar do tempo, notou-se que a liberdade econômica deu azo a uma nova forma de subjugação dos trabalhadores, causando injustiças. Diante disso, surgiu o Estado de Bem-Estar Social, cujo grande lema é a igualdade material, e não meramente formal. Ganharam relevância neste contexto os direitos fundamentais de segunda geração, ou, em outras palavras, os direitos sociais, que devem ser promovidos pelo Estado.

Posteriormente à Segunda Guerra Mundial, o paradigma do Estado Social começa a entrar em crise, o Estado Social não mais atendia de forma efetiva aos anseios democráticos. Assim, o Estado Democrático de Direito vem para corrigir as falhas que existiam no Estado Social, o qual não conseguiu garantir a justiça social, tampouco a efetiva participação democrática do povo no processo político.

Todavia, observou-se que, devido à produção capitalista, cujo objetivo consiste na busca desenfreada pelo lucro, a situação global de degradação ambiental começou a se agravar e o planeta,

⁸² FERREIRA, Heline Sivini. *Desvendando os organismos transgênicos: as interferências da sociedade de risco no Estado de Direito Ambiental Brasileiro*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2010. p. 160.

⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente**. 3ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 55.

por sua vez, respondeu a estes ataques com catástrofes cada vez mais crescentes.

A partir da década de 70, a preocupação com os perigos que o desequilíbrio ecológico impõem ao ser humano, fez nascer uma consciência ecológica planetária, resultante da crise ambiental vivida mundialmente.

E é nesse contexto que emerge naturalmente a sustentabilidade, em suas dimensões social, econômica e ambiental, como grande potencial axiológico para ser aplicada e reconhecida na centralidade desta nova ordem jurídica altamente complexa, plural e transnacionalizada. Consolidasse, assim, o atual paradigma.

Diante da complexidade da atual crise mundial, os paradigmas do Estado Liberal e do Estado Social não são mais suficientes para atender à demanda das questões humanas, sociais e ambientais difundidas no planeta. Nem mesmo o Estado Democrático de Direito, por ter constitucionalizado e buscado dar efetividade a tais paradigmas, é o bastante para tal reivindicação. Com o novo paradigma da sustentabilidade, há a necessidade de se falar em um novo modelo de Estado de Direito: O Estado Socioambiental.

Observou-se que o Estado Socioambiental de Direito busca ter uma visão holística dos problemas da sociedade atual e do ordenamento jurídico, visando a proteger tanto a biodiversidade quanto a sociodiversidade, podendo ser compreendido como produto de novas reivindicações fundamentais do ser humano e particularizado pela ênfase que confere proteção ao meio ambiente.

De acordo com as premissas lançadas, entende-se que há a necessidade de transcender de um pacto social para um pacto socioambiental, em vista de contemplar o novo papel que o Estado e a sociedade desempenham no âmbito do Estado Socioambiental de Direito. Deve-se projetar uma nova postura política e jurídica para a sociedade civil, que, especialmente sob o marco normativo da solidariedade, deverá compartilhar com o Estado, ainda que em menor intensidade, a carga de responsabilidades e deveres de tutela do ambiente para a atual geração e às futuras.

5 REFERÊNCIAS

ARMADA, Charles Alexandre Souza Armada; SILVA, Carlos Roberto da. O Estado Socioambiental de Direito. In: DANTAS, Marcelo Buzaglo; SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. (Org.). **Transnacionalidade, direito ambiental e sustentabilidade**: contribuições para a discussão na sociedade hipercomplexa. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2014.

ARMADA, Charles Alexandre Souza. O estado socioambiental de direito brasileiro e a concretização multidimensional da sustentabilidade. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós- Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI**, Itajaí, v.10, n.1, edição especial de 2015. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

BARROSO, Luis Roberto. A proteção do meio ambiente na Constituição brasileira. **Revista de**

Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, ano 1, v. 115, out./dez. 1992.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia.** Trad. brasileira de Marco Aurélio Nogueira. 2º ed. São Paulo: Brasiliense, 1988.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição.** Coimbra: Almedina, 1999.

CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável.** São Paulo: Cultrix, 2005.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. **Revista de Direito Comparado**, Belo Horizonte, n. 3, p. 476, mai., 1999.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. **Revista de Direito Comparado**, Belo Horizonte, n. 3, p. 481, mai., 1999.

CATTONI, Marcelo. **Direito constitucional.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da ciência jurídica.** São Paulo: Saraiva, 2001.

PIMENTA, Roberto Lyrio. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas.** São Paulo: Max Limonad, 1999.

CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e estado contemporâneo.** Curitiba, Juruá, 2002.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Z. O novo paradigma de Direito na pós-modernidade. **RECHTD/UNISINOS. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, Porto Alegre, v. 3, p. 75-83, 2011 (a).

CRUZ, Paulo Marcio; DE FARIA, Daniela Lopes; ITO, Christian Normitsu. A necessária evolução do Estado de Direito Social teorizado por Herman Heller ao Estado de Direito Socioambiental diante da crise ambiental na sociedade de riscos / The necessary evolution of the social state theorized by Hermann Heller to the Socio- Envir. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 12, n. 1, p. 74-87, jun. 2016. ISSN 2238-0604. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1119>>. Acesso em: 30 jul. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v12n1p74-87>.

CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. Reflexões sobre o direito transnacional. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 17, n. 1 - Edição Especial Rio +20, p. 18-28, 2012.

DANTAS, Marcelo Buzaglo; OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Marcio. Direito, transnacionalidade e sustentabilidade empática. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 49, maio 2016. ISSN 1982-9957. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/7911>>. Acesso em: 30/07/2017.

doi:<http://dx.doi.org/10.17058/rdunisc.v2i49.7911>.

FENSTERSEIFER, Tiago. Estado Socioambiental de Direito e o princípio da solidariedade como seu marco jurídico-constitucional. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça**. n. 2, p. 132- 157, Porto Alegre, n. 2, jan./mar. 2008.

FERREIRA, Heline Sivini. **Desvendando os organismos transgênicos**: as interferências da sociedade de risco no Estado de Direito Ambiental Brasileiro. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2010.

FERRER, Gabriel Real. La construcción del Derecho Ambiental. **Revista Aranzadi de Derecho Ambiental** (Pamplona, Espanha), n. 1, 2002..

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GORDILLO, Agustín. **Princípios Gerais de Direito Público**. Trad. Brasileira de Marco Aurelio Greco. Ed. RT: São Paulo, 1977.

HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms: contributions to discourse theory of law and democracy**. Cambridge: The MIT, 1996. p. 194-195. Apud., CATTONI, Marcelo. Direito constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1997.

HARDING, Stephan. **Terra viva**: ciência, intuição e a evolução de Gaia – para uma nova compreensão da vida em nosso planeta. São Paulo: Cultrix, 2008.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2000.

LA BRADBURY, Leonardo Cacao Santos. Estados liberal, social e democrático de direito: noções, afinidades e fundamentos. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1252, 5 dez. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9241>>. Acesso em: 31 jul. 2017.

LEITE, José Rubens Morato FERREIRA, Heline Sivini. Tendências e perspectivas do Estado de Direito Ambiental no Brasil. In: FERREIRA, Heline Sivini; LEITE, José Rubens Morato; BORATTI, Larissa Verri. (Orgs.) **Estado de Direito Ambiental**: tendências. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. p. 20.

MAULAZ, Ralph Batista de. **Os paradigmas do Estado de Direito. O Estado Liberal, o Estado Social (socialista) e o Estado Democrático de Direito**. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2628, 11 set. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17368>>. Acesso em: 31 jul. 2017.

MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. **Terra-Pátria**. Porto Alegre: Sulina, 2005.

NOVAES, Washington. Agenda 21: um novo modelo de civilização. In: MELLO, Celso de Albuquerque (Coord.). **Anuário**: direito e globalização, 1: a soberania. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

OST, François. **A natureza à margem da lei**: a ecologia à prova do Direito. Lisboa: Instituto

Piaget, 1997.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 13.ed. rev.atual.amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

PORTANOVA, Rogério. Direitos humanos e meio ambiente: uma revolução de paradigma para o século XXI. In: LEITE, José Rubens Morato; BELLO FILHO, Ney Barros. (Orgs.). **Direito Ambiental Contemporâneo**. Barueri: Manole, 2004.

Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. **Relatório do desenvolvimento humano 2013: a ascensão do sul**. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/arquivos/rdh-2013.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2013.

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural**. São Paulo: Peirópolis, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente**. 3ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4º ed. 7º tiragem. Ed. Malheiros: São Paulo.

WOLKMER, Maria de Fátima Schumacher; PAULITSCH, Nicole da Silva. O Estado de Direito Socioambiental e a Governança ambiental: ponderações acerca da judicialização das políticas públicas ambientais e da atuação do Poder Judiciário. **Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica**, v. 18, n. 2, p. 256-268/mai-ago 2013. p. 259-260.

**AS CONDUTAS CRIMINAIS DE INDÍGENAS ISOLADOS NA AMAZÔNIA: O
TRANSJUDICIALISMO E A REAPROPRIAÇÃO DOS SABERES LOCAIS COMO
OPÇÃO DE JUSTIÇA**

Franklin Vieira dos Santos¹
Inês Moreira da Costa²

Recebido em: 30 nov. 2017
Aceito em: 04 dez. 2017

Resumo: Na região amazônica vivem grupos indígenas ainda isolados, sem contato com as sociedades nacionais, que circulam livremente desconhecendo as limitações geográficas de fronteiras entre os países. Quando uma conduta que possa ser considerada ilícita é praticada em uma dessas fronteiras, sem que seja possível especificar com clareza o local onde o crime aconteceu para se delimitar o Direito de qual país deva ser aplicado, é possível que recebam um tratamento que contraria, até mesmo, preceitos universais, dada a soberania que cada país tem de impor suas regras. A transjudicialização aponta para a necessidade de uma flexibilização na aplicação do direito, possibilitando a aplicação de normas universais, ou aplicadas em outras cortes estrangeiras, que estejam em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana ou representem a reapropriação dos saberes locais. Assim, é possível o reconhecimento de sanções diversas da prisão a essas comunidades isoladas da região amazônica em substituição àquelas previstas no ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Soberania. Comunidades Indígenas Isoladas. Dignidade da Pessoa Humana. Transjudicialismo.

**THE CRIMINAL CONDUCT OF INDIGENOUS PEOPLE ISOLATED IN THE AMAZON:
TRANSJUDICIALISM AND REAPPROPRIATION OF LOCAL KNOWLEDGE AS A
CHOICE OF JUSTICE**

Abstract: In the Amazon region, indigenous groups are still isolated, without contact with national societies, which circulate freely, ignoring the geographical limitations of borders between countries. When a conduct that may be considered illegal is practiced on one of these borders, and it is not possible to clearly specify the place where the crime occurred in order to delimit the law of which country should be applied, they may receive treatment that contradicts universal precepts, given the sovereignty that each country has to impose its rules. The transjudicialization points to the need for flexibility in the application of the law, allowing the application of universal norms or applied in other foreign courts that are in accordance with the

1 Doutorando em direito pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, Mestre em Poder Judiciário pela FGV-Rio, MBA em Poder Judiciário, pela FGV-Rio, Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela ULBRA de Porto Velho, Professor da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia – EMERON; Professor da Faculdade São Lucas de Rondônia, Juiz de Direito no Estado de Rondônia, titular da 3ª Vara Criminal de Porto Velho. E-mail: franklinvs27@gmail.com.

2 Doutoranda em direito pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, Mestre em Poder Judiciário pela FGV-Rio, MBA em Poder Judiciário, pela FGV-Rio. Juíza de Direito no Estado de Rondônia, titular da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Porto Velho. E-mail: ines@tjro.jus.br.

principle of the dignity of the human person or represent the reappropriation of local knowledge. Thus, it is possible the recognition of sanctions different from the prison to these isolated communities of the Amazon region in substitution to those foreseen in the juridical order.

Keywords: Sovereignty. Isolated Indigenous Communities. Dignity Of The Human Person. Transjudicialism.

1 INTRODUÇÃO

Em abril de 2015, com a chamada “Júri indígena em Roraima absolve réu de tentativa de homicídio”³ a imprensa nacional noticiou, com grande alarde, o julgamento realizado perante a Reserva Indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima. Na oportunidade, levou-se a estrutura do tribunal do júri para apreciar um episódio envolvendo três índios da Etnia Macuxi, fato acontecido no Município de Uiramutã/RR.

A novidade foi a circunstância de o júri ter sido formado exclusivamente com índios da própria reserva. Todavia, todo o procedimento obedeceu ao previsto na legislação processual, com o tribunal do júri presidido por um juiz de direito.

Nada além disso.

Como veremos no curso deste artigo, havia a possibilidade de ir além, com base na transjudicialização.

Pretende-se abordar nesse artigo a formação dos estados nacionais para compreender o que isso representa para as comunidades isoladas da Amazônia. Em seguida, será abordado o tratamento que é dado aos indígenas que praticam condutas criminais e a importância de um novo pensamento na aplicação do Direito, com a transjudicialização e a possibilidade de aplicação de decisões de cortes estrangeiras, que estejam baseadas em valores universais, como o princípio da dignidade da pessoa humana, sem deixar de levar em consideração, ainda, os saberes locais dessas comunidades.

A relevância do estudo deste tema reside no fato de que a globalização rompeu as fronteiras econômicas e socioculturais, impondo uma nova reflexão sobre o papel do Direito, onde emergem novas formas de aplicação da justiça, e a transjudicialização é um desses fenômenos que vem ganhando importância na atualidade. O método de estudo é o bibliográfico, consistente na análise de doutrina sobre Teoria do Estado, Direito Ambiental e Direito Constitucional. O tratamento da matéria será realizado pelos métodos dedutivo e argumentativo.

3 COSTA, Emily. Júri indígena em Roraima absolve réu de tentativa de homicídio. Reportagem do site **g1.globo.com**, publicada em 24/04/2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2015/04/juri-indigena-absolve-reu-de-tentativa-de-homicidio-e-condena-outro-em-rr.html>; acesso em fevereiro/2017.

2 A DELIMITAÇÃO DE FRONTEIRAS PELOS ESTADOS NACIONAIS.

O homem é um ser social. Aristóteles (384-322 a.C), em sua obra *A Política* já reconhecia a sociabilidade como uma propriedade essencial do homem. Essa é uma constatação inafastável e, descartando algumas excepcionalidades, até mesmo com motivação patológica, emerge a necessidade de estar em grupo.

Inicialmente esta necessidade se justificava pela sobrevivência já que a agressão de animais ou até de mesmos outros grupamentos eram bastante comuns. Nessa época, a formação do grupo se fundava em vínculo de proximidade, normalmente consanguíneos.

O avanço da história na civilização trouxe-nos até a formação de grupos mais numerosos que extrapolavam os vínculos familiares. A religião teve um importante papel nessa formação. Conforme Coulanges⁴, na Grécia antiga (entre 1500 – 338 a.C.), a religião doméstica proibia a união de duas famílias, mas era possível que várias famílias se unissem, sem sacrificar sua religião particular, para a celebração de outro culto de um antepassado em comum. Assim, surgiram alguns grupos, que no grego foram chamados de “*fratria*” e, no latim, “*cúria*”. A sociedade cresceu e muitas cúrias formaram as tribos, que depois formaram as cidades.

A partir do momento que os grupos ficam maiores, com agregação de pessoas estranhas à consanguinidade, o amálgama que mantém a reunião entre os membros também fica complexo. Na busca de fundamentos para justificar a proximidade entre os membros, além da religião, encontram-se a identidade de língua, identidade de costumes e proximidade espacial, que passam a ser componentes essenciais para ver-se reconhecido e integrante de um grupamento social.

Após um longo período histórico, chega-se, então, à formação dos Estados Nacionais. De acordo com Bobbio⁵, a palavra “Estado” foi difundida pelo prestígio do Príncipe, obra de Maquiavel, na qual afirma que “todos os Estados que existem e já existiram são e foram sempre repúblicas ou principados”⁶ e após esclarecer o que se entende por república e principado, fala do modo de governar as cidades e as atitudes que os governantes devem ter para serem bem-sucedidos.

Mas é o próprio Bobbio quem esclarece que o nascimento do Estado, entendido como ordenamento político de uma coletividade, decorre da dissolução da comunidade primitiva fundada sobre os laços de parentesco e da formação de comunidades mais amplas derivadas da união de vários grupos familiares, em razão da necessidade de sobrevivência interna (o sustento) e externa (a defesa)⁷.

Os fundamentos que justificaram a construção de uma noção de nação, não se verificaram de

⁴ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma; tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: REMUS, 1975, p. 101.

⁵ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral da política**; tradução Marco Aurélio Nogueira – Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 65.

⁶ MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**; tradução de Pietro Nasseti – São Paulo: Martins Claret, 2004, Cap. I.

⁷ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral da política**, p. 73.

forma semelhante entre os primeiros Estados formados. Como esclarece José Afonso da Silva⁸, houve, por largos séculos, uma organização meramente social, sem que se pudesse vislumbrar nela o poder político, fenômeno cultural caracterizador das sociedades politicamente organizadas, e a civilização humana teria passado por três estágios: o do selvagerismo, o da barbárie e o civilizado.

Miguel Reale⁹ em sua teoria tridimensional sustenta que em todo Estado há sempre três elementos conjugados ou co-implicados, nenhum deles podendo ser compreendido plenamente sem os outros dois: o *fato* de existir uma relação permanente e de Poder, com uma discriminação entre governantes e governados; um *valor* ou um complexo de *valores*, em virtude do qual o Poder se exerce; e um complexo de *normas* que expressa a mediação do Poder na atualização dos valores de convivência. E embora cada um desses aspectos possa ser identificado individualmente, somente a unidade desses três fatores é suficiente para caracterizar o Estado.

Chevallier¹⁰, por sua vez, afirma que no Estado moderno o indivíduo é colocado no centro da organização social e política, tornando-se referência suprema, tanto na esfera particular quanto pública. Em seguida, apresenta as características desse novo modelo estatal:

Assim, características essenciais do modelo estatal são a tradução dos valores subjacentes à modernidade: a *institucionalização do poder*, quer dizer, a inscrição das relações de dominação política num quadro geral e impessoal; a produção de um *novo quadro de submissão*, a “cidadania” sendo concebida como uma ligação excludente, incompatível com a existência de submissões paralelas ou concorrentes; o estabelecimento do *monopólio da força*, o Estado sendo entendido, dentro das “fronteiras” delimitantes do campo de sua “soberania”, a única fonte do direito e a única habilitada a fazer uso dos meios de coerção; a consagração de um *princípio fundamental de unidade*, unidade de valores resultante da pertinência a uma esfera pública posta como distinta do resto da sociedade, unidade do direito estatal, apresentando-se como uma totalidade coerente, uma “ordem” estruturada, unidade do aparelho encarregado de colocar em operação o poderio do Estado.

A evolução da ideia de Estado também revela a importância que se deu, ao longo do tempo, aos seus elementos. Dantas¹¹ esclarece que a *polis* grega e a *civitas* romana acentuavam a importância do elemento humano, enquanto no sistema feudal a importância recaiu sobre o território, o que explica as lutas para a conquista de espaço geográfico, além da produção e acumulação de riquezas.

A história confirma que muitas dessas aquisições se deram à custa da exploração dos povos mais frágeis. A colonização espanhola, no século XVI, pode ser um desses exemplos. Em 1531 o México foi devastado e a população asteca praticamente dizimada. Nessa mesma época, o império Inca, no Peru, também foi fonte de exploração, tanto dos indígenas quanto das riquezas, principalmente através da extração de metais preciosos. Ao final do século XVI a Espanha já havia tomado posse de grande parte de sua colônia americana, o mesmo ocorrendo com Portugal em relação

⁸ SILVA, José Afonso da. **Teoria do Conhecimento Constitucional** – São Paulo: Malheiros, 2014, p. 51.

⁹ REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**, 5ª edição – São Paulo: Saraiva, 2000, p. 374-375.

¹⁰ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 14-15.

¹¹ DANTAS, Ivo. **Teoria do Estado contemporâneo**, 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 104.

à colonização do Brasil. A colonização inglesa e francesa na África também se deu da mesma forma.

Especificamente no caso brasileiro, Sarmiento faz uma constatação enfocando a agressão sobre a população original:

Os povos tradicionais sujeitaram-se, em geral, a graves injustiças em sua trajetória, às quais pode ser em parte debitada a situação de exclusão em que se encontram no presente, não só do ponto de vista de inferioridade socioeconômica, como também na perspectiva de subordinação cultural. Veja-se o caso dos ossos povos indígenas. Os índios brasileiros foram, ao longo do tempo, dizimados pela violência dos brancos e pelas doenças que estes trouxeram, expulsos da maior parte das suas terras, expostos a práticas etnocidas, de invisibilização e assimilação forçada. É necessário reajustar para bases mais equitativas as relações entre os povos indígenas e os “brancos” e não há como fazê-lo ignorando o passado de tamanha injustiça intergrupais. Esse reequilíbrio das relações intergrupais não envolve apenas redistribuição, mas também reconhecimento, pois as injustiças históricas deixaram profundas cicatrizes no universo simbólico-cultural. Argumento similar pode ser formulado para outras comunidades tradicionais, como os quilombolas brasileiros, cuja identidade étnico-cultural foi forjada na resistência à opressão racial¹².

O que se constata, objetivamente, é a constituição de unidades territoriais centralizadas, construção normalmente motivada pela busca de poder e riqueza pelas comunidades mais fortes, através de guerras com outros povos e territórios. Os territórios e povos explorados, como forma de defesa, e até mesmo por imposição das nações exploradoras, também se viram compelidos a formarem estados-nações nem sempre com a necessária identificação entre os povos componentes daquele grupamento formado.

A dominação de novo território correspondia à formação de uma nova unidade, na condição de colônia que, mais à frente, acabava se desvinculando do invasor, formando um novo Estado nacional, agora já com a cultura do país dominante adotado pelo costume local, seja na sua língua, religião, pouco deixando dos povos originais.

Mas é a partir do surgimento do Estado que seus elementos – território, população e poder político soberano – ficam no mesmo plano.

De qualquer sorte, no atual estágio da civilização, já não se vislumbra território que não pertença a uma nação.

3 O TRATAMENTO DOS INDÍGENAS DA AMAZÔNIA NAS CONDUTAS CRIMINAIS

A limitação das fronteiras pelos Estados nacionais ocorreu à revelia de grupamentos que não a reconhecem, como é o caso de grupos isolados que circulam livremente por todo o território amazônico, que sequer tem conhecimento de limitações estabelecidas.

Ainda assim, as condutas desses povos isolados acabam por ser avaliadas por um direito e

¹² SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**, 1ª edição, 1ª reimpressão. - Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 279-280.

organismos que eles desconhecem, sem levar em consideração as normas de caráter punitivo da própria comunidade, o que se revela indevido, conforme se verá no decorrer deste artigo.

Interessa anotar que na imensidão da Floresta Amazônica existe um expressivo número de povos isolados que, por sua natureza nômade circulam pela região que se estende pelo território de vários países como Brasil, Peru, Bolívia, Equador, Venezuela, Guiana, Guiana Francesa e Suriname.

O trabalho que pretende destacar a vida dos povos isolados no Brasil e Bolívia¹³ aponta que os agrupamentos isolados são uma realidade nos países que integram a Bacia Amazônica, do qual se inclui o Brasil, Bolívia, Colômbia, Equador, Peru e Venezuela. O estudo em questão informa que existem pelo menos 30 povos isolados no território brasileiro.

Para não ficar apenas na teoria, uma reportagem da BBC Brasil trouxe em Dez/2016 uma chamada que destacava “Fotógrafo faz registro raro de tribo isolada em floresta no Acre”¹⁴. Segundo a reportagem¹⁵, trata-se de um grupamento de aproximadamente 300 pessoas, que recebeu a denominação de “Índios do Maitá”. Como os povos destacados existem outros grupos que vivem na região sem contato com as sociedades nacionais, alguns sequer identificados.

Característica comum de alguns desses povos isolados é a vida nômade, deslocando-se por territórios em busca de alimentos e em conformidade com as mudanças climáticas.

Descrevendo a vida do que denominou ser um dos últimos grupos nômades das Américas, Pessoa¹⁶, descreve como era a vida dos Awá-Guajás:

São homens que ainda vivem como há muitos milhares de anos: não conhecem a agricultura, caçam com arco e flecha, amamentam e criam os filhotes de animais como se fossem seus filhos e preferem andar nus, circulando pela mata sem moradia fixa em aldeias.

Vivendo em deslocamento não é difícil imaginar que transitam no território de vários países, posto não conhecerem as limitações acordadas pelas sociedades que lhes são exteriores e, na visão destas, mais organizadas.

Diante da soberania que possibilita a cada Estado-nacional determinar sua legislação, um questionamento que pode surgir diz respeito ao cometimento de ilícitos penais praticados na fronteira desses Estados, sem que seja possível especificar com clareza o local em que o crime aconteceu a fim de se precisar qual o direito a ser aplicado.

O estudo que aborda as “Políticas de proteção aos povos indígenas isolados no Brasil e na

13 COMEGNA, Maria Angela. **Políticas de proteção aos povos indígenas isolados no Brasil e na Bolívia**. Disponível em <http://www.ub.edu/geocrit/-xcol/89.htm>; acesso em abril/2017.

14 **BBC Brasil**. Fotógrafo faz registro raro de tribo isolada em floresta no Acre. Disponível em <http://www.bbc.com/portuguese/brasil-38399604>; acesso em fevereiro/2017;

15 **Notícias UOL**. Conheça povos, tribos e lugares isolados no mundo. Disponível em: <https://noticias.bol.uol.com.br/fotos/entretenimento/2016/05/21/conheca-povos-tribos-e-lugares-isolados-no-mundo.htm?fotoNav=83#fotoNav=86>; acesso em fevereiro/2017.

16 **PESSOA**, André. **Filhos da Floresta**. Disponível em <http://rollingstone.uol.com.br/edicao/54/filhos-da-floresta#imagem0>; acesso em abril/2017.

Bolívia”¹⁷ aponta os vários dispositivos supranacionais que visam a proteção dos povos isolados, relacionando-os.

Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948);
Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais da Organização Internacional do Trabalho – (OIT) – das Nações Unidas (1989);
Convenção sobre Diversidade Biológica (1992);
Convenção sobre Prevenção e Sanção do Genocídio (1948);
Declaração Universal sobre Diversidade Cultural da UNESCO (2001);
Convenção de Paris sobre Proteção do Patrimônio Intangível (2003);
Recomendação 3056 sobre Povos Indígenas que vivem em Isolamento Voluntário na Região Amazônica e do Chaco da União Mundial pela Natureza (2004);
Chamamento do Seminário Regional de Santa Cruz de La Sierra sobre Povos Indígenas em Isolamento e em Contato Inicial da Amazônia e do Gran Chaco (2006)

Todavia, no que se refere ao cometimento de crimes, existe uma concreta possibilidade de os indígenas terem tratamento diferenciado, em conformidade com o território onde o fato ocorrer, pois cada país tem soberania para impor suas regras, algumas vezes até desrespeitando preceitos universais.

Em relação ao Brasil, a legislação penal atual não é suficientemente clara, havendo uma tendência para se reconhecer a imputabilidade em conformidade com a compreensão da ilicitude do fato, circunstância a ser apreciada concretamente.

Nesse sentido, Santos Filho¹⁸ afirma que o art. 231 da Constituição veicula o direito à alteridade, o princípio do respeito à diversidade étnica e cultural dos índios:

Disso resulta inválida qualquer conclusão fundada em premissa relacionada ao grau de integração do índio aos padrões de cultura e de comportamento da sociedade não indígena para apuração da imputabilidade. Para a aferição da imputabilidade penal dos indígenas não importa se o índio mantém contato perene ou esporádico com membros da cultura preponderante, é necessário apenas aferir se o índio possuía ao tempo do fato, de acordo com a sua cultura e seus costumes, condições de entender o caráter ilícito previsto da lei posta pelos não-índios. Caso apurada a imputabilidade do índio, emergirá impositiva a observância das disposições constantes do art. 6 e parágrafo único do Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/1973), onde estabelecida hipótese de necessária atenuação da pena, e que as penas de reclusão e de detenção deverão ser cumpridas em regime especial de semiliberdade, na sede da FUNAI mais próxima da habitação do condenado. Vale consignar, para análise da imputabilidade penal dos índios é necessário tão-somente perquirir se de acordo com a sua cultura e seus costumes o indígena tinha condições de compreender o caráter ilícito daquela conduta positivada como crime segundo os padrões da cultura da sociedade envolvente.

Analisando o comportamento das autoridades judiciais na Colômbia, Calvache¹⁹ também aponta a incompatibilidade denunciada:

17 COMEGNA, Maria Angela. **Políticas de proteção aos povos indígenas isolados no Brasil e na Bolívia.**

18 SANTOS FILHO, Roberto Lemos. **Índios e a imputabilidade penal.** Disponível em <https://jus.com.br/artigos/8924/indios-e-imputabilidade-penal>. Acesso no dia 20/03/2017

19 CALVACHE, Juan Carlos Quintero. El fuero judicial de los pueblos indígenas frente a la justicia ordinaria y la responsabilidad del Estado colombiano por su vulneración fáctica. Criterio Jurídico Santiago de Cali V. 11, No. 1 2011-1 pp. 75-103 ISSN 1657-3978 p. 79

Ahora, si la actitud del funcionario judicial en el tratamiento del asunto desconoce la aplicación de la norma internacional, se ponen en evidencia los abusos de poder por omisión del sistema judicial colombiano con relación a los procesos criminales que se siguen contra miembros de comunidades indígenas (García, 2006: 158), no obstante que, precisando el caso, los crímenes se hayan cometido por fuera del territorio y contra miembros de sus propios pueblos.

E essa preocupação não é desarrazoada.

Moreira²⁰ destaca a parte da doutrina dos Estados Nacionais que, embora reconheçam a existência do fenômeno da internacionalização dos Direitos Humanos e do conseqüente fortalecimento do Direito Internacional, resistem em aceitar uma norma que não foi construída alicerçada em sua soberania:

Inicialmente, alegam que essa evolução não afeta substancialmente a primazia dos Estados nacionais, que continuam dispondo de um poder de coerção invencível no interior do respectivo país. Dessa forma, o Estado permanece a principal força protetora dos Direitos Humanos, que encontram respaldo constitucional positivo, transformando-se em direitos fundamentais, ou seja, normas jurídicas supremas dentro do Estado que vinculam todas as autoridades constituídas.

É bem verdade que existe todo um mecanismo de pressão internacional para tentar limitar o Poder Estatal que pretender estabelecer regras diferentes das universais, mas ao adentrarmos nos fatos concretos, vislumbramos a possibilidade de agressões ao direito das comunidades mais frágeis.

Todavia, a questão não se encerra nesta avaliação.

É importante reconhecer que organismos internacionais também exercem pressões para universalização de comportamentos, visando objetivos nem sempre nobres, normalmente justificados por conjuntura econômica. Em outras palavras, ao mesmo tempo que se pressiona o Estado nacional à obediência a preceitos universais também se força à universalização de comportamentos, agora com objetivos econômicos.

Santos²¹ ressalta o enfraquecimento dos Estados nacionais como parte da estratégia da globalização:

Fala-se, também, de uma humanidade desterritorializada, uma de suas características sendo o desfalecimento das fronteiras como imperativo da globalização, e a essa ideia dever-se-ia uma outra: a da existência, já agora, de uma cidadania universal. De fato, as fronteiras mudaram de significação, mas nunca estiveram tão vivas, na medida em que o próprio exercício das atividades globalizadas não prescinde de uma ação governamental capaz de torná-las efetivas dentro do território. A humanidade desterritorializada é apenas um mito. Por outro lado, o exercício da cidadania, mesmo se avança a noção de moralidade

20 MOREIRA, Thiago Oliveira. A aplicação dos tratados internacionais de Direitos Humanos pela Jurisdição brasileira – Natal, RN: EDUFRN, 2015. Originalmente apresentado como dissertação do autor (mestrado – Universidade Federal do Rio Grande do Norte). p. 26

21 SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. Editora Record. Rio de Janeiro, 2003, p. 21

internacional, é, ainda, um fato que depende da presença e da ação dos Estados nacionais.

O mesmo pensamento é compartilhado por Warat²², quando faz uma analogia da globalização com a construção da Torre de Babel, na sua tentativa de unificar os processos tornando-os universais, mas sempre com o desiderato de perpetuação no poder.

Continuando com meus devaneios afirmarei que: hoje ressurgiu uma pretensão bastante parecida à da Torre de Babel originária chamada globalização. Seria a terceira tentativa de construção da Torre. Para esse sonho neoliberal caberia a mesma metáfora bíblica, com uma diferença. Tudo parece indicar que esta terceira expectativa pode ter êxito e os donos do poder podem tocar o céu com as mãos, e ainda ocupar o lugar de Deus. Atingir o infinito do poder. Os representantes visíveis do Império tentam a construção da terceira Torre de Babel para retirar-se de cima, para sempre, as possibilidades da diferença. É uma torre que tem consciência (seus construtores), que o êxito da empresa depende da possibilidade de contar com um pensamento único, um estado de ânimo uniforme e um universalismo de conceitos. Os senhores visíveis do Império sabem que para que este conserve seu poder têm que construir a Torre de pensamento único, globalizar as ideias, que é a última versão do universalismo, a nova forma de assegurar a continuidade da razão abstrata. A terceira torre de Babel representa o desejo do poder de se perpetuar eternamente, é a torre que pretende construir rumo ao infinito do céu a eternidade do poder, a eterna perpetuação do mesmo e com as mesmas caras e as mesmas pretensões.

Neste cenário as regras de mercado extrapolam as fronteiras nacionais, recebendo um tratamento acima do conceito de soberania nacional, transnacional, portanto, e decorrente direto do fenômeno da globalização.

Chevallier²³ sustenta que a internacionalização não teve apenas uma dimensão econômica e em razão do desenvolvimento dos meios de comunicação e de troca, assistiu-se a uma homogeneização progressiva dos estilos de vida, dos modelos de consumo, dos padrões culturais e a imposição progressiva do modelo cultural americano no mundo ocidental.

Por outro lado, a internacionalização se traduziu também pela difusão de certos valores: a adoção pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, completada em 1966 pelos dois Pactos, relativos um aos direitos civis e político e o outro aos direitos econômicos e sociais – Pactos completados por convenções particulares e instrumentos regionais – marca uma virada quanto a isso; trata-se da primeira tentativa de construção de uma base de valores comuns para além das diversidades dos regimes políticos.

Reconhecendo o contexto atual, Cruz e Bodnar²⁴, apontam a necessidade de um pensamento jurídico também transnacional com “flexibilização progressiva” do paradigma moderno em favor da “ascensão de uma consciência cosmopolita para orientar o direito, necessária devido ao caráter transnacional dos desafios da pós-modernidade e à importância da articulação dela decorrente”:

Durante toda a época moderna prevaleceu apenas um conceito de justiça destinada a manter

22 WARAT, Luiz Alberto. **A Rua Grita Dionísio. Direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia**. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2010.

23 CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**, p. 33.

24 CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade** [recurso eletrônico]; participação especial Gabriel Real Ferrer. - Dados eletrônicos. - Itajaí : UNIVALI, 2012

a estrutura liberal capitalista, com suas vertentes puramente liberais relativizadas com os modelos de bem-estar e atualmente aquelas afeitas ao neoliberalismo. O que se está considerando é exatamente a diversidade jurídica. Povos e países de várias partes do mundo estão carentes de justiça em suas formas mais rudimentares. Essa necessidade de justiça, na esteira do que escreve Gustavo Zagrebelski, significa que há exigências por justiça que transcendem o estado nacional.

No mesmo sentido, ressaltando que o fenômeno da globalização revela a fragilidade dos Estados Nacionais, em sua compreensão tradicional, para resolver desafios que emergiram depois de sua criação, Vieira²⁵, aponta a transnacionalização como um novo componente para enfrentar a dura realidade.

A transnacionalização nasce no contexto da globalização, portanto não são fenômenos diferentes. A globalização tem natureza econômico-comercial, que se caracteriza pelo enfraquecimento dos Estados-nacionais e pela emergência de novos focos de poder transnacional, apoiado no desenvolvimento tecnológico e no barateamento das comunicações e dos meios de transporte. A globalização é fenômeno envolvente e a transnacionalidade é fenômeno reflexivo porque cria uma terceira dimensão social, política e jurídica que vai além do espaço nacional, mas é diferente do espaço internacional.

Além do surgimento desses novos direitos avindos da transnacionalização de produtos, serviços e estilos de vida que tentam padronizar culturas, Leff²⁶ sustenta que com o processo de globalização os saberes indígenas converteram-se em fonte de riqueza no processo de “capitalização da biodiversidade e não só de conhecimento de uma cultura sobre seu meio”, de modo que os usos culturais das plantas não são só discutidos pelas etnociências, mas são exigidos pelo mercado. Assim, esses saberes indígenas são cautelosamente observados pelas empresas de biotecnologia para serem apropriados, por meios legais e mediante estratégias de pesquisa e desenvolvimento tecnológico.

Assim, o reconhecimento da transnacionalização não apenas das regras econômicas, mas também do direito, implementando normas universais que se sobreponham a qualquer sistema jurídico interno, é uma medida não somente necessária, mas imprescindível para uma resposta justa.

Ao largo disso, também se deve reconhecer e valorizar os saberes apropriados, dando-se prestígio a quem o produziu e não apenas a quem o propaga.

Leff afirma que a apropriação dos saberes indígenas com a “mestiçagem” das tecnologias modernas, leva a uma “hibridação” do conhecimento moderno com o saber tradicional, e isso exige o respeito às identidades étnicas e aos sentidos culturais que os saberes indígenas imprimem na natureza, num processo de “reapropriação de seu patrimônio natural e cultural das comunidades”²⁷. Dentre os saberes, denomina como empíricos das comunidades tradicionais aqueles sobre os quais as

25 VIEIRA, Patrícia Elias. Estado contemporâneo e sociedade: há possibilidade do direito contratual solidário? **Rev. Fac. Direito São Bernardo do Campo**, n. 20/2014. Disponível em <http://www.ojs.fdsbc.servicos.ws/ojs/index.php/fdsbc/article/viewFile/22/18>. acesso em 22/05/2017

26 LEFF, Enrique. **Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder**, tradução de Lúcia Mathilde Endlich Orth, 11ª edição, Petrópolis, RJ: Vozes, 2015, p. 263.

27 LEFF, Enrique. **Saber ambiental**, p. 263-264.

próprias comunidades “não sabem”, como se fossem extensões de seus aparelhos biogenéticos e culturais e que expressam diversas formas de “autoconsciência”. Estes incluem conhecimentos e técnicas indígenas, mitos e rituais, comportamentos e práticas que respondem a uma função adaptativa ao meio e reguladora da reprodução cultural, representando o *habitat*, o lugar onde se constrói e define a territorialidade de uma cultura, a espacialidade de uma sociedade e de uma civilização, onde se constituem os sujeitos sociais que projetam o espaço geográfico apropriando-se dele, habitando-o com suas significações e práticas, com seus sentidos e sensibilidades, com seus gostos e prazeres²⁸.

Nessa perspectiva, propõe a reapropriação cultural dos saberes:

A reapropriação cultural da natureza no contexto da globalização, das lutas de emancipação das populações indígenas, da complexidade ambiental na qual se inscrevem, implica a questão da volta ao ser desses povos e de seus direitos culturais e de suas estratégias de poder para voltar a ser, para chegar a ser o que são. O ser humano não é um ser genérico; não é apenas um ser para a morte ou um ser diante da finitude da existência, como pensara Heidegger. *O ser humano é um ser diferenciado pela cultura*; cada ser cultural é um ser humano, mas um ser humano diferente²⁹.

Milton Santos, por sua vez, estabelece a necessidade de se considerar as relações subjetivas, partindo do pressuposto de que uma dada situação não pode ser plenamente apreendida se, “a pretexto de contemplarmos sua objetividade, deixamos de considerar as relações intersubjetivas que a caracterizam”:

G. Berger já nos lembrava de que “o caráter humano do tempo da ação é inter-subjetivo”. E Bakhtin, mais perto de nós, afirma que a arquitetura concreta do mundo atual dos atos realizados tem três momentos básicos: o Eu-para-mi mesmo; o outro-para-mim; o Eu-para-o outro. É desse modo que se constroem e refazem os valores, através de um processo incessante de interação³⁰.

Appadurai³¹ sugere que sejam consideradas culturais apenas as diferenças que exprimem, ou servem de fundamento, à mobilização de identidades de grupo. Sugere, assim, uma abordagem “adjectiva da cultura que reforça as suas dimensões contextual, heurística e comparativa e nos orienta para a ideia de cultura como diferença, diferença especialmente no domínio da identidade de grupo”.

Portanto, a reapropriação dos saberes locais proposta por Leff, e a consideração das diferenças culturais, propostas por Milton Santos e Appadurai, deve levar ao reconhecimento que práticas culturais de sociedades tradicionais devem ser levadas em consideração na esfera de punibilidade de seus membros.

Pode-se pensar, em princípio, em um paradoxo, na medida em que se defende o direito à

²⁸ LEFF, Enrique. **Saber ambiental**, p. 266 e 283-284.

²⁹ LEFF, Enrique. **Discursos sustentáveis**; tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Cortez, 2010, p. 93.

³⁰ SANTOS, Milton. **A natureza do espaço. Técnica e Tempo. Razão e Emoção**, 4ª edição. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2006, p. 214.

³¹ APPADURAI, Arjun. **Dimensões culturais da globalização: a modernidade sem peia**; tradução de Telma Costa. – Lisboa: Editorial Teorema, 2004, p. 27.

igualdade e, ao mesmo tempo, o direito à diferenciação. No entanto, essa contrariedade se desfaz quando se leva em consideração que o direito à igualdade não equivale ao tratamento igual de todas as pessoas, mas sim, como diz Sarmiento³², ao respeito de cada um *como um igual*. “E tratar pessoas como iguais implica reconhecer e respeitar suas diferenças identitárias, que muitas vezes demandam proteções jurídicas diferenciadas”.

O princípio de igualdade é um dos componentes de outro princípio que tem sido considerado de grande importância no ordenamento jurídico mundial: o princípio da dignidade da pessoa humana. Sarmiento³³ afirma que esse princípio é composto de cinco elementos:

O valor intrínseco da pessoa, que veda a sua instrumentalização em proveito de interesses de terceiros, ou de metas coletivas; a *igualdade*, que implica a rejeição das hierarquias sociais e culturais e impõe que se busque a sua superação concreta; a *autonomia*, tanto na sua dimensão privada, ligada à autodeterminação individual, como na pública, relacionada à democracia; o *mínimo existencial*, que envolve a garantia das condições materiais indispensáveis para a vida digna; e o *reconhecimento*, que se conecta com o respeito à identidade individual e coletiva das pessoas nas instituições, práticas sociais e relações intersubjetivas.

Mas ressalta, no entanto, que como a igualdade já é contemplada constitucionalmente, não lhe parece metodologicamente adequado apresentá-la como apenas mais um elemento básico da dignidade humana. Assim, ele propõe a retirada da igualdade dos componentes acima, permanecendo apenas quatro elementos, que devem ser analisados de forma complementar, pois todos convergem para a proteção integral da pessoa:

A dignidade da pessoa humana envolve o reconhecimento do direito à autonomia das pessoas. A autonomia consiste no direito de os indivíduos fazerem as suas escolhas de vida e de agirem de acordo com elas (autonomia privada), bem como participarem da formação da vontade coletiva de sua comunidade política (autonomia pública). A premissa básica, em ambos os casos, é a de que as pessoas devem ser tratadas como agentes, capazes de tomar decisões e com o direito de fazê-lo³⁴.

Portanto, além do direito posto, forçoso também reconhecer como válido o costume estabelecido no seio da comunidade, ainda que diverso dos grupos dominantes.

4 O TRANSJUDICIALISMO COMO OPÇÃO DO JUSTO

Com as mudanças implementadas a partir da globalização, o reconhecimento da existência e validade de regras transnacionais, ainda que em clara afronta ao direito interno, também o direito de punir do Estado reclama uma atualização.

No sistema brasileiro atual, para a imputação é suficiente a mera adequação formal da norma à conduta do agente. Em outras palavras, em regra, se o fato for típico, antijurídico e culpável, a

³² SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**, p. 269.

³³ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**, p. 92.

³⁴ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**, p. 93.

imposição de pena é medida de direito.

Todavia, fazendo uma avaliação do que é justo, deve-se exigir que o julgador vá além, buscando analisar até que ponto a Jurisdição criminal deve ser instada.

O juiz com competência criminal é parte do Estado e não pode vê-lo como uma ameaça. Todavia, deve se enxergar como um protetor do cidadão ante a força descomunal do Estado. Embevecido pela presunção de inocência, deve acompanhar a imputação como injusta até quando for convencido do contrário.

Falando sobre o magistrado idealista, compromissado com a mudança do mundo para melhor, Bodnar e Cruz³⁵, sustentam que o julgador deve afastar-se da generalização imposta pela norma. Nesse sentido, argumentam:

Assim cabe aos magistrados, enquanto peças chaves para o aprimoramento da democracia, protagonizar em cada ato a transformação da sociedade, cada vez mais plural e diversificada no novo milênio. O magistrado idealista precisa acreditar que pode contribuir na mudança do mundo para melhor, abandonar a ética egoísta e disseminar ética solidária e ambientalmente adequada.

Nesse panorama, emerge a transjudicialização, qual seja, a busca de soluções mais justas aplicáveis em outros sistemas, como uma ferramenta na busca do equilíbrio, permitindo que se busque soluções jurídicas além do direito posto nacionalmente.

Lupi³⁶ sustenta que o termo “transjudicialismo” é ainda pouco frequente na doutrina brasileira, e teria surgido nos Estados Unidos, em artigo de Anne-Marie Slaughter sobre as possibilidades de comunicação entre cortes de sistemas jurídicos diferentes.

Sobre esse surgimento, Benvinisti³⁷ esclarece que as cortes concordaram em aplicar direito internacional inclusive em questões que não dizem respeito a assuntos externos. Assim, como exemplo, o direito internacional dos direitos humanos tornou-se particularmente influente em questões tratadas no âmbito interno dos tribunais, de modo que a referência nacional às decisões de outros tribunais provou ser um instrumento altamente eficaz no que ele denominou “fertilização cruzada” (*cross-fertilization*).

Para Benvinisti, Anne- Marie Slaughter sugeriu que "as cortes podem muito bem sentir um vínculo comum particular no julgamento de casos de direitos humanos [...] porque tais casos envolvem uma função judicial essencial em muitos países ao redor do mundo". E além dos

35 BODNAR, Zenildo. CRUZ, Paulo Márcio. Acesso à justiça e as dimensões materiais da efetividade da Jurisdição Ambiental. SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati e ROBL FILHO, Ilton Norberto. (Org.). **Jurisdição Constitucional e Democracia**. Itajaí: Ed. da Univali, 2016. p. 239

36 LUPI, André Lipp Pinto Basto. O transjudicialismo e as cortes brasileiras: sinalizações dogmáticas e preocupações zetéticas. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Univali, Itajaí, v. 4. N. 3, 2009.

37 BENVINISTI, Eyal. **Reclaiming Democracy**: the strategic uses of foreign and international law by National Courts. *American Journal of International Law*, vol. 102, n. 2, p. 241-274, April 2008.

juízes que se dispõem a esse diálogo “interjudicial”, como litígios civis transnacionais que não levantam aspectos que os governos geralmente consideram sensíveis, responsabilidade de empresas aéreas, e questões de jurisdição sobre provedores de serviços de internet, invocando “cortesia interjudicial” (*interjudicial comity*).

Allard³⁸ confirma que nos últimos anos tem-se assistido iniciativas de juízes em consultar decisões judiciais estrangeiras, quando não há nada que os obrigue a isso, “ou elaboram uma espécie de costume judicial para colmatar os silêncios do direito positivo”, e geralmente isso ocorre em processos considerados muito difíceis, ou *hard cases*. Denomina isso de “comércio entre juízes”, mas exige-se que a confiança gerada pela metáfora do comércio, seja conquistada ou “inspirada”, já que não se institui por decreto:

A mundialização da justiça funciona, por conseguinte, como um princípio de estabelecimento de relações no termo do qual nenhum tribunal poderá permanecer indiferente aos seus homólogos, sem que, para tal, intervenham quaisquer vínculos ou instâncias físicas de coordenação, normalmente considerados como critérios de juridicidade. As relações assim induzidas não têm nada a ver com um sistema: não é necessário organizar ou ordenar estas ligações, que, nesse caso, perderiam indubitavelmente muito da sua força e flexibilidade inerentes. Não se espera que os juízes e os tribunais sejam, como se verifica num sistema, os agentes passivos de uma ordem jurídica, mas sim, pelo contrário, os intervenientes activos num comércio em constante evolução³⁹.

Interessante e inovadora foi a solução apresentada no caso que envolveu o indígena Denilson Trindade Douglas, fato apreciado pelo juiz Aluizio Ferreira Vieira, cuja solução, aparentemente, deixou de observar as regras dispostas no sistema jurídico processual brasileiro. Todavia, uma avaliação mais profunda permitirá avaliar que a solução encontrou base na Carta Constitucional.

No caso⁴⁰, o juiz deixou de receber a denúncia por considerar ausente o direito de punir do Estado, em face do julgamento realizado pela comunidade indígena. O fato teria ocorrido em 20/06/2009, na comunidade indígena do Manoá, no Município de Bonfim, Estado de Roraima: o índio Denilson, após ingerir bebida alcoólica, desferiu facadas na vítima, outro índio, de nome Alanderson, seu irmão, ocasionando-lhe a morte. Após o ocorrido, reuniram-se Tuxauas e os membros do conselho da comunidade indígena do Manoá, no dia 26/06/2009, e após oitiva do acusado, de seus pais e de outras pessoas, concluíram pela imposição de várias sanções, dentre as quais uma casa para a esposa da vítima, além da proibição de ausentar-se da comunidade do Manoá sem permissão dos Tuxauas.

Contudo, no dia 6 de abril do ano corrente, reuniram-se novamente as lideranças indígenas, Tuxauas de várias comunidades, entre elas, Anauá, Manoá, Wai Wai, e servidores da Funai, estes últimos apenas presenciaram a reunião com o fito de “...de apoiar na orientação no decorrer do procedimento, porém a decisão será das lideranças indígenas de ambas as

³⁸ ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização: a nova revolução do Direito**; tradução Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2005, p. 19, 23 e 28.

³⁹ ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização**, p. 35-36.

⁴⁰ Sentença disponível no site <http://blogsemjuizo.com.br/indio-punido-pela-comunidade-ausencia/>. Acesso em 20/03/2017

regiões...” (fl. 185). Após oitiva das autoridades indígenas, foi imposta ao indígena DENILSON as seguintes penalidades, conforme consta na ata de fls. 185/187: 1. “*O índio Denilson deverá sair da Comunidade do Manoá e cumprir pena na Região Wai Wai por mais 5 (cinco) anos, com possibilidade de redução conforme seu comportamento; 2. Cumprir o Regimento Interno do Povo Wai Wai, respeitando a convivência, o costume, a tradição e moradia junto ao povo Wai Wai; 3. Participar de trabalho comunitário; 4. Participar de reuniões e demais eventos desenvolvidos pela comunidade; 5. Não comercializar nenhum tipo de produto, peixe ou coisas existentes na comunidade sem permissão da comunidade juntamente com tuxaua; 6. Não desautorizar o tuxaua, cometendo coisas às escondidas sem conhecimento do tuxaua; 7. Ter terra para trabalhar, sempre com conhecimento e na companhia do tuxaua; 8. Aprender a cultura e a língua Wai Wai. 9. Se não cumprir o regimento será feita outra reunião e tomar outra decisão.*”

A sentença foi objeto de apelação pelo Ministério Público, não sendo acolhida. Na oportunidade, o Relator reconheceu que “a hipótese de a jurisdição penal estatal suceder à punição imposta pela comunidade indica clara situação de ofensa ao princípio *non bis in idem*”.

Esse julgamento revela a possibilidade de aplicação de normas não-repressivas mesmo não estando devidamente positivadas em um determinado ordenamento jurídico. Embora um dos elementos do Estado seja o poder de soberania, que se estende, inclusive, sobre a criação de seu próprio ordenamento, a aplicação de uma norma amparada em costumes oriundos de povos tradicionais poderá ocorrer sem que haja ofensa à soberania de determinado país, considerando que os saberes locais e o princípio da dignidade humana fornecem o substrato jurídico para essa tese.

Nesse sentido, abordando o julgamento em pauta, sustentam Flores e Ribeiro⁴¹ que a cultura é o elemento que dá identidade a determinado agrupamento humano que passa a se revestir de comunidade, a qual, organizando-se sistematicamente, assume natureza de sociedade:

A cultura baseia-se em valores que padronizam o comportamento humano. O crime é um dos desvios deste comportamento, ao que a sociedade impõe um castigo, chamado de pena. Assim, crime e castigo são consequências de valores culturais, instituídos para garantir a paz social. Há, pois, valores tão variados e peculiares quanto várias são as comunidades, especialmente no vasto território brasileiro, abrigo de grande número de tribos indígenas de cultura anterior ao próprio Estado. A aplicação do sistema jurídico estatal positivado tem entrado em conflito com o sistema consuetudinário típico das comunidades indígenas.

Ao falarmos sobre direito de aplicação legislativa diferenciada a comunidades tradicionais, como o caso do indígena aqui citado, pode-se argumentar que esse direito estaria abrangido tanto pelo elemento do *valor intrínseco da pessoa*, na medida em que se possibilita que seja julgado por membros de sua própria etnia, que conhecem sua cultura e costumes, bem como pelo *reconhecimento*, com o respeito à sua identidade individual e coletiva, ambos elementos do princípio da dignidade da pessoa humana.

Magalhães⁴² aduz que o compromisso do Estado é o de sempre que agir levando em

41 FLORES, Andrea. RIBEIRO, Lamartine Santos, **Crime e castigo: o sistema penal positivista e o direito consuetudinário indígena**

42 MAGALHÃES, Leslei Lester dos Anjos, **O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 109.

consideração o bem comum, orientado pela dignidade da pessoa humana:

O art. 1º da Constituição Federal declara quais são os fundamentos do Estado Democrático de Direito, isto é, aquilo que é o seu alicerce e, portanto, nesse momento começa a materialização do espírito constitucional que os constituintes indicaram no Preâmbulo, pois ganha sua racionalidade, estabelecendo os princípios pelos quais o Estado brasileiro se pautará no seu agir. Entre eles está o princípio da dignidade humana, o mais importante, pois constitui o núcleo de toda a ação estatal, já que o Estado tem como último escopo proporcionar o bem comum, que é a promoção da dignidade humana.

Sarmiento⁴³ assevera que a Constituição Federal brasileira não assegura um “direito ao reconhecimento”, tal como proposto pelo sociólogo canadense Charles Taylor, embora existam preceitos que revelam a preocupação com injustiças praticadas na esfera cultural, a exemplo da criminalização do racismo (art. 5º, XLII), proteção estatal às culturas indígenas e afro-brasileiras (art. 215, § 1º). Mas isso não seria um empecilho à admissão do reconhecimento intersubjetivo como categoria constitucional justamente porque o princípio da dignidade é uma cláusula geral de tutela da pessoa humana. “Por isso, se o reconhecimento é essencial à integridade moral da pessoa, ele é amparado pelo referido princípio”. E afirma:

Partindo-se de uma premissa antropológica realista, sabe-se que a cultura e o grupo são indispensáveis para a personalidade dos indivíduos. Daí tem-se o melhor fundamento para a proteção das culturas e grupos – a garantia da dignidade humana das pessoas reais, encarnadas e enraizadas, que os integram. Da mesma forma que os direitos sociais não visam à proteção da “classe”, mas das pessoas humildes que compõem os extratos sociais subalternos, os direitos culturais, ligados ao reconhecimento, não têm como objetivo central a tutela da “cultura” ou do “grupo identitário”, mas a defesa da dignidade dos indivíduos que pertencem às coletividades não hegemônicas. Trata-se do que Habermas designou de “inclusão com sensibilidade para as diferenças”⁴⁴

Forçoso reconhecer que, em relação ao indígena Denilson, a solução do direito formal inevitavelmente estabeleceria uma pena de prisão e, pelo sistema atual, a criação de mais um criminoso contumaz.

No entanto, a imputação encontrada pela própria comunidade, e reconhecida válida pelo Judiciário, acabou sendo a mais justa, pois ao mesmo tempo que implementou uma sanção, evitou gastos estatais com o cárcere e, mais importante, mantendo a força de trabalho que todos devem ao Estado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O mapa político-geográfico mundial foi redesenhado a partir das colonizações ocorridas principalmente a partir do século XVI. Fronteiras foram delimitadas à custa da exploração dos povos colonizados, e os territórios assim ocupados assimilaram a cultura do país que os dominou. No entanto, ainda existem comunidades que vivem isoladas das sociedades nacionais, a exemplo de

⁴³ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**, p. 255.

⁴⁴ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**, p. 272.

alguns povos indígenas que habitam a região amazônica, que não conhecem a delimitação dessas fronteiras territoriais.

Em análise ao julgamento do caso do índio Denilson, bem como o tratamento potencialmente estabelecidos aos indígenas isolados da Amazônia, o trabalho apresenta circunstâncias concretas que permitem concluir a existência de espaço para afastamento de imputações inadequadas, ainda que o direito nacional aparentemente determine soluções outras, normalmente injustas por não levarem conta as características de vida desses povos e nem sua cultura e seus saberes.

Para tanto, basta uma visita às respostas dadas por cortes estrangeiras e, com fundamento na dignidade da pessoa humana, pressuposto da Constituição Brasileira e, portanto, orientador de todas as normas que venham a partir do art. 3º da CF, que se encontrará justificativa para utilização da decisão também dentro do nosso país sem questionamentos acerca da soberania. Portanto, a transjudicialização, com possibilidade de aplicação de normas universais e de decisões de outras cortes estrangeiras, que se apresentem consentâneas com o princípio da dignidade da pessoa humana e levem em consideração as características e os saberes dessas comunidades, é uma opção de justiça.

6 REFERÊNCIAS

ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização: a nova revolução do Direito**; tradução Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2005.

APPADURAI, Arjun. **Dimensões culturais da globalização: a modernidade sem peia**; tradução de Telma Costa. – Lisboa: Editorial Teorema, 2004.

BBC Brasil. Fotógrafo faz registro raro de tribo isolada em floresta no Acre. Disponível em <http://www.bbc.com/portuguese/brasil-38399604>; acesso em fevereiro/2017;

BENVINISTI, Eyal. Reclaiming Democracy: the strategic uses of foreign and international law by National Courts. **American Journal of International Law**, vol. 102, n. 2, p. 241-274, April 2008.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: por uma teoria geral da política; tradução Marco Aurélio Nogueira – Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BODNAR, Zenildo. CRUZ, Paulo Márcio. Acesso à justiça e as dimensões materiais da efetividade da Jurisdição Ambiental. SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati e ROBL FILHO, Ilton Norberto. (Org.). **Jurisdição Constitucional e Democracia**. Itajaí: Ed. da Univali, 2016.

CALVACHE, Juan Carlos Quintero. El fuero judicial de los pueblos indígenas frente a la justicia ordinaria y la responsabilidad del Estado colombiano por su vulneración fáctica. **Criterio Jurídico Santiago de Cali V. 11, No. 1 2011-1 pp. 75-103 ISSN 1657-3978**

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**; tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

COMEGNA, Maria Angela. **Políticas de proteção aos povos indígenas isolados no Brasil e na**

Bolívia. Disponível em <http://www.ub.edu/geocrit/-xcol/89.htm>; acesso em abril/2017.

COSTA, Emily. Júri indígena em Roraima absolve réu de tentativa de homicídio. Reportagem do site **g1.globo.com**, publicada em 24/04/2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2015/04/juri-indigena-absolve-reu-de-tentativa-de-homicidio-e-condena-outro-em-rr.html>; acesso em fevereiro/2017.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma; tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Remus, 1975.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade** [recurso eletrônico]; participação especial Gabriel Real Ferrer; org. e rev. Lucas de Melo Prado. - Dados eletrônicos. - Itajaí : UNIVALI, 2012.

DANTAS, Ivo. **Teoria do Estado contemporâneo**, 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FLORES, Andrea. RIBEIRO, Lamartine Santos. Crime e Castigo: o sistema penal positivista e o direito consuetudinário indígena. **Revista Thesis Juris** – RTJ, eISSN 2317-3580, São Paulo, V. 5, N.2, pp. 481-504, Mai.-Ago. 2016. Disponível em <http://www.revistartj.org.br/ojs/index.php/rtj/article/view/462/pdf>. Acesso no dia 20/03/2017

LEFF, Enrique. **Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder**. Tradução de Lúcia Mathilde Endlich Orth, 11ª edição, Petrópolis, RJ: Vozes, 2015.

LEFF, Enrique. **Discursos sustentáveis**; tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Cortez, 2010.

LUPI, André Lipp Pinto Basto. O transjudicialismo e as cortes brasileiras: sinalizações dogmáticas e preocupações zetéticas. **Revista Eletrônica Direito e Política**, v. 4. N. 3, 2009, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Univali, Itajaí, 2009.

MAGALHÃES, Leslei Lester dos Anjos, **O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**; tradução de Pietro Nasseti – São Paulo: Martins Claret, 2004, Cap. I.

MOREIRA, Thiago Oliveira. **A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira**. Natal, RN: EDUFRN, 2015.

Notícias UOL. Conheça povos, tribos e lugares isolados no mundo. Disponível em: <https://noticias.bol.uol.com.br/fotos/entretenimento/2016/05/21/conheca-povos-tribos-e-lugares-isolados-no-mundo.htm?fotoNav=83#fotoNav=86>; acesso em fevereiro/2017.

PESSOA, André. **Filhos da Floresta**. Disponível em <http://rollingstone.uol.com.br/edicao/54/filhos-da-floresta#imagem0>; acesso em abril/2017.

REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**, 5ª edição – São Paulo: Saraiva, 2000.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos. **Índios e a imputabilidade penal**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/8924/indios-e-imputabilidade-penal>. Acesso no dia 20/03/2017

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. Editora Record. Rio de Janeiro, 2003.

SANTOS, Milton. **A natureza do espaço. Técnica e Tempo. Razão e Emoção**, 4ª edição. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**, 1ª edição, 1ª reimpressão. - Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Teoria do Conhecimento Constitucional** – São Paulo: Malheiros, 2014

VIEIRA, Patrícia Elias. Estado contemporâneo e sociedade: há possibilidade do direito contratual solidário? **Rev. Fac. Direito São Bernardo do Campo**, n. 20/2014. Disponível em <http://www.ojs.fdsbc.servicos.ws/ojs/index.php/fdsbc/article/viewFile/22/18>. acesso em 22/05/2017

WARAT, Luiz Alberto. **A Rua Grita Dionísio. Direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia**. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2010.

SEGURANÇA E SAÚDE NO TRABALHO: PROTEÇÃO AO TRABALHADOR À LUZ DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Célio Acelino dos Santos Júnior¹

Recebido em: 07 dez. 2017

Aceito em: 18 dez. 2017

Resumo: A área de segurança e saúde no trabalho tem por objetivo proteger e prevenir riscos e danos à vida e à saúde dos trabalhadores, através de políticas públicas e ações de fiscalização. A denominação anteriormente utilizada era a de “segurança e higiene do trabalho”, como constava na redação anterior da Consolidação das Leis do Trabalho, em seu Capítulo V, do Título II, sendo que a atual denominação, “segurança e medicina do trabalho”, é mais precisa e abrangente, envolvendo um universo maior de situação protetivas à segurança e saúde do trabalhador. A segurança e a saúde no trabalho vêm ganhando cada vez mais destaque no cenário mundial, e o governo brasileiro se agiliza para garantir um melhor ambiente de trabalho para os brasileiros, havendo atualmente um grande número de normas de proteção à segurança e a saúde do trabalhador brasileiro, que serão apresentadas no presente trabalho.

Palavras-chave: Trabalho. Segurança. Saúde. Trabalhador.

SAFETY AND HEALTH AT WORK: PROTECTION OF WORKERS IN THE LIGHT OF BRASILIAN LEGISLATION

Abstract: The area of occupational safety and health aims to protect and prevent risks and damages to workers' lives and health, through public policies and enforcement actions. The name previously used was that of "occupational safety and health", as stated in the previous version of the Consolidation of Labor Laws in Chapter II of Title II, and the current name "occupational safety and health" is more precise and comprehensive, involving a larger universe of protective situations to worker safety and health. Safety and health at work have been gaining increasing prominence in the world scenario, and the Brazilian government is speeding up to guarantee a better working environment for Brazilians, and there are currently a large number of safety and health protection standards for workers Brazil, which will be presented in the present study.

Keywords: Job. Safety. Cheers. Worker.

1 INTRODUÇÃO

O tema em comento tem despertado interesse não apenas dos personagens envolvidos na relação empregatícia, ou seja, empregados e empregadores, mas da sociedade como um todo, haja vista a importância em preservar-se a vida e a saúde do trabalhador.

Assim, no contexto de políticas públicas adotadas por qualquer sociedade devem estar presente

¹ Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI/SC. Especialista em Direito do Trabalho pela UNIVALI/SC. Bacharel em Direito pela UNIVALI/SC. Bacharel em Administração pela UNIVALI/SC. Advogado. Professor de Direito do Trabalho na Graduação na UNIFEFE. E-mail: celioacelinofjr@terra.com.br e celio.santos@unifebe.edu.br.

medidas de proteção e fiscalização ao meio ambiente do trabalho, notadamente em relação à segurança e à saúde do trabalhador.

Tais questões estão na pauta de qualquer discussão sobre crescimento, desenvolvimento e perspectivas para o futuro, sendo que, dentre as principais preocupações da sociedade contemporânea, encontram-se aquelas que dizem respeito ao Meio Ambiente do Trabalho, afinal, passamos grande parte de nossas vidas no trabalho, razão pela qual a segurança e a saúde do trabalhador não podem ser esquecidas ou relegadas a um plano inferior.

Desta forma, o artigo científico ora apresentado tem por objetivo abordar as questões ligadas à segurança e à saúde do trabalhador, seus conceitos, fundamentação legal, as responsabilidades dos empregados e empregadores, bem como os instrumentos de preservação do meio ambiente do trabalho voltados à segurança e saúde do trabalhador.

2 CONCEITO DE SEGURANÇA E MEDICINA DO TRABALHO

O renomado autor Eduardo Adamovich conceitua Medicina do Trabalho como “o ramo da Ciência Médica que cuida da prevenção e do tratamento das doenças e outros males decorrentes da atividade laborativa ou a ela coligados”².

Marcelo Moura, em sua obra denominada Curso de Direito do Trabalho, afirmar que a “Segurança do Trabalho consiste no emprego de técnicas e tecnologias para a preservação do meio ambiente do trabalho e prevenção de acidentes do trabalho, situando-se melhor numa inserção a aludida Medicina do Trabalho e Engenharia do Trabalho”³.

A Segurança e Medicina do Trabalho têm como principal objetivo a manutenção da saúde e da segurança do trabalhador no local em que exerce suas atividades, através de preservação de sua integridade física.

3 COMPETÊNCIA E REGRAS PARA ELABORAÇÃO DAS NORMAS SOBRE SAÚDE NO TRABALHO

No Brasil, a competência para a elaboração das normas sobre saúde no trabalho é da Secretaria de Inspeção do Trabalho, órgão ligado ao Ministério do Trabalho e Emprego, de acordo com o artigo 155 do texto consolidado:

Artigo 155 - Incumbe ao órgão de âmbito nacional competente em matéria de segurança e medicina do trabalho:

² ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo Von. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 83.

³ MOURA, Marcelo. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 539.

I - estabelecer, nos limites de sua competência, normas sobre a aplicação dos preceitos deste Capítulo, especialmente os referidos no art. 200.

II - coordenar, orientar, controlar e supervisionar a fiscalização e as demais atividades relacionadas com a segurança e a medicina do trabalho em todo o território nacional, inclusive a Campanha Nacional de Prevenção de Acidentes do Trabalho.

III - conhecer, em última instância, dos recursos, voluntários ou de ofício, das decisões proferidas pelos Delegados Regionais do Trabalho, em matéria de segurança e medicina do trabalho.

O doutrinador Marcelo Moura leciona que “as normas sobre Saúde no Trabalho, referida no inciso I do art. 155, serão editadas conforme as regras da Portaria nº 1.127/2003, que estabelece a metodologia de regulamentação na área de segurança e saúde no trabalho e em questões relacionadas às condições gerais de trabalho, de competência da Secretaria de Inspeção do Trabalho⁴.”

4 RESPONSABILIDADE DAS EMPRESAS

O texto consolidado, em seu artigo 157, estabelece as responsabilidades das empresas em relação ao cumprimento das normas de saúde e segurança no trabalho, senão vejamos:

Artigo 157 – Cabe às empresas:

I – cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho.

II – instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais.

III – adotar as medidas que lhes sejam determinadas pelo órgão regional competente.

IV – facilitar o exercício da fiscalização pela autoridade competente.

Cabe destacar que a necessidade de o empregador instruir seus empregados quanto ao cumprimento de tais normas, mediante Ordem de Serviço específica, decorre de sua própria responsabilidade como condutor do negócio, particularmente porque sua omissão poderá ser interpretada como culpa, geradora de direito à reparação civil diante de eventual acidente ou doença ocupacional.

5 RESPONSABILIDADE DOS EMPREGADOS

As responsabilidades dos empregados em relação às normas de saúde e segurança no trabalho estão capituladas no artigo 158 da CLT, que diz:

Art. 158 – Cabe aos empregados:

I - observar as normas de segurança e medicina do trabalho, inclusive as instruções de que

⁴ MOURA, Marcelo. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 540.

trata o item II do artigo anterior.

II - colaborar com a empresa na aplicação dos dispositivos deste Capítulo.

Parágrafo único - Constitui ato faltoso do empregado a recusa injustificada:

- a) à observância das instruções expedidas pelo empregador na forma do item II do artigo anterior.
- b) ao uso dos equipamentos de proteção individual fornecidos pela empresa.

A recusa injustificada do empregado em cumprir as ordens de serviço elaboradas pelo empregador com o intuito de prevenir doenças e acidentes de trabalho, em particular quanto ao uso dos equipamentos de proteção individual, caracteriza ato faltoso, podendo ser aplicada a dispensa por justa causa em desfavor do obreiro.

6 MEDIDAS PREVENTIVAS DE SAÚDE E SEGURANÇA DO TRABALHO

As questões ligadas à saúde e segurança dos trabalhadores têm recebido destacada importância das autoridades governamentais, sendo que o Ministério do Trabalho e Emprego estabelece diversas medidas preventivas de saúde e segurança do trabalho.

Uma das medidas preventivas de saúde e segurança no trabalho é a realização de exame admissional quando da contratação de um empregado, realização de exames periódicos durante a contratualidade, bem como a realização de exame demissional, quando do desligamento de um colaborador.

Tais exames serão realizados sempre por conta do empregador, conforme disposição dada pelo art. 168 da CLT, com redação dada pela Lei n. 7.855/89, ficando a cargo do Ministério do Trabalho e Emprego determinar quando serão exigíveis os exames médicos por ocasião da dispensa e os complementares⁵.

Vejamos, portanto, o que preceitua o artigo 168 da CLT:

Artigo 168 - Será obrigatório exame médico, por conta do empregador, nas condições estabelecidas neste artigo e nas instruções complementares a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho:

- I - na admissão;
- II - na demissão;
- III - periodicamente.

Destaca Saad que “a correta avaliação médica do empregado, particularmente no momento de sua admissão, é fator de caráter preventivo das doenças ocupacionais e dos acidentes do trabalho”⁶.

⁵ MELO, Demis Roberto Correia de. Manual de Meio Ambiente do Trabalho. São Paulo: LTr, 2010, p. 54.

⁶ SAAD, Eduardo Gabriel; SAAD, José Eduardo Duarte; BRANCO, Ana Maria Saad Castelo. Consolidação das Leis

Por fim, “aspecto de destacada importância para a prevenção no campo da saúde e segurança do trabalho é a instalação da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA), Serviço Especializado em Engenharia de Segurança do Trabalho (SESMT), Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional (PCMSO), Programa de Prevenção de Riscos Ambientais (PPRA), e do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP)”⁷.

7 SERVIÇOS ESPECIALIZADOS EM SAÚDE E SEGURANÇA DO TRABALHO

As empresas, de acordo com as normas do Ministério do Trabalho e Emprego, estão obrigadas a manter serviços especializados em saúde e segurança do trabalho, com a finalidade de promover a saúde e proteger a integridade do trabalhador no local de trabalho, nos quais será necessária a existência de profissionais especializados exigidos em cada empresa como médicos do trabalho, engenheiros do trabalho, técnicos de segurança do trabalho, dentre outros.

A obrigatoriedade dos serviços especializados em saúde e segurança do trabalho está capitulada no artigo 162 da CLT, que assim preceitua:

Artigo 162 - As empresas, de acordo com normas a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho, estarão obrigadas a manter serviços especializados em segurança e em medicina do trabalho.

Parágrafo único - As normas a que se refere este artigo estabelecerão:

- a) classificação das empresas segundo o número de empregados e a natureza do risco de suas atividades.
- b) o número mínimo de profissionais especializados exigido de cada empresa, segundo o grupo em que se classifique, na forma da alínea anterior.
- c) a qualificação exigida para os profissionais em questão e o seu regime de trabalho.
- d) as demais características e atribuições dos serviços especializados em segurança e em medicina do trabalho, nas empresas.

Regulamentado pela NR 04 do Ministério do Trabalho e Emprego e identificado pela sigla SESMT, o Serviço Especializado em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho, disciplinado por normas expedidas pelo Ministério do Trabalho e Emprego, é composto de profissionais dotados de conhecimentos de engenharia de segurança e de medicina do trabalho.

Esse órgão tem a missão de promover a saúde e de proteger a integridade do trabalhador no local de trabalho, salientando-se que corre exclusivamente por conta do empregador todo e qualquer ônus decorrente da instalação e manutenção do mencionado serviço.

do Trabalho Comentada. 42. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 295.

⁷ MELO, Demis Roberto Correia de. Manual de Meio Ambiente do Trabalho. São Paulo: LTr, 2010, p. 56.

8 COMISSÃO INTERNA DE PREVENÇÃO DE ACIDENTES

A Comissão Interna de Prevenção de Acidentes é uma comissão constituída por representantes indicados pelo empregador e membros eleitos pelos trabalhadores, de forma paritária, em cada estabelecimento da empresa, que tem a finalidade de prevenir acidentes e doenças decorrentes do trabalho.

Conhecida pela sigla CIPA, a Comissão Interna de Prevenção de Acidentes, nas palavras do doutrinador Luciano Martinez, constitui “uma fórmula democrática de acesso dos trabalhadores à política e aos mecanismos de segurança e de medicina do trabalho”⁸.

De acordo com o magistério de Raimundo Simão de Melo, a tarefa da CIPA é “cuidar e zelar por adequadas e seguras condições nos ambientes de trabalho, observando e relatando condições de risco, solicitando ao empregador medidas para reduzi-los ou eliminá-los, bem como para prevenir a ocorrência de acidentes e doenças. Cabe-lhes, ainda, orientar os trabalhadores e empregadores quanto à prevenção de tais eventos”⁹.

Desta forma, leciona Demis Roberto Correia de Melo, que a “Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA) constitui comissão de profunda relevância à segurança dos trabalhadores, uma vez que a mesma cabe avaliar os riscos inerentes à relação produtiva da empresa”¹⁰.

Ressalta ainda o doutrinador acima mencionado, que não poderia ser diferente, “uma vez que os integrantes da CIPA são pessoas ligadas aos trabalhadores e conhecem com profundidade os riscos inerentes à saúde laboral do trabalhador, por isso sua importância é de grande relevância tanto para os trabalhadores como para o empregador”¹¹.

A CIPA tem suporte legal no artigo 163 da Consolidação das Leis do Trabalho e na Norma Regulamentadora nº 5 (NR 25) do Trabalho do Ministério do Trabalho e Emprego.

9 REGULAMENTAÇÃO DA COMISSÃO INTERNA DE PREVENÇÃO DE ACIDENTES

O artigo 163 da Consolidação das Leis do Trabalho prevê a obrigatoriedade de constituição da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes:

Artigo 163 - Será obrigatória a constituição de Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA), de conformidade com instruções expedidas pelo Ministério do Trabalho, nos estabelecimentos ou locais de obra nelas especificadas.

Parágrafo único - O Ministério do Trabalho regulamentará as atribuições, a composição e o

⁸ MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho: Relações Individuais, Sindicais e Coletivas do Trabalho. 3ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 269.

⁹ MELO, Raimundo Simão de. Direito Ambiental do Trabalho e a Saúde do Trabalhador: responsabilidades legais, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 86.

¹⁰ MELO, Demis Roberto Correia de. Manual de Meio Ambiente do Trabalho. São Paulo: LTr, 2010, p. 61.

¹¹ MELO, Demis Roberto Correia de. Manual de Meio Ambiente do Trabalho. São Paulo: LTr, 2010, p.61.

funcionamento das CIPA(s).

A regulamentação referida no *caput* e parágrafo único do artigo 163 supra, foi efetivada pela Norma Regulamentadora 5 do Ministério do Trabalho e Emprego.

10 COMPOSIÇÃO E CONSTITUIÇÃO DA COMISSÃO INTERNA DE PREVENÇÃO DE ACIDENTES

A CIPA é composta por representantes do empregador e dos empregados, de acordo com o dimensionamento previsto na Norma Regulamentadora 5 do Ministério do Trabalho e Emprego.

O artigo 164 da Consolidação das Leis do Trabalho nos apresenta a composição da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes.

Artigo 164 - Cada CIPA será composta de representantes da empresa e dos empregados, de acordo com os critérios que vierem a ser adotados na regulamentação de que trata o parágrafo único do artigo anterior.

§ 1º - Os representantes dos empregadores, titulares e suplentes, serão por eles designados.

§ 2º - Os representantes dos empregados, titulares e suplentes, serão eleitos em escrutínio secreto, do qual participem, independentemente de filiação sindical, exclusivamente os empregados interessados.

§ 3º - O mandato dos membros eleitos da CIPA terá a duração de 1 (um) ano, permitida uma reeleição.

§ 4º - O disposto no parágrafo anterior não se aplicará ao membro suplente que, durante o seu mandato, tenha participado de menos da metade do número de reuniões da CIPA.

§ 5º - O empregador designará, anualmente, dentre os seus representantes, o Presidente da CIPA e os empregados elegerão, dentre eles, o Vice-Presidente.

A exigibilidade de constituição de uma CIPA, de modo geral, atinge as empresas cujos estabelecimentos tenham mais de vinte empregados, mas, a depender do setor econômico em que a empresa atua, a constituição passa a ser exigível diante de um número maior de empregados.

11 ATRIBUIÇÕES DA COMISSÃO INTERNA DE PREVENÇÃO DE ACIDENTES

A Norma Regulamentadora 5 do Ministério do Trabalho e Emprego, estabelece em seu item 5.16 as atribuições da CIPA, quais, sejam:

- a) identificar os riscos do processo de trabalho, e elaborar o mapa de riscos, com a participação do maior número de trabalhadores, com assessoria do SESMT, onde houver;
- b) elaborar plano de trabalho que possibilite a ação preventiva na solução de problemas de segurança e saúde no trabalho;
- c) participar da implementação e do controle da qualidade das medidas de prevenção

necessárias, bem como da avaliação das prioridades de ação nos locais de trabalho;

d) realizar, periodicamente, verificações nos ambientes e condições de trabalho visando a identificação de situações que venham a trazer riscos para a segurança e saúde dos trabalhadores;

e) realizar, a cada reunião, avaliação do cumprimento das metas fixadas em seu plano de trabalho e discutir as situações de risco que foram identificadas;

f) divulgar aos trabalhadores informações relativas à segurança e saúde no trabalho;

g) participar, com o SESMT, onde houver, das discussões promovidas pelo empregador, para avaliar os impactos de alterações no ambiente e processo de trabalho relacionados à segurança e saúde dos trabalhadores;

h) requerer ao SESMT, quando houver, ou ao empregador, a paralisação de máquina ou setor onde considere haver risco grave e iminente à segurança e saúde dos trabalhadores;

i) colaborar no desenvolvimento e implementação do PCMSO e PPRA e de outros programas relacionados à segurança e saúde no trabalho;

j) divulgar e promover o cumprimento das Normas Regulamentadoras, bem como cláusulas de acordos e convenções coletivas de trabalho, relativas à segurança e saúde no trabalho;

l) participar, em conjunto com o SESMT, onde houver, ou com o empregador da análise das causas das doenças e acidentes de trabalho e propor medidas de solução dos problemas identificados;

m) requisitar ao empregador e analisar as informações sobre questões que tenham interferido na segurança e saúde dos trabalhadores;

n) requisitar à empresa as cópias das CAT emitidas;

o) promover, anualmente, em conjunto com o SESMT, onde houver, a Semana Interna de Prevenção de Acidentes do Trabalho - SIPAT;

p) participar, anualmente, em conjunto com a empresa, de Campanhas de Prevenção da AIDS.

Cabe às empresas proporcionarem aos integrantes da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes os meios necessários ao desempenho de suas atribuições, garantindo tempo suficiente para a realização das tarefas constantes do plano de trabalho.

12 INSTRUMENTOS DE PREVENÇÃO E TUTELA DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

O conjunto de instrumentos de prevenção e tutela do meio ambiente do trabalho é composto pelo Programa de Prevenção de Riscos Ambientais (PPRA) e o Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional (PCMSO).

Além dos itens acima mencionados, a obrigação do empregador de emitir um documento histórico-laboral pessoal/individual do trabalhador, denominado Perfil Profissiográfico

Previdenciário (PPP), também pode ser incluída nesse conjunto de regras.

13 PROGRAMA DE PREVENÇÃO DE RISCOS AMBIENTAIS (PPRA)

Previsto pela NR 9 do Ministério do Trabalho e Emprego, o Programa de Prevenção de Riscos Ambientais (PPRA) é parte integrante do conjunto mais amplo das iniciativas da empresa no campo da preservação da saúde e da integridade dos trabalhadores, devendo estar articulado com o disposto pelas demais normas relativas à segurança medicina do trabalho, em especial com o Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional (PCMSO).

Nas palavras da doutrinadora Carla Teresa Martins Romar “todos os empregadores e instituições que admitam trabalhadores como empregados estão obrigados a elaborar o Programa de Prevenção de Riscos Ambientais (PPRA), visando a preservação da saúde e da integridade dos trabalhadores, por meio de antecipação, reconhecimento, avaliação e consequente controle da ocorrência de riscos ambientais existentes ou que venham a existir no ambiente de trabalho, tendo em consideração a proteção do meio ambiente e dos recursos naturais”¹².

No Programa de Prevenção de Riscos Ambientais (PPRA) devem constar os agentes físicos (ruído, calor radiante, frio, umidade, pressões anormais, radiações ionizantes e não ionizantes, vibrações, infrassom e ultrassom), químicos (poeiras fumos, névoas, neblinas, gases ou vapores) e biológicos (bactérias, fungos, bacilos, parasitas, protozoários e vírus), existentes no ambiente de trabalho e que, em função de sua natureza, concentração ou intensidade e tempo de exposição, são capazes de causar danos à saúde ou à integridade física dos trabalhadores.

No que tange ao Programa de Prevenção de Riscos Ambientais (PPRA), ficam os empregadores obrigados a:

- I) Estabelecer, implementar e assegurar o cumprimento do Programa de Prevenção de Riscos Ambientais (PPRA) como atividade permanente da empresa ou instituição;
- II) Informar os trabalhadores de maneira apropriada e suficiente sobre os riscos ambientais que possam originar-se nos locais de trabalho e sobre os meios disponíveis para prevenir ou limitar tais riscos e para proteger-se dos mesmos.

No mesmo sentido, em relação ao Programa de Prevenção de Riscos Ambientais (PPRA), ficam obrigados os empregados a:

- I) Colaborar e participar na implantação e execução do PPRA;
- II) Seguir as orientações recebidas nos treinamentos oferecidos dentro do PPRA; III) Informar ao seu superior hierárquico direto ocorrências que, a seu julgamento, possam implicar riscos à saúde dos trabalhadores.

Merece ressalva o fato de que os registros de dados do Programa de Prevenção de Riscos

¹² ROMAR, Carla Teresa Martins. Direito do Trabalho Esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 619.

Ambientais (PPRA) deverão ser mantidos pelo empregador por um período mínimo de 20 (vinte) anos. Estes dados deverão estar disponíveis aos trabalhadores interessados, seus representantes e à autoridade competentes.

14 PROGRAMA DE CONTROLE MÉDICO DE SAÚDE OCUPACIONAL (PCMSO)

Previsto pela NR 7 do Ministério do Trabalho e Emprego, o Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional (PCMSO) é parte integrante do conjunto mais amplo de iniciativas da empresa no campo da preservação da saúde dos trabalhadores, devendo estar articulado com o disposto pelas demais normas relativas à medicina do trabalho.

Adverte a doutrinadora Carla Teresa Martins Romar que “em casos de terceirização, a empresa contratante de mão de obra prestadora de serviços deve informar a empresa contratada sobre os riscos existentes, auxiliando na elaboração e implementação do PCMSO nos locais de trabalho onde os serviços estão sendo prestados”¹³.

Nos ensinamentos da referida doutrinadora, o PCMSO “deve ser planejado e implantado com base nos riscos à saúde dos trabalhadores, tendo caráter de prevenção, rastreamento e diagnóstico precoce dos agravos à saúde relacionados, inclusive de natureza sub-clínica, além da constatação da existência de casos de doenças profissionais ou danos irreversíveis à saúde dos trabalhadores”¹⁴.

De acordo com o item 7.3.1 da NR 7 do Ministério do Trabalho e Emprego, o Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional (PCMSO) atribui ao empregador as seguintes obrigações:

- I) Garantir a elaboração e efetiva implementação do PCMSO, bem como zelar pela sua eficácia;
- II) Custear, sem ônus para o empregado, todos os procedimentos relacionados ao PCMSO;
- III) Indicar, dentre os médicos do SESMT da empresa, um coordenador responsável pela execução do PCMSO;
- IV) No caso de a empresa estar desobrigada a manter médico do trabalho, indicar médico do trabalho, empregado ou não da empresa, para coordenar o PCMSO;
- V) Inexistindo médico do trabalho na localidade, contratar médico de outra especialidade para coordenar o PCMSO.

A finalidade do Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional (PCMSO) consiste na vigilância permanente sobre a promoção e preservação da saúde dos trabalhadores, mediante o exame periódico dos empregados.

Caso o médico encarregado do PCMSO verifique qualquer alteração na saúde do trabalhador relacionado à doença ocupacional, deverá emitir a CAT – Comunicação de Acidente de Trabalho e

¹³ ROMAR, Carla Teresa Martins. Direito do Trabalho Esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 620.

¹⁴ ROMAR, Carla Teresa Martins. Direito do Trabalho Esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 620.

encaminhar o trabalhador ao órgão previdenciário para a realização de perícia médica e demais providências.

Ressalta-se que o PCMSO deverá obedecer a um planejamento em que estejam previstas as ações de saúde a serem executadas durante o ano, devendo estas ser objeto de relatório anual.

15 PERFIL PROFISSIOGRÁFICO PREVIDENCIÁRIO (PPP)

Previsto pelo artigo 68 do Decreto nº 3.048/99, o Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP) é um documento histórico-laboral pessoal/individual do trabalhador, emitido com finalidade previdenciária, para obtenção de informações relativas aos registros ambientais resultados de monitoração biológica e dados administrativos referentes ao local de trabalho.

Visa, portanto, a identificação de riscos e da existência de agentes nocivos no ambiente de trabalho, para orientar e subsidiar o INSS nos pedidos de reconhecimento de aposentadoria especial, além de poder ser solicitado para orientar programa de reabilitação profissional e subsidiar o reconhecimento donexo causal para a concessão de benefícios por incapacidade.

Leciona Carla Teresa Martins Romar que, além disso, “a empresa deverá elaborar e manter atualizado o PPP de cada empregado, abrangendo as atividades desenvolvidas pelo trabalhador e fornecer a este, quando da rescisão do contrato de trabalho ou do desligamento do cooperado ou do trabalhador avulso, cópia autêntica deste documento, sob pena de multa (art. 68, §6º, Decreto n. 3.048/99)”¹⁵.

O Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP) deve ser emitido pela empresa com base no LTCAT e assinado por representante administrativo, médico do trabalho e, ainda, pelo engenheiro de segurança do trabalho.

O Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP) organiza e individualiza as informações contidas em diversos setores da empresa ao longo dos anos que, em alguns documentos, se apresentam de forma coletiva.

16 ACIDENTE DO TRABALHO

Um dos grandes problemas que a Administração Pública está atacando pra valer é o dos acidentes e das mortes no trabalho.

“Todo trabalhador tem o direito de exercer suas atividades em um ambiente de trabalho limpo e seguro, que preserve sua saúde física e mental e estimule seu desenvolvimento e desempenho profissional.

¹⁵ ROMAR, Carla Teresa Martins. Direito do Trabalho Esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2013, p.620/621.

Os Estados-partes se comprometem a formular, aplicar e atualizar de forma permanente, e em cooperação com as organizações de empregadores e de trabalhadores, políticas e programas em matéria de Saúde e Segurança dos trabalhadores e de meio ambiente de trabalho a fim de prevenir os acidentes de trabalho e doenças profissionais, promovendo condições ambientais propícias para o desenvolvimento das atividades dos trabalhadores”¹⁶.

17 CONCEITO DE ACIDENTE DO TRABALHO

“Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa, com o segurado empregado, trabalhador avulso, médico residente, bem como com o segurado especial, no exercício de suas atividades, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte, a perda ou redução, temporária ou permanente, da capacidade para o trabalho”¹⁷.

Do ponto de vista legal, o caput do artigo 19, da Lei nº 8.213/91, nos fornece o seguinte conceito para o acidente de trabalho:

Artigo 19 – Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.

O artigo 20, da Lei nº 8.213/91, fornece maiores subsídios acerca da conceituação de acidente de trabalho, senão vejamos:

Artigo 20 – Consideram-se acidente do trabalho, nos termos do artigo anterior, as seguintes entidades mórbidas:

I - Doença Profissional, assim entendida a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social;

II - Doença do Trabalho, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente, constante da relação mencionada no inciso I.

Em contrapartida, não são consideradas como doença do trabalho, nos termos do §1º, artigo 20, da Lei nº 8.213/91:

I - A doença degenerativa;

II - A inerente a grupo etário;

III - A que não produza incapacidade laborativa;

IV - A doença endêmica adquirida por segurado habitante de região em que ela se desenvolva, salvo comprovação de que é resultante de exposição ou contato direto determinado pela

¹⁶ BELFORT, Fernando José da Cunha. Meio Ambiente do Trabalho: Competência da Justiça do Trabalho. São Paulo: LTr, 2003, p.88.

¹⁷ <http://www.guiatrabalhista.com.br/noticias/trabalhista210306.htm>

natureza do trabalho.

Mozart Victor Russomano, ao tentar definir acidente do trabalho, afirma que “o acidente de trabalho, pois, é um acontecimento em geral súbito, violento e fortuito, vinculado ao serviço prestado a outrem pela vítima que lhe determina lesão corporal”¹⁸.

18 EVENTOS EQUIPARADOS AO ACIDENTE DO TRABALHO

Nos termos do artigo 21, da Lei nº 8.213/91, equiparam-se também ao acidente de trabalho:

Artigo 21 – Equiparam-se também ao acidente do trabalho, para efeitos desta Lei:

I - o acidente ligado ao trabalho que, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a morte do segurado, para redução ou perda da sua capacidade para o trabalho, ou produzido lesão que exija atenção médica para a sua recuperação;

II - o acidente sofrido pelo segurado no local e no horário do trabalho, em conseqüência de:

a) ato de agressão, sabotagem ou terrorismo praticado por terceiro ou companheiro de trabalho;

b) ofensa física intencional, inclusive de terceiro, por motivo de disputa relacionada ao trabalho;

c) ato de imprudência, de negligência ou de imperícia de terceiro ou de companheiro de trabalho;

d) ato de pessoa privada do uso da razão;

e) desabamento, inundação, incêndio e outros casos fortuitos ou decorrentes de força maior;

III - a doença proveniente de contaminação acidental do empregado no exercício de sua atividade;

IV - o acidente sofrido pelo segurado ainda que fora do local e horário de trabalho:

a) na execução de ordem ou na realização de serviço sob a autoridade da empresa;

b) na prestação espontânea de qualquer serviço à empresa para lhe evitar prejuízo ou proporcionar proveito;

c) em viagem a serviço da empresa, inclusive para estudo quando financiada por esta dentro de seus planos para melhor capacitação da mão-de-obra, independentemente do meio de locomoção utilizado, inclusive veículo de propriedade do segurado;

d) no percurso da residência para o local de trabalho ou deste para aquela, qualquer que seja o meio de locomoção, inclusive veículo de propriedade do segurado.

§ 1º Nos períodos destinados a refeição ou descanso, ou por ocasião da satisfação de outras necessidades fisiológicas, no local do trabalho ou durante este, o empregado é considerado no exercício do trabalho.

¹⁸ RUSSOMANO, Mozart Victor. Comentários à Consolidação das Leis da Previdência Social. 2º ed. Curitiba: Juruá, 1997, p.395.

§ 2º Não é considerada agravação ou complicação de acidente do trabalho a lesão que, resultante de acidente de outra origem, se associe ou se superponha às conseqüências do anterior.

A natureza acidentária da incapacidade do trabalhador para o trabalho decorre da constatação da ocorrência do nexos de causalidade entre o trabalho e a incapacidade.

19 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema trazido à baila – segurança e saúde no trabalho – é bastante atual e significativo, haja vista sua incontestável relevância para sociedade contemporânea, afinal, o trabalhador passa boa parte da vida no ambiente de trabalho.

O objetivo fundamental do trabalho foi apresentar os mais importantes instrumentos de prevenção e proteção à segurança e à saúde do trabalhador existentes na legislação nacional.

É inegável que a segurança e a saúde no trabalho têm apresentado uma evolução por demais representativa ao longo dos anos, acompanhando por certo a organização do trabalho e seus métodos de produção.

Sobreleva ressaltar a importância da integração entre as empresas, os trabalhadores e os profissionais ligados a segurança e saúde do trabalho, vez que estes últimos constituem-se em verdadeiros protagonistas na luta pela melhoria da qualidade de vida dos trabalhadores.

Porém, é importante salientar-se que os esforços por melhores condições de segurança e saúde do trabalho estão apenas iniciando seu caminho, portanto, ainda carentes de investimentos, especialmente no que tange à conscientização de todos os personagens envolvidos neste processo.

20 REFERÊNCIAS

ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo Von. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BELFORT, Fernando José da Cunha. **Meio Ambiente do Trabalho: Competência da Justiça do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: Relações Individuais, Sindicais e Coletivas do Trabalho**. 3ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

MELO, Demis Roberto Correia de. **Manual de Meio Ambiente do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

MELO, Raimundo Simão de. **Direito Ambiental do Trabalho e a Saúde do Trabalhador: responsabilidades legais, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2008.

MOURA, Marcelo. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2014.

ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito do Trabalho Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2013.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à Consolidação das Leis da Previdência Social**. 2º ed. Curitiba: Juruá, 1997.

SAAD, Eduardo Gabriel; SAAD, José Eduardo Duarte; BRANCO, Ana Maria Saad Castelo. **Consolidação das Leis do Trabalho Comentada**. 42. ed. São Paulo: LTr, 2009.

www.guiatrabalhista.com.br/noticias/trabalhista210306.htm. Acessado em 30.11.2017.